



Marc FORNACCIARI

Maître des requêtes honoraires au Conseil d'Etat, il a exercé des responsabilités opérationnelles dans les groupes Suez et RWE. Il est associé chez JeantetAssociés depuis 2004, où il se spécialise dans les montages en PPP. Il a conseillé ou conseillé notamment l'Etat dans le projet de construction de la Trésorerie de Basse Terre, le Muséum d'histoire naturelle dans le projet de rénovation du zoo de Vincennes, l'Etablissement public du château de Versailles dans le projet de billetterie informatisée, trois projets en contrats de partenariat. Il est le coauteur de « Les nouveaux contrats de partenariats public-privé », en collaboration avec Xavier Bezançon, Laurent Deruy et Roger Fiszelson, aux Editions du Moniteur, collection Guides juridiques.

Le montage d'un dossier

Le montage d'un dossier de PPP peut être appréhendé du point de vue de la personne publique ou de celui du partenaire privé. Cet article prendra le premier point de vue, et a pour objet d'exposer les principales dispositions que l'Administration doit prendre lorsqu'elle envisage puis décide de lancer un projet en PPP. Précisons seulement que, sous cette expression commode de partenariat public-privé, nous incluons les contrats de partenariat, les BEA et les montages en AOT.

Le PPP n'est pas seulement un mode de financement de l'investissement public. C'est avant tout un mode de gestion publique et un instrument de modernisation de l'action administrative. Il va donc modifier profondément la façon de faire de l'Administration. L'Administration va être changée par le PPP, ce qui est évidemment très différent du marché public : on n'est pas modifié par ce que l'on achète.

Ce changement va s'opérer à deux égards.

En premier lieu, l'Administration va être invitée à évaluer son besoin beaucoup plus sérieusement qu'elle ne le fait lorsqu'elle passe un marché public, et en particulier, elle va devoir se livrer à un exercice salutaire de comptabilité analytique à la recherche de ses coûts cachés : il est en effet obligatoire de procéder à une évaluation comparative des différents scénarios possibles avant de procéder à un contrat de partenariat et, depuis un arrêté du 17 novembre 2006, à un BEH. Cette évaluation comparative doit évidemment mettre en évidence les coûts cachés que l'Administration ne comptabilise pas d'habitude.

En second lieu, l'Administration va devoir penser un projet globalement, dans l'unité de sa conception, de sa construction et de son exploitation. Elle va devoir passer d'une logique de maître d'ouvrage à une logique de contrôleur. Elle va devoir s'attacher aux services rendus et non à l'édiction de spécificités techniques.

Il est donc essentiel de comprendre qu'il faut s'organiser de façon particulière avant de se lancer dans l'aventure.

LA PHASE DE RÉFLEXION PRÉALABLE

Il faut d'abord se poser quelques questions de base pour savoir si des formes contractuelles plus simples ne pourraient pas satisfaire les besoins de l'Administration. Reprenant les préconisations de la MAPPP, on citera notamment :

1. Quels sont les avantages que l'on attend d'un PPP ? A notre sens, ce ne peut pas être essentiellement l'étalement de la charge de l'investissement public, même si cet aspect est important. Il faut être convaincu que

le PPP a un intérêt fort en termes de bonne gestion, ou de délais, ou en termes de coût global, ou parce qu'on estime que l'on a besoin d'une prestation globalisée ;

2. A-t-on vraiment besoin d'un montage global, incluant la conception, la construction, le financement, la gestion et la maintenance, c'est-à-dire : quels seraient les avantages d'une telle globalisation ?

3. Si oui, les marchés publics n'y suffisent-ils pas ? Certains marchés publics permettent la globalisation, mais il faut bien dire que la rédaction de l'article 10 du nouveau Code, qui fait de l'allotissement la règle, fait peser un aléa juridique sur tout marché public globalisé ;

4. Un exploitant privé pourrait-il se rémunérer substantiellement sur l'exploitation du service, c'est-à-dire sur l'usager ? Si oui, la DSP est possible. On a vu récemment deux projets de stade se monter l'un en DSP (Nice), l'autre en contrat de partenariat (Lille), preuve que l'hésitation est parfois permise ;

5. Est-on en mesure de fixer des critères de performance au partenaire privé, en termes de construction et d'exploitation ?

6. Des recettes annexes sont-elles possibles ? Un PPP peut parfois être couplé avec une opération immobilière gérée de façon privative par le partenaire privé qui en partage le surplus avec l'Administration, ce qui allège d'autant le poids de l'investissement public ;

7. Quelles sont les répercussions du projet en termes de personnel administratif ?

8. Quel serait le périmètre exact du projet ? Bien souvent on se rend compte en cours de procédure que le périmètre aurait gagné à être enrichi de services nouveaux auxquels on n'avait pas pensé. En revanche, il ne faut pas céder au « tout PPP » : il y a des services, comme la sécurité ou l'accueil, que l'on a parfois intérêt à garder en régie ;

9. Quelle serait *a priori* la meilleure allocation des risques ? La tentation peut être forte de faire peser tous les risques sur le privé. Mais tout transfert de risque a un coût. Il faut donc faire porter par chaque partie le risque que celle-ci est capable de maîtriser, c'est-à-dire de supporter au moindre coût. Il existe des moyens de diminuer ces risques, et donc le coût du projet : par exemple, en ce qui concerne les risques de sol, on peut lancer avant le démarrage du projet un diagnostic archéologique ou des études géotechniques.

A l'issue de cette première phase de débroussaillage, il est tout à fait possible d'avoir un premier entretien informel avec la MAPP.

LA PHASE DE DÉMARRAGE CONCRET DU PROJET

Une fois que la décision de principe a été prise d'aller plus loin, il faut passer aux étapes suivantes.

L'organisation de la personne publique

On l'a dit en introduction, un projet en PPP n'est pas seulement l'acquisition d'un bien ou d'un service, il est aussi censé modifier le fonctionnement même de l'Administration. D'autre part, par sa nature même, le PPP est un contrat global, qui va donc déborder les compétences du seul service « achats » de la personne publique. Enfin, il va falloir être particulièrement réactif pendant toute la durée de la procédure, face à des groupes privés dont le degré d'expertise est considérable.

Il faut donc que l'Administration dépasse ses organigrammes traditionnels et adopte une organisation de projet, avec un véritable chef de projet. Cela suppose un chef, et qu'il y ait un projet.

Un chef : il faut désigner un agent suffisamment élevé dans la hiérarchie pour pouvoir trancher, prendre des décisions au moins de procédure et faire valoir ses vues auprès de collègues qui seront parfois ses supérieurs. Mais pas trop élevé non plus, car la disponibilité en temps de cet agent est essentielle. Pour les projets importants, il nous paraît fondamental qu'il s'agisse d'un agent de catégorie A à plein temps.

Une organisation de projet : il faut adopter une organisation qui transcende les organigrammes, type administration de mission. Une personne publique qui serait obligée de faire valider par chacune des directions les décisions prises à chaque pas du projet serait peu efficace et mettrait le projet en péril.

La nomination de ce chef de projet est à notre avis le premier pas concret à accomplir.

Bien évidemment, il faut aussi immédiatement nommer un comité de projet, peut-être de formation variable selon les sujets abordés, qui entourera et guidera le chef de projet. Ce comité pourra être présidé par un agent de rang élevé, par exemple le directeur général pour un établissement public ou un chef de service pour un ministère.

Le choix des conseils

Il est absolument nécessaire de s'entourer de conseils. Conseils internes d'abord, la MAPPP pour les projets de contrats de partenariat ou la MAINH pour les projets hospitaliers. Mais il faut aussi des conseils externes. Leur coût sera amplement compensé par les économies réalisées en termes de prix demandé par le privé et de diminution de risques contentieux.

Le PPP est un langage et une pratique : il est recommandé de choisir des conseils qui ont déjà des références nombreuses dans le montage considéré.

Les conseils sont de trois sortes : financier, juridique et technique. Il ne faut pas oublier cette troisième catégorie : la plupart des projets demanderont des compétences en économie de la construction, en maintenance et en GER ; il faudra pouvoir évaluer des coûts de construction, indiquer aux candidats les grandes lignes du plan de maintenance et du plan de GER, discuter avec eux des pénalités et de la mesure de leurs performances.

Il nous semble préférable de lancer un appel d'offres distinct par type de conseil (juridique, financier, technique), pour être sûr d'avoir les meilleurs spécialistes dans chacun des domaines. En revanche, on peut prévoir que l'un des conseils aura la tâche du pilotage de ses collègues.

On conseille de choisir les conseils en tout début de procédure : leur rôle ne se limite en effet pas à assister l'Administration dans la phase de passation des contrats. Il est d'aider et de faire profiter de leur expérience à tous les stades de la procédure. Une tâche qui leur est traditionnellement dévolue est la rédaction de l'évaluation préalable. Il nous paraît opportun de leur confier une mission portant sur toute la durée du projet, de la phase

préalable jusqu'à l'attribution du contrat. Il faudra alors prévoir une tranche ferme allant jusqu'à la rédaction de l'évaluation préalable et une tranche conditionnelle portant sur l'assistance à la négociation.

La rédaction du programme fonctionnel

Tout PPP (en tous cas les contrats de partenariat et les BEH) commence par la rédaction d'un programme fonctionnel qui est l'expression des besoins de l'Administration. Le dialogue compétitif va ensuite être le moyen de découvrir les moyens propres à satisfaire ses besoins.

Le programme fonctionnel devrait, dans un monde idéal, être prêt dès la soumission du projet à la MAPPP. Ce n'est en général pas le cas, puisqu'il peut être finalisé au plus tard au moment de l'envoi du dossier de consultation aux candidats sélectionnés.

C'est dommage car le programme fonctionnel est l'expression même du projet, sa feuille de route. Rédiger le programme fonctionnel, c'est se poser toutes les questions que pose le projet et les résoudre. Les conseils doivent y participer.

Cela explique que le programme fonctionnel va évoluer tout au long de la phase préparatoire. En revanche, dès qu'il est communiqué aux candidats il est intangible, cela pour deux raisons.

En premier lieu, le programme fonctionnel est l'expression des besoins de l'Administration, et c'est un des principes généraux de la commande publique que l'Administration doit avoir pleinement défini son besoin avant de faire appel aux opérateurs. Le dialogue compétitif a précisément pour objet d'indiquer à l'Administration quels sont les moyens les meilleurs pour répondre à ses besoins.

En second lieu, il s'agit de préserver l'égalité entre les candidats, qui suppose que les règles du jeu ne changent pas en cours de route. La jurisprudence a donné des signaux très nets s'agissant de l'ancienne procédure de l'appel d'offres sur performances, ancêtre du dialogue compétitif, qui comporte également un stade d'élaboration d'un programme fonctionnel. Le Conseil d'Etat a jugé que (1) : « si les prescriptions du programme fonctionnel détaillé peuvent être modifiées après la remise des offres, ces modifications ne peuvent porter sur la nature et l'étendue des besoins de la personne publique, lesquelles peuvent seulement faire l'objet des précisions nécessaires pour répondre aux éléments d'information complémentaires apparus au cours de la procédure et à la condition que ces précisions soient portées en temps utile à la connaissance de tous les candidats ayant fait une offre pour leur permettre de l'adapter ».

Quelle sera la place de la conception ?

Les discussions sur le projet se porteront également sur la place de la maîtrise d'œuvre dans le PPP.

L'un des traits communs à tous les PPP est que la loi MOP n'est pas applicable. Il en résulte que le partenaire privé a la qualité de maître d'ouvrage, et que l'interdiction de confier à l'entrepreneur des éléments de conception ne joue pas. De fait, les PPP associent le partenaire privé à la conception à des degrés divers. S'agissant des contrats de partenariat, la profession des architectes a obtenu un certain nombre de garanties qui encadrent l'intervention de l'entrepreneur, puisqu'il est prévu que, lorsqu'un contrat de partenariat confie au cocontractant tout ou partie de la conception des ouvrages :

- parmi les conditions d'exécution du contrat retenues par la personne publique contractante figure l'obligation d'identifier une équipe de maîtrise d'œuvre chargée de la conception des ouvrages et du suivi de leur réalisation ;
- les offres comportent nécessairement, pour les bâtiments, un projet architectural ;
- parmi les critères d'attribution du contrat figure nécessairement la qualité globale des ouvrages.

Cette association du partenaire à la conception est heureuse, car elle permet de se rapprocher d'un optimum économique. Quand on a suivi plusieurs projets, on se rend compte concrètement de ce qu'apporte le

(1) CE, 4 avril 2005, Commune de Castellar.

dialogue, dès les premières équipes, de l'architecte, du constructeur et de l'exploitant. Il s'agit d'abord d'un meilleur coût d'investissement, car l'ensemble des intervenants pourra se partager de façon rationnelle les efforts budgétaires demandés par la personne publique au cours du dialogue. Mais l'unité de vue produit aussi une grande économie en termes d'exploitation : il est évident qu'un bâtiment sera plus économe en énergie si l'architecte peut dialoguer avec le constructeur et le mainteneur dès le début du projet.

A l'inverse, il n'est pas obligatoire que le partenaire privé soit chargé de la conception, et, dans certains cas, l'Administration ne le souhaite pas. Il peut s'agir d'hypothèses dans lesquelles le projet avait déjà été monté en loi MOP et où un permis de construire avait déjà été déposé. Il peut aussi s'agir de cas où l'Administration souhaite donner un poids particulier à l'élément architectural en choisissant elle-même l'architecte : c'est souvent le cas des grands projets.

Dans ce cas, se pose le problème de l'association de l'architecte avec le groupement qui sera finalement attributaire du PPP. Plusieurs modalités sont possibles, par exemple le règlement de la consultation peut prévoir la cession obligatoire du contrat de maîtrise d'œuvre ou d'une tranche de celui-ci au partenaire qui sera choisi. Il convient évidemment d'en avoir fait une condition dès le stade du concours d'architecture. La MAPP a publié sur son site une fiche bien documentée sur la question.

Le statut du foncier

Il peut paraître superfétatoire qu'il faille étudier le statut du foncier. Pourtant, on a vu des projets finalement compromis parce qu'on n'avait pas anticipé une réforme du PLU, ou même parce qu'on ne s'était pas assuré de la propriété du terrain.

Il est donc essentiel de vérifier les questions de propriété, de s'interroger sur le statut domanial du terrain (les bureaux des administrations font désormais partie du domaine privé, ce qui rend possible des montages comme le bail emphytéotique ou le bail à construction), de vérifier si telle ou telle règle d'urbanisme (implantation, nombre de parkings...) ne rend pas le projet plus difficile ou plus coûteux.

Penser à l'accompagnement social du projet

Les personnels sont souvent inquiets du lancement d'une procédure de PPP, le mot « privé » évoquant évidemment la privatisation du service. De fait, le PPP peut être l'occasion d'une opération d'externalisation de certains services ou d'une amplification de celle-ci. A ce titre, le comité technique paritaire doit en général être consulté avant l'attribution du contrat.

Mais il faut évidemment aller plus loin. Le personnel doit non seulement être informé mais aussi, à notre avis, associé à la marche du projet. Il est par exemple envisageable de faire siéger des représentants du personnel dans la commission de dialogue. S'agissant par exemple de la construction d'un hôpital en PPP, on mesure tout l'apport des médecins et des infirmières à la conception même du projet.

Ce point est important, car on a vu des projets abandonnés par suite de réactions de peur des agents à qui on n'avait pas suffisamment expliqué ce dont il s'agissait.

LES PREMIÈRES DÉMARCHES JURIDIQUES

Arrive rapidement un moment où il faut commencer à formaliser le projet, voire à satisfaire à un certain nombre de procédures prévues par les textes.

L'évaluation préalable et la saisine de la MAPP

Obligatoire pour les contrats de partenariat de l'Etat, facultative pour ceux des collectivités territoriales, la saisine de la MAPP est à recommander très vivement à ces dernières. La MAPP est en effet une mission au service des administrations, qui est là pour les aider et non pour accumuler les obstacles. L'examen du projet par la MAPP est un dialogue, qui peut s'étaler sur plusieurs semaines.

Il est à noter qu'on peut saisir la MAPP à tout moment du projet, même très en amont. Mais sa véritable saisine, la seule qui soit obligatoire pour l'Etat, est celle qui porte sur le projet d'évaluation préalable.

Il est possible de saisir la MAPP sur le contenu de l'article 2 a) de l'ordonnance du 17 juin 2004, c'est-à-dire sur l'existence de la complexité ou de l'urgence, sans attendre les résultats de l'analyse comparative prévue à l'article 2 b) de l'ordonnance. Une telle procédure permet de gagner du temps, et, le cas échéant, d'arrêter le projet en temps utile si la mission estime que les conditions légales mises à la conclusion d'un contrat de partenariat ne sont pas remplies.

Les pièges de l'AAPC

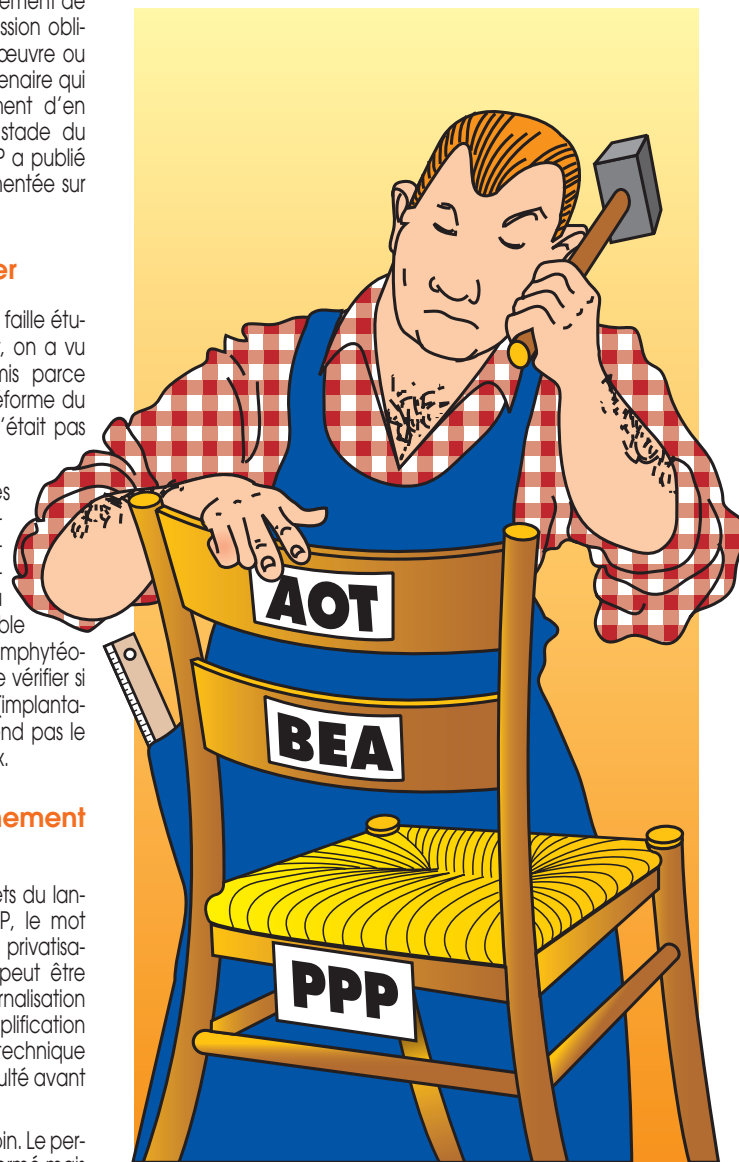
L'avis d'appel à candidatures (qu'il ne faut publier, dans le cas des contrats de partenariat, qu'après avoir recueilli l'avis de la MAPP), est le premier acte de procédure contraignant. Il oblige l'Administration à faire des choix, et des choix qui doivent être réfléchis puisqu'il n'est plus ensuite possible de modifier les termes de la consultation. C'est, traditionnellement, le dernier moment pour lever les ambiguïtés qui subsistent.

Il est un certain nombre de points sur lesquels l'attention de l'Administration doit se porter particulièrement.

► Le premier est relatif aux **critères d'attribution**. Ces critères ne pourront plus être modifiés en cours de dialogue. Aussi est-il parfois sage, si l'on est pris par le temps, d'attendre le règlement de la consultation pour les fixer (dans ce cas, on précisera dans l'AAPC qu'ils seront fixés dans le règlement de la consultation).

Il est d'autant plus important de bien préciser les critères qu'il n'est pas possible de les modifier par la suite. La tentation est parfois grande de le faire, soit qu'ils n'aient pas été suffisamment réfléchis en amont, soit que la richesse du dialogue fasse apparaître l'utilité de diversifier les modalités du choix.

Or, c'est strictement impossible. Tout ce qui est envisageable, c'est de préciser les critères, c'est-à-dire de rester à l'intérieur des concepts définis



financement et gestion

en amont, ainsi que l'a admis le Conseil d'Etat au prix d'un effort d'interprétation. Dans sa décision « Sueur et autres » du 29 octobre 2004, il a jugé légale la possibilité de préciser les critères, ainsi que le prévoit l'ordonnance, mais sous réserve que l'Administration « ne modifie ni les critères ainsi définis, ni leur pondération, et qu'(elle) porte ces précisions à la connaissance des candidats de manière transparente et non discriminatoire ».

Le recours à des **sous-critères** définis en cours de procédure n'est lui-même possible que dans des conditions strictement limitées. La Cour de justice des Communautés européennes a ainsi jugé que l'usage de sous-critères en cours de procédure n'est possible que dans les conditions suivantes :

- l'usage des sous-critères ne doit pas modifier les critères d'attribution du marché définis dans le cahier des charges ou dans l'avis de marché ;
- le sous-critère ne doit pas prendre en compte des éléments susceptibles d'avoir un effet discriminatoire envers l'un des soumissionnaires ;
- ces sous-critères ne doivent pas contenir des éléments qui, s'ils avaient été connus lors de la préparation des offres, auraient pu influencer cette préparation.

Les critères d'attribution sont pondérés, sauf si la personne publique démontre qu'une telle pondération est objectivement impossible, ils sont hiérarchisés.

Certains de ces critères sont obligatoires. Ainsi, pour les contrats de partenariat et les BEH, le coût global de l'offre, des objectifs de performance définis en fonction de l'objet du contrat et la part d'exécution du contrat que le candidat s'engage à confier à des petites et moyennes entreprises et à des artisans, ainsi que la qualité architecturale de l'œuvre si le partenaire privé est chargé de tout ou partie de la conception. Cela veut dire qu'il faut, à ce stade, définir les performances sur lesquelles les candidats seront jugés. C'est souvent le moment de vérité, qui permet de voir si la réflexion a été suffisamment approfondie, car l'Administration n'a souvent que peu d'idées sur les exigences qu'elle peut et doit avoir vis-à-vis du partenaire privé ;

- Il faut également fixer le **nombre** maximal (éventuellement) et le nombre minimal (obligatoirement) des candidats qui seront admis à concourir.

La fixation d'un nombre maximal n'est pas obligatoire. C'est une question de bon sens et de balance entre deux objectifs distincts.

Il faut, d'une part, assurer une concurrence effective, ce qui amènerait à souhaiter le plus grand nombre de candidats possible. Comme le dit la

circulaire du 29 novembre 2005 (2) : « L'avis peut éventuellement fixer un nombre maximum de candidats autorisés à concourir, étant précisé que le nombre minimum doit être de trois dans le cadre du dialogue compétitif et de cinq dans le cadre de l'appel d'offres, sous réserve qu'un nombre suffisant de candidats remplisse les conditions pour concourir. Dans tous les cas, il est impératif d'organiser une concurrence réelle entre les candidats ; le nombre devra donc être choisi en adéquation avec le nombre d'intervenants possible dans un secteur d'activité donné ».

Mais, d'autre part, du moins en dialogue compétitif, la procédure n'est plus « gérable » si le nombre de concurrents est trop élevé. Dans ces conditions, un nombre maximal de cinq candidats s'avèrera sans doute comme le plus opportun dans la plupart des cas.

S'agissant du nombre minimal, les textes régissant les contrats de partenariat et les BEH précisent qu'il est de trois en cas de dialogue compétitif et de cinq en cas d'urgence. Toutefois, ces minima s'entendent sous réserve qu'il existe un nombre suffisant de candidats. Cette réserve est expressément prévue par l'ordonnance du 17 juin 2004 (« sous réserve d'un nombre suffisant de candidats ne se trouvant dans aucun des cas d'exclusion mentionnés à l'article 4 et disposant de capacités professionnelles, techniques et financières appropriées ») et elle ressort également de la directive n° 2004/18/CE du 31 mars 2004, qui prévoit dans son article 44, paragraphe 3 l'invitation d'au moins trois candidats, « à condition qu'un nombre suffisant de candidats appropriés soit disponible ».

En conclusion, il est tout à fait possible de lancer la procédure d'attribution d'un contrat de partenariat ou d'un BEA hospitalier avec seulement deux candidats si moins de trois candidats ont répondu à l'appel à candidatures.

- Aussi bien l'ordonnance sur les contrats de partenariat que le décret du 6 janvier 2004 pour les montages en AOT prévoient qu'une **prime** pourra être allouée à tous les candidats ou à ceux dont les offres ont été les mieux classées.

L'Administration tiendra compte, pour savoir s'il y a lieu d'allouer une prime, de la concurrence qu'elle attend. Il n'est évidemment pas besoin d'allouer une telle prime si les candidats se pressent en foule. S'il en va autrement, la prime sera bienvenue. Elle n'est justifiée que pour les candidats « sérieux », c'est-à-dire ceux qui ont remis une offre finale, ou du moins plusieurs propositions au cours du dialogue. La prime devrait alors couvrir au moins une partie des frais d'offres et d'études.

(2) Circulaire du 29 novembre 2005 relative aux contrats de partenariat à l'attention des collectivités territoriales NOR : ECO20500081C.