

RÉPUBLIQUE FRANÇAISE

Ministère de l'Economie, des Finances
et de l'Industrie

Circulaire du - 9 MAI 2012

relative aux contrats de partenariat à l'attention des collectivités territoriales

NOR : EFIT1206010C

Le Ministre de l'Intérieur, de l'Outre-Mer, des Collectivités Territoriales
et de l'Immigration,
Le Ministre de l'Economie, des Finances et de l'Industrie,

à

Mesdames et Messieurs les Préfets de Région,
Mesdames et Messieurs les Préfets de Département,
Monsieur le Préfet de Police

Depuis 2005, les collectivités territoriales, sur la base de l'ordonnance n° 2004-559 du 17 juin 2004 relative aux contrats de partenariat telle que codifiée aux articles L. 1414-1 et suivants du code général des collectivités territoriales (CGCT) et de ses textes d'application, ont engagé des procédures de passation et signé près de quatre-vingt-dix (90) (pour les seules collectivités territoriales) contrats de partenariat pour un montant cumulé d'investissements supérieur à deux (2) Milliards d'euros au 1^{er} août 2011.

A la lumière de cette expérience, la loi n° 2008-735 du 28 juillet 2008 relative aux contrats de partenariat, la loi de finances rectificative (pour 2009) n° 2009-122 du 4 février 2009 et la loi n° 2009-179 du 17 février 2009 pour l'accélération des programmes de construction et d'investissement publics et privés (LAPCIPP) ainsi que divers décrets d'application sont venus apporter des compléments au dispositif initial. La présente circulaire a pour objet de mettre à jour l'ensemble des éléments utiles à la mise en œuvre de ce contrat particulier de la commande publique par les collectivités.

A cet effet, vous pourrez assurer, selon les modalités que vous jugerez appropriées, une diffusion de la présente circulaire auprès des collectivités et des établissements publics locaux situés dans votre ressort territorial. Ce document fournit les informations générales et précisions pratiques

relatives à la mise en œuvre du contrat de partenariat prévu par l'ordonnance du 17 juin 2004 précitée. Il est aussi un outil utile pour procéder à l'analyse des projets de contrat qui vous sont soumis dans le cadre du contrôle de légalité.

Elle ne doit pas dispenser de consulter le guide pratique « Les contrats de partenariat : guide méthodologique » de la Mission d'appui aux partenariats public-privé (MAPPP : 6, rue Louise-Weiss, télédéc 323, 75013 Paris) disponible en ligne sur le site <http://www.economie.gouv.fr/ppp>, de la Mission d'appui aux partenariats public-privé (MAPPP : 6, rue Louise-Weiss, télédéc 323, 75013 Paris) qui apporte des informations plus détaillées sur les conditions de passation et d'exécution de ces contrats.

Le contrat de partenariat est un outil juridique et financier élaboré. Compte tenu du caractère complexe de ces montages et du risque financier lié à l'ampleur et à la durée des projets, il convient pour les préfetures d'apporter aux collectivités intéressées un conseil juridique, notamment à destination des plus petites d'entre elles. A cet égard, il vous est recommandé de prendre l'attache du pôle interrégional d'appui au contrôle de légalité de Lyon pour analyser ce type de contrat, ainsi que celle de la MAPPP (qui est l'organisme expert en charge de ces questions, et qui est par ailleurs en contact avec de nombreuses collectivités porteuses de projets),

1. Les raisons de la création du contrat de partenariat

1.1. Pourquoi le contrat de partenariat ?

Les collectivités territoriales disposent de plusieurs modalités d'action pour l'exercice de leurs missions de service public : la régie, la création de structures dédiées ou le recours au secteur privé par la voie contractuelle. Depuis très longtemps sont nouées fréquemment des relations contractuelles avec des entreprises ou des groupes d'entreprises chargés de fournir aux collectivités publiques et aux citoyens biens, services et travaux ou de gérer des services publics.

Ces relations contractuelles prenaient jusqu'en 2004 en droit français trois formes principales :

- celle des marchés publics, pour l'achat direct de travaux, fournitures ou services ;
- celle des délégations de service public, pour la gestion dans la durée de services publics à dimension économique ou marchande, « dont la rémunération est substantiellement liée aux résultats de l'exploitation du service » (loi n° 93-122 du 29 janvier 1993 relative à la prévention de la corruption et à la transparence de la vie économique et des procédures publiques) ;
- ou enfin celle des montages locatifs dite également « aller-retour » (soit la possibilité pour les collectivités territoriales et les établissements de santé de conclure avec des opérateurs privés des baux emphytéotiques administratifs).

Le contrat de partenariat, institué par l'ordonnance du 17 juin 2004, est un outil juridique permettant de confier à un tiers pour une longue période, le soin de concevoir, de financer, en tout ou partie, construire ou transformer, entretenir, maintenir, exploiter ou gérer des ouvrages et équipements publics ou biens immatériels nécessaires aux missions de service public en contrepartie d'une rémunération publique étalée dans le temps.

Le contrat de partenariat représente un mécanisme d'application globale permettant à toutes les entités publiques, et notamment aux collectivités territoriales, premiers acteurs de la commande et de l'investissement publics, de pratiquer un partenariat public-privé. Il complète le droit de la commande publique et par là même doit permettre aux collectivités territoriales de remplir leur mission.

1.2. Qu'est-ce qu'un contrat de partenariat ?

Aux termes de l'article 14 de l'ordonnance du 17 juin 2004 modifiée, codifié à l'article L.1414-1 du code général des collectivités territoriales (CGCT) :

« le contrat de partenariat est un contrat administratif par lequel une collectivité territoriale ou un établissement public local confie à un tiers, pour une période déterminée en fonction de la durée d'amortissement des investissements ou des modalités de financement retenues, une mission globale ayant pour objet la construction ou la transformation, l'entretien, la maintenance, l'exploitation ou la gestion d'ouvrages, d'équipements ou de biens immatériels nécessaires au service public, ainsi que tout ou partie de leur financement à l'exception de toute participation au capital.

Ce contrat est conclu dans le respect des règles de la commande publique.

1.2.1. Un contrat global

Un contrat de partenariat est donc un contrat global qui comprend nécessairement au moins trois éléments :

- le financement privé d'ouvrages ou d'équipements et d'investissements immatériels nécessaires au service public sur une longue durée. Depuis la loi LAPCIPP n°2009-179 du 17 février 2009 (l'article 14), ce financement privé peut n'être que partiel, et même minoritaire. L'article L.1414-1 du CGCT dispose en effet que « le financement définitif d'un projet doit être majoritairement assuré par le titulaire du contrat, sauf pour les projets d'un montant supérieur à un seuil fixé par décret ». Le décret n°2009-987 du 20 août 2009 codifié à l'article D. 1414-9 du CGCT est venu fixer ce seuil (40 millions d'euros hors taxes) et préciser ses modalités de calcul (en cumul de rémunérations prévisionnelles).

Sous ce seuil, le financement apporté *ab initio* par la ou les personne(s) publique(s) ne pourra pas excéder 50% de l'investissement global à financer. Ainsi, si la somme cumulée des rémunérations HT est inférieure à 40 M€ alors le rapport entre le montant de la subvention (numérateur) et le montant à financer subvention comprise (dénominateur) doit être inférieur à 50% (financement majoritairement assuré par le partenaire privé). En revanche, si la somme des rémunérations est supérieure à 40 M€ HT, alors aucune contrainte ne pèse sur le financement public qui peut donc être majoritaire ;

- la construction ou la transformation des ouvrages ou des équipements ou d'autres investissements (y compris immatériels) ;

- leur entretien et/ou leur maintenance et/ou leur exploitation et/ou leur gestion;

De manière facultative, il peut contenir d'autres prestations de service concourant à l'exercice de la mission de service public de la collectivité territoriale cocontractante ainsi que tout ou partie de la conception des ouvrages.

En règle générale, la personne publique souhaitera confier la totalité de la conception de l'ouvrage au titulaire du contrat. L'article L.1414-13 du CGCT intègre la qualité architecturale comme composante de la qualité globale des offres. Cette solution permet à la personne publique de bénéficier au mieux des avantages du contrat de partenariat (intégration des missions au sein d'un seul contrat). Le partenaire privé concevra ainsi un projet dont il sait qu'il aura à assurer la

réalisation puis la maintenance/exploitation sur la longue durée avec un risque de subir des pénalités sur l'ensemble de cette période.

L'ordonnance permet toutefois à la personne publique de conserver sous son autorité tout ou partie de la conception de l'ouvrage. Elle peut alors, par dérogation aux dispositions de la loi n°85-704 du 12 juillet 1985 relative à la maîtrise d'ouvrage publique et à ses rapports avec la maîtrise d'œuvre privée modifiée, choisir un concepteur, lequel poursuivra la conception jusqu'au stade de l'avant-projet. La personne publique pourra ensuite prévoir que le concepteur poursuivra sa mission de maîtrise d'œuvre pour le compte du partenaire privé ou qu'il restera à côté de la personne publique en sa seule qualité d'assistant pendant la réalisation de l'ouvrage.

Il reste qu'à l'expérience la solution de transfert de la conception au partenaire privé est la solution la plus efficiente et doit donc être privilégiée.

1.2.2. Un contrat de longue durée

Un contrat de partenariat doit s'inscrire dans la durée, celle-ci étant déterminée en fonction de la période d'amortissement des investissements, des enjeux du gros entretien-renouvellement (GER) ou des modalités de financement retenues.

Pour les deux partenaires, la durée conditionne l'intérêt économique du recours à un contrat de partenariat :

- par la baisse du coût du service attendue grâce à l'effet d'apprentissage et par l'intégration d'au moins une échéance de GER.
- par un meilleur entretien des ouvrages grâce à la « sanctuarisation » des dépenses d'entretien-maintenance qui préserve la valeur patrimoniale desdits ouvrages.

En pratique, la durée peut varier selon la nature des projets. Par exemple, les projets d'infrastructures de transports seront plus longs que ceux portant sur les technologies de l'information. La loi ne prévoit pas de durée plancher ou plafond, mais un délai de cinq ans doit être considéré comme minimal. En tout état de cause la personne publique doit être en mesure d'assurer le pilotage du contrat de partenariat sur toute sa durée qui dépassera le plus souvent, pour les collectivités locales, celle d'une mandature.

1.2.3. Un contrat aux modalités de rémunération originales

La rémunération du contractant par la personne publique présente trois éléments caractéristiques :

- elle est étalée sur toute la durée du contrat : les contrats de partenariat autorisent une rémunération dans laquelle les investissements initiaux ne sont pas réglés à leur « réception » mais donnent lieu à des paiements tout au long de la phase d'exploitation. L'ordonnance pose une obligation de transparence en exigeant que le contrat de partenariat comprenne une clause relative à cette rémunération qui distingue, pour son calcul les coûts d'investissement, de fonctionnement et de financement.
- elle est liée à des objectifs de performance : l'objet premier d'un contrat de partenariat est l'amélioration du service rendu aux usagers, il est légitime que la rémunération tienne compte des résultats obtenus en la matière. Il importe donc que ces objectifs fassent l'objet d'une discussion très poussée entre les deux partenaires. En effet, il ne s'agit pas seulement de répondre aux besoins

propres de la collectivité ou à ceux des usagers, mais d'optimiser la prestation rendue au regard des procédés contractuels traditionnels. Cette logique performancielle permet d'imposer au titulaire du contrat de partenariat des objectifs de résultat, notamment en matière d'entretien et de maintenance, permettant de garantir la disponibilité de l'ouvrage objet du contrat. Le non-respect de ces objectifs conduit à une pénalisation financière du cocontractant, sous la forme d'une minoration de sa rémunération.

- elle peut intégrer des recettes dites de « valorisation » : le contrat de partenariat permet la mise en place de financements innovants par le partenaire privé, s'appuyant sur plusieurs modes de rémunération : versement direct par la personne publique, revenus provenant de la valorisation du domaine public ou privé (L 1414-16 du CGCT) ou de l'exploitation alternative de l'infrastructure. Ces recettes de « valorisation » constituent une nouvelle source de financement complémentaire du financement budgétaire. Le partenaire public sera autorisé à imputer les recettes de valorisation qui lui reviennent contractuellement par compensation sur la rémunération qu'il verse au partenaire privé. Cette imputation s'effectue prioritairement sur la composante maintenance-exploitation de la rémunération. Aucune limite n'a été fixée quant à leur montant.

Enfin, la loi du 28 juillet 2008 a expressément autorisé le partenaire privé à percevoir auprès de l'utilisateur final, au nom et pour le compte de la personne publique, le paiement des prestations qui lui revient.

1.2.4. Un contrat administratif qui satisfait aux règles communautaires relatives à la passation des marchés publics

Le contrat de partenariat est un contrat administratif, par détermination de la loi. L'ensemble du droit administratif s'applique au contrat de partenariat, qu'il s'agisse des lois et règlements, des règles jurisprudentielles ou des mécanismes de contrôle.

En droit national, il est situé en dehors du champ du code des marchés publics et de la loi n° 85-704 du 12 juillet 1985 modifiée relative à la maîtrise d'ouvrage publique et à ses rapports avec la maîtrise d'œuvre privée.

En revanche, au plan européen, le droit communautaire de la commande publique ne connaît que deux catégories de contrats : les concessions et les marchés publics. D'une manière générale, les contrats de partenariat seront qualifiés de marchés publics au sens du droit communautaire, ainsi que l'a jugé le Conseil d'Etat dans sa décision du 29 octobre 2004¹.

Aussi, afin de renforcer la sécurité juridique de ces contrats, l'ordonnance leur applique-t-elle l'ensemble des règles de passation des marchés publics communautaires figurant dans la directive 2004/18/CE du 31 mars 2004.

1.3. Pourquoi recourir au contrat de partenariat ?

Le recours à la formule du contrat de partenariat doit permettre de trouver des solutions optimales tenant à la nature même de ce type de contrat, à la fois global et de long terme.

Les gains potentiels suivants sont à en attendre par :

- La contractualisation du coût global de possession ou « coût complet » (investissement, financement, ensemble des prestations de service) sur la durée du contrat
- L'intégration dans une procédure unique de contrats normalement séparés qui permet la

¹ Conseil d'Etat, 7/2 SSR, 29 octobre 2004, Sueur et autres, n°269814, 271119, 271357, 271362,

réduction des risques d'interface entre conception, réalisation et exploitation ou gestion et de leurs conséquences en matière de délais et de coûts :

La prise en compte du développement durable, d'économies d'échelles potentielles sur des séries longues et de gains de productivité tenant au recours à une gestion privée dont la qualité est contractualisée, financièrement sanctionnée.

Ces gains de productivité peuvent être optimisés en intégrant dans le contrat de partenariat des clauses de « benchmarking » ou de « market-testing » (voir ci-après § 4.1.5).

Les retombées que l'on est en droit d'attendre sont :

1.3.1. Le respect des délais et des coûts

Dans le cadre du contrat de partenariat, la rémunération due au titre de la réalisation de l'ouvrage est liée au respect des délais de livraison, le risque de construction étant normalement transféré au partenaire privé. L'incitation pour celui-ci à tenir ces délais est d'autant plus forte qu'au-delà des pénalités à prévoir dans le contrat, le paiement ne débute, généralement que lorsque l'ouvrage est mis en service, tandis que les frais financiers ou de construction sont encourus dès l'engagement du projet. Par ailleurs, si la durée totale du contrat, fixée à l'origine, court à partir de la date de signature et non de la mise en service, tout retard réduit d'autant la période d'exploitation donnant lieu à paiement de rémunération au partenaire privé. Cette contrainte de temps, qui agit directement sur les coûts et sur les revenus du partenaire privé, se traduit dans la pratique par la mise en place chez celui-ci de techniques d'organisation de chantier permettant d'optimiser les délais. Son implication en amont dans la conception du projet y contribue également..

Au-delà de la maîtrise des délais, la meilleure intégration des phases conception/construction/exploitation liée au caractère global et de longue durée du contrat permet également une baisse des coûts des services rendus sur la durée du contrat.

1.3.2. Une qualité de gestion contractualisée

La finalité de ces contrats est de permettre à l'administration, et donc aux usagers finaux, de tirer profit des capacités de gestion d'une entreprise privée. C'est ce qui permet aux autorités administratives d'exiger que la rémunération soit étroitement liée à des critères, préalablement définis, de performance et de qualité dans l'exécution de la prestation.

Le contrat de partenariat permet aussi à ce titre, à la partie publique, de conserver une expertise et le contrôle, au plan économique, sur ces services externalisés et de maintenir dans de meilleures conditions la valeur patrimoniale de ses ouvrages. Cela suppose toutefois que la collectivité assure un suivi régulier de l'exécution du contrat sur l'ensemble de sa durée, et en particulier dans les dernières années qui vont précéder le terme du contrat.

1.3.3. Le recours à des solutions innovantes :

Les solutions innovantes sont apportées principalement dans le cadre de la procédure d'attribution du dialogue compétitif.

Le programme fonctionnel (qui constitue l'expression des besoins de la personne publique et non des moyens destinés à satisfaire ceux-ci, contrairement à un cahier des charges classique) doit être arrêté le plus précisément possible avant le lancement de la procédure. Sur cette base, le dialogue compétitif permettra d'affiner les choix de la collectivité pendant la phase de passation du contrat.

Depuis la loi du 28 juillet 2008, la personne publique peut également avoir recours à la procédure négociée lorsque le montant du contrat, au vu de l'évaluation préalable, est inférieur à des seuils

fixés par l'article D.1414-5 du CGCT²,

La procédure de dialogue compétitif, permet de faire bénéficier le secteur public des innovations et de la créativité du secteur privé, d'autant que ce dernier a la possibilité de présenter spontanément son projet. En effet, l'article L.1414-11 du CGCT permet à une entreprise ou un groupement d'entreprises de saisir une collectivité d'un projet de contrat de partenariat.

Cette communication d'idée innovante peut donner lieu au versement d'une prime forfaitaire lorsqu'elle débouche sur le lancement d'une procédure de contrat de partenariat.

L'entreprise ayant fait une offre spontanée pourra alors se porter candidate dans les conditions posées par le deuxième alinéa de l'article L 1414-11 du CGCT.

La personne publique peut aussi bénéficier des gains de productivité sur les services rendus, résultant d'une meilleure gestion et de l'effet d'apprentissage que doit permettre la durée du contrat. Cela se matérialisera notamment par l'introduction d'une partie fixe dans les formules d'indexation.

1.3.4. Permettre une exploitation valorisante des ouvrages

Afin de diminuer les coûts des équipements publics, le contrat de partenariat ouvre la possibilité à l'exploitant de rechercher des sources de rémunération diversifiées, réduisant d'autant le poids des rémunérations à verser par la personne publique.

Le cocontractant privé peut rechercher des revenus complémentaires, dits également « recettes de valorisation », tirés d'une exploitation alternative des ouvrages ou équipements publics (salle de conférence..); de la vente de services complémentaires (commerces, cafétéria...); ou de la valorisation du domaine privé de la personne publique (bureaux...), dès lors que cela est matériellement possible en dehors du cadre des besoins du service public et ne porte pas préjudice à la mission principale définie par le contrat.

De plus, le contrat de partenariat permet la mise en place de financements innovants. Il est ainsi à noter que, lorsque le contrat de partenariat emporte occupation du domaine public, son titulaire dispose de droits réels sur les ouvrages et équipements qu'il réalise, sauf stipulations contraires. La loi du 28 juillet 2008 a donné la possibilité à la personne publique d'autoriser, par consentement expres, le cocontractant à conclure des baux dans les conditions du droit privé et à y constituer tous

2 Article D 1414-5 CGCT : « I. — Les contrats de partenariat ayant pour objet principal soit l'exécution, soit conjointement la conception et l'exécution de travaux ou d'un ouvrage répondant à des besoins précisés par la personne publique contractante peuvent être passés selon une procédure négociée avec publication d'un avis d'appel public à la concurrence lorsque leur montant est inférieur à un seuil fixé à 5 000 000 € HT.

II. — Les contrats de partenariat n'ayant pas pour objet principal soit l'exécution, soit conjointement la conception et l'exécution de travaux ou d'un ouvrage répondant à des besoins précisés par la personne publique contractante, peuvent être passés selon une procédure négociée avec publication d'un avis d'appel public à la concurrence lorsque leur montant est inférieur à un seuil fixé à 200 000 € HT.

III. — Le montant des contrats de partenariat mentionné aux 1° et 2° pour l'appréciation des seuils est **calculé en additionnant les différentes composantes de la rémunération à la date de la signature du contrat.** »

types de droits réels à durée limitée. Cette durée peut excéder la durée du contrat de partenariat avec l'accord de la collectivité publique. Il en résulte qu'à la fin du contrat de partenariat, la personne publique deviendra le cocontractant au contrat de bail à la place du titulaire (décision n°2008-567 DC du 24 juillet 2008).

De même, l'ordonnance du 17 juin 2004 comporte des dispositions permettant et encadrant les cessions de créances acceptées afin de réduire les coûts de financement du partenaire privé.

1.3.5. Un outil de la commande publique

Le recours aux contrats de partenariat ne saurait en revanche être considéré par les collectivités territoriales comme un moyen d'éviter de passer des marchés publics (le recours au contrat de partenariat doit être justifié en termes de délais, coûts, risques et performances, cf. infra).

De plus, le recours au contrat de partenariat ne peut - en particulier depuis la publication des arrêtés du 16 décembre 2010, voir infra - être considéré comme un moyen de s'affranchir des contraintes budgétaires et comptables, de déguiser l'endettement réel de la collectivité en reportant de façon artificielle la charge budgétaire sur les gestions futures sans se préoccuper des ressources disponibles à moyen terme,

C'est pourquoi, outre la nécessité de procéder de façon précise et objective à l'évaluation prévue par les textes, il est indispensable que l'exécutif, lorsqu'il souhaite recourir au contrat de partenariat, vérifie les marges de manœuvre financières de la collectivité à moyen terme, afin de s'assurer de sa capacité à faire face, sur la durée, à l'ensemble de ses engagements pluriannuels (cf. infra). Dans ce sens, l'article L. 1414-10 du CGCT impose que le projet de délibération soit accompagné d'une information comportant le coût prévisionnel global du contrat, en moyenne annuelle, pour la personne publique et l'indication de la part que ce coût représente par rapport à la capacité de financement annuelle de la personne publique. Cette part est mesurée dans des conditions définies par décret n°2005 -953 en date du 9 août 2005.

Par ailleurs, l'ordonnance prévoit également, pour des motifs de transparence financière, l'obligation de présenter une annexe budgétaire retraçant l'ensemble des engagements financiers au titre d'un contrat de partenariat (cf. article L 2313-1 (9°). Elle devra en particulier faire apparaître les composantes de la rémunération versée au cocontractant et leur « amortissement » sur la durée du contrat. La loi du 28 juillet 2008 a ajouté une nouvelle annexe aux documents budgétaires obligatoires des collectivités territoriales qui retrace l'équivalent de la « dette liée à la part d'investissement de ces contrats de partenariat (cf. article L. 2313-1 – (10°) du CGCT).

Enfin, les arrêtés du 16 décembre 2010 ont complété et mis à jour le dispositif de comptabilisation des contrats de partenariat. Les collectivités territoriales doivent inscrire – à partir de la date de mise en service – dans leur bilan l'actif faisant l'objet du contrat de partenariat, ainsi que la dette correspondante au passif, là où auparavant ces éléments d'information n'apparaissaient qu'en hors-bilan (annexe au compte administratif et budgétaire).³

En résumé, le contrat de partenariat ne doit pas être perçu seulement ou principalement comme un instrument de financement, mais d'abord comme un outil de la commande publique voire de la gestion publique, qui introduit des concepts novateurs dans la sphère administrative et ouvre aux collectivités de nouvelles possibilités pour mieux satisfaire les besoins de leurs administrés.

Cet outil de la commande publique a vu le jour après que divers mécanismes précurseurs ont permis

³ cf. Annexe 3 schéma comptable

d'expérimenter cette voie. Ainsi, pour les collectivités territoriales, le bail emphytéotique administratif (BEA) dans le domaine de la construction et de la gestion de bâtiments a été créé dès 1988 par la loi n°88-13 du 5 janvier 1988 d'amélioration de la décentralisation. Cette procédure est codifiée aux articles L. 1311-2 et suivants du CGCT.

1.4. Le champ d'application

1.4.1. Le champ sectoriel

L'ordonnance ne limite pas les objets possibles : ceux-ci concernent aussi bien le bâtiment et les travaux publics que les nouvelles technologies de l'information et de la communication.

Le contrat de partenariat apparaît adapté à la réalisation de certains projets des collectivités territoriales répondant aux conditions de recours imposées par la loi en application des exigences fixées par le Conseil Constitutionnel dans ces décisions (décision 2004-506 DC du 2 décembre 2004 ; décision 2008-567 DC du 24 juillet 2008. Sous ces réserves, peuvent être concernés :

- les bâtiments publics : centres administratifs, palais des congrès, hôtels départementaux et régionaux... ;
- les contrats de performance énergétique ou concernant des installations de production et de distribution d'énergie ;
- les infrastructures scolaires : écoles, collèges, lycées, institut de formation... ;
- les bâtiments et services sanitaires et sociaux : établissements médico-sociaux, EHPAD... ;
- l'éclairage public, la signalisation tricolore et la régulation du trafic... ;
- la voirie et le stationnement;
- les infrastructures et équipements de transport ;
- l'informatisation des services publics locaux (ex.: archives);
- les équipements culturels et sportifs : stades, piscines, musées, centres culturels... ;
- les projets d'aménagement urbain ou touristique ;
- certaines infrastructures dans le domaine de l'eau, de l'assainissement ou des déchets (stations d'épuration, incinérateurs...).

Les seules limitations au recours au contrat de partenariat sont d'ordre juridique et économique (cf. infra) : urgence, complexité et « bilan coût / avantages » dit aussi « critère de l'efficacité économique » résultant de l'évaluation préalable.

1.4.2. Les acteurs

Concernant la personne publique, c'est l'autorité habilitée à représenter la collectivité dans toute

relation contractuelle qui est admise à signer un contrat de partenariat.

Dans le cas d'un établissement public territorial, les statuts de l'établissement désignent cette autorité.

Lorsque la réalisation d'un projet relève simultanément de la compétence de plusieurs personnes publiques, ces dernières peuvent désigner par convention celle d'entre elles qui réalisera l'évaluation préalable, conduira la procédure de passation et, éventuellement, en suivra l'exécution. Toutefois, dans ce cas, chacune des collectivités territoriales impliquée est tenue de délibérer préalablement à la signature du contrat.

Concernant la personne privée, une entreprise individuelle ou un groupement d'entreprises peut concourir. Le second cas se présente le plus souvent, compte tenu de la diversité et de la globalité des prestations attendues.

Les PME⁴ et les artisans bénéficient en outre d'un traitement protecteur, puisque la part qui leur est réservée est obligatoirement un critère d'attribution (cf. l'article L.1414-9 du CGCT « la part d'exécution du contrat que le candidat s'engage à confier à des petites et moyennes entreprises et à des artisans »). La collectivité devra s'assurer, lors du suivi du contrat, que le partenaire privé respecte cet engagement dans la durée.

Cependant, si le contrat de partenariat n'est pas réservé aux grandes collectivités territoriales, ni aux grands groupes du secteur privé, il n'en reste pas moins un instrument complexe à mettre en œuvre, et pour lequel le risque financier n'est pas à négliger. De fait, il conviendra pour les collectivités territoriales de faire appel aux expertises nécessaires (internes comme externes).

2. L'évaluation préalable

Avant de s'engager dans cette démarche rigoureuse, nécessitant un investissement significatif de ressources et de compétences tant internes qu'externes, de la part de l'autorité contractante, il est souhaitable de démarrer par une analyse préliminaire à la phase d'évaluation proprement dite, analyse menée en interne et destinée à :

- a) Porter une première appréciation des moyens à investir et de l'organisation à mettre œuvre par le partenaire privé pour répondre aux besoins.
- b) S'interroger sur les formules juridiques envisageables pour répondre aux besoins de la personne publique.
- c) Cerner les impacts d'un tel partenariat sur l'organisation de la personne publique contractante.
- d) Fournir les éléments d'appréciation permettant de décider d'enclencher ou non la phase d'évaluation proprement dite.

⁴ La définition des PME posée par le décret n°2009-245 du 2 mars 2009 renvoie à une définition qui est fixée par la recommandation de la Commission n° 2003/361/CE du 6 mai 2003 concernant la définition des micros, petites et moyennes entreprises. A ce jour la définition est la suivante « *Article premier* : Est considérée comme entreprise toute entité, indépendamment de sa forme juridique, exerçant une activité économique. Sont notamment considérées comme telles les entités exerçant une activité artisanale ou d'autres activités à titre individuel ou familial, les sociétés de personnes ou les associations qui exercent régulièrement une activité économique.

Article 2 :

1. La catégorie des micro, petites et moyennes entreprises (PME) est constituée des entreprises qui occupent moins de 250 personnes et dont le chiffre d'affaires annuel n'excède pas 50 millions d'euros ou dont le total du bilan annuel n'excède pas 43 millions d'euros.

2. Dans la catégorie des PME, une petite entreprise est définie comme une entreprise qui occupe moins de 50 personnes et dont le chiffre d'affaires annuel ou le total du bilan annuel n'excède pas 10 millions d'euros. (...) »

Une grille d'Analyse préliminaire de l'intérêt du recours au Contrat de Partenariat est proposée à cet effet par la MAPPP sur son site.

Le recours au contrat de partenariat est encadré par l'ordonnance du 17 juin 2004 modifiée. En application de l'article L. 1414-2 II du CGCT : « Les contrats de partenariat ne peuvent être conclus que si, au regard de l'évaluation, il s'avère :

1° Que, compte tenu de la complexité du projet, la personne publique n'est pas objectivement en mesure de définir seule et à l'avance les moyens techniques répondant à ses besoins ou d'établir le montage financier ou juridique du projet ;

2° Ou bien que le projet présente un caractère d'urgence, lorsqu'il s'agit de rattraper un retard préjudiciable à l'intérêt général affectant la réalisation d'équipements collectifs ou l'exercice d'une mission de service public, ou de faire face à une situation imprévisible ;

3° Ou bien encore que, compte tenu soit des caractéristiques du projet, soit des exigences du service public dont la personne publique est chargée, soit des insuffisances et difficultés observées dans la réalisation de projets comparables, le recours à un tel contrat présente un bilan entre les avantages et les inconvénients plus favorable que ceux d'autres contrats de la commande publique. Le critère du paiement différé ne saurait à lui seul constituer un avantage ».

L'évaluation mentionnée ci-dessus est présentée à l'assemblée délibérante de la collectivité territoriale ou à l'organe délibérant de l'établissement public, qui se prononce sur le principe du recours à un contrat de partenariat.

L'arrêté du 2 mars 2009 est venu préciser la méthodologie applicable à l'évaluation préalable. Son article 1^{er} dispose que « L'évaluation préalable mentionnée à l'article 2 de l'ordonnance du 17 juin 2004 susvisée et à l'article L. 1414-2 du code général des collectivités territoriales comporte les éléments suivants :

I. - Présentation générale :

- a) Du projet, notamment son objet, l'historique, le contexte et ses enjeux ;
- b) De la personne porteuse du projet, notamment ses compétences et son statut.

II. - Partie juridique démontrant l'urgence, la complexité ou l'efficacité du projet et présentant les schémas juridiques envisageables.

III. - Analyse comparant les divers schémas juridiques retenus, comprenant :

a) Un cadrage, notamment les périmètres, les procédures, les calendriers et la durée totale du contrat distinguant la durée des travaux et la durée d'exploitation ;

b) Un chiffrage en coût complet, comprenant notamment les coûts de programmation, de conception, de réalisation, de financement, de fonctionnement du projet pour la personne publique et pour le partenaire privé avec leur évolution dans le temps, une estimation des recettes annexes éventuelles ainsi que le traitement comptable et fiscal retenu ;

c) Une actualisation, comprenant notamment la période et le taux retenu, et une estimation des coûts en valeur actuelle des flux nets de décaissement dans chacun des schémas pour la personne porteuse du projet ;

d) Une prise en compte du risque, des performances et du dédit, présentant notamment la

répartition des risques entre les acteurs publics et privés, leur valorisation monétaire, les calculs des valeurs de basculement des principaux paramètres et les tests de sensibilité sur les principaux postes de coûts ;

e) La prise en compte du développement durable».

2.1. Les conditions juridiques de recours au contrat de partenariat

L'ordonnance prévoit que le recours aux contrats de partenariat est possible dans trois hypothèses : la complexité, l'urgence et le « bilan coût / avantages » dit également critère de l'efficacité économique.

L'objet de l'évaluation préalable est d'abord de s'assurer que le projet remplit une au moins de ces conditions légales. Depuis la loi du 28 juillet 2008, le critère retenu pour l'éligibilité du projet au contrat de partenariat ne préjuge plus de la procédure qui sera ensuite retenue pour la passation du contrat.

2.1.1. La complexité du projet

On est en présence d'un projet complexe lorsque « la personne publique n'est pas objectivement en mesure de définir seule et à l'avance les moyens techniques pouvant répondre à ses besoins ou d'établir le montage financier ou juridique du projet ».

Cette traduction de l'exigence constitutionnelle est issue des dispositions figurant à l'article 29 de la directive n° 2004/18/CE du 31 mars 2004 relative à la coordination de la procédure de passation des marchés publics de travaux, de fournitures et de services, qui définit les conditions dans lesquelles il peut être recouru à la procédure du dialogue compétitif. Ce mode de passation est en effet possible lorsqu'« un marché est particulièrement complexe ».

Le considérant n°31 du texte communautaire précise, à ce sujet, que « les pouvoirs adjudicateurs qui réalisent des projets particulièrement complexes peuvent, sans qu'une critique puisse leur être adressée à cet égard, être dans l'impossibilité objective de définir les moyens aptes à satisfaire leurs besoins ou d'évaluer ce que le marché peut offrir en termes de solutions techniques et/ou de solutions financières/juridiques (...) ».

La complexité du projet est une condition objective et relative. Elle peut être d'ordre technique, financière ou juridique.

La complexité technique peut être envisagée sous deux angles :

- d'un côté une complexité technique impliquant que la personne publique n'est pas capable d'établir un cahier des charges comportant les solutions techniques répondant à ses besoins, comme par exemple, la réalisation de logiciels particulièrement complexes ;
- de l'autre, une complexité technique correspondant à une situation dans laquelle la personne publique connaît les solutions techniques existantes, mais a besoin de dialoguer avec les différents candidats afin de savoir quelle est la solution technique optimale répondant à ses besoins en termes de coût global, de développement durable, de durée...

Sont également considérés comme complexes les projets dont le montage financier ou juridique ne peut pas être établi à l'avance. La complexité financière est illustrée principalement par le cas dans lequel une personne publique envisage de demander aux candidats des propositions de recettes de valorisation.

La complexité juridique peut être invoquée d'une part lorsque le projet fait appel à une multitude d'acteurs aux compétences différentes ; d'autre part lorsque la personne publique rencontre des difficultés à appréhender *ex ante*, de manière suffisamment précise et fiable, la répartition des risques que les opérateurs privés sont prêts à accepter.

La complexité doit s'apprécier dans une situation donnée au regard des moyens dont la collectivité dispose, hors des compétences extérieures qu'elle peut éventuellement s'adjoindre. En effet, en passant des marchés d'études ou en s'entourant de partenaires spécialisés, une collectivité pourrait toujours acquérir la possibilité de définir les moyens techniques, financiers ou juridiques adéquats. C'est pourquoi l'article L. 1414-2 du CGCT précise que la personne publique ne doit pas être en mesure de définir ces moyens techniques « seule et à l'avance ».

2.1.2. L'urgence

La loi du 28 juillet 2008 est revenue sur la définition de l'urgence pour préciser ce critère. Le nouvel article 14 de l'ordonnance, codifié à l'article L. 1414-2 du CGCT, dispose désormais que : « Le projet présente un caractère d'urgence, lorsqu'il s'agit de rattraper un retard préjudiciable à l'intérêt général affectant la réalisation d'équipements collectifs ou l'exercice d'une mission de service public ou de faire face à une situation imprévisible » quelles que soient les causes de ce retard (cf. CE 23 juillet 2010, n°326544, n°326545 Lenoir et Synd. National des entreprises de second œuvre)

Cette définition dépasse celle communément admise dans le cadre du code des marchés publics liée le plus souvent à l'imprévisibilité d'une situation.

2.1.3. Le bilan favorable coût / avantages (ou critère de l'efficacité économique) :

La loi du 28 juillet 2008 a ajouté un troisième cas de recours aux contrats de partenariat. Ce troisième critère est celui du bilan favorable coût / avantages, dit aussi critère de l'efficacité économique. Il s'agit, pour la personne publique, de démontrer que le recours au contrat de partenariat présente un bilan entre les avantages et les inconvénients plus favorable que ceux d'autres formes de la commande publique.

Les éléments de comparaison sont, entre autres, les caractéristiques du projet, les exigences du service public, les insuffisances et difficultés rencontrées dans la réalisation de projets comparables. La loi précise que « Le critère du paiement différé ne saurait à lui seul constituer un avantage ». Il convient en conséquence de ne pas retenir comme seule motivation du choix de recourir au contrat de partenariat la possibilité de lisser dans le temps la charge du remboursement de l'investissement initial.

En pratique, ce critère du bilan sera apprécié au travers de l'analyse comparative (cf. infra). Celle-ci devra dans ce cas être particulièrement approfondie puisqu'elle fonde l'éligibilité au contrat de partenariat.

2.1.4. La détermination des schémas juridiques envisageables au cas d'espèce

Une fois l'éligibilité juridique au contrat de partenariat vérifiée, l'évaluation préalable doit permettre à la personne publique d'explicitier les motifs qui pourraient fonder l'intérêt pour elle de recourir au contrat de partenariat plutôt qu'à un autre contrat de la commande publique ou une exploitation en régie.

L'analyse comparative doit faire apparaître les divers schémas juridiques retenus (marchés publics, délégation de service public, bail emphytéotique administratif, concession de travaux publics,

concession d'aménagement, contrat de partenariat) et leur éventuelle combinaison pour atteindre l'objectif que la personne publique s'est fixé. Les schémas retenus doivent être ceux auxquels on aurait recours si le contrat de partenariat n'existait pas, aussi un maximum de deux alternatives au contrat de partenariat est-il en général suffisant.

2.2. L'analyse comparative

Une fois traités les aspects juridiques et le choix des schémas juridiques envisageables, l'analyse comparative permet de déterminer et d'exposer les motifs que retient la personne publique pour expliquer son choix de lancer une procédure de passation d'un contrat de partenariat.

L'analyse doit être menée de manière approfondie et sincère. Ses résultats doivent être considérés avec prudence.

En effet, par hypothèse, l'évaluation, effectuée avant la procédure d'attribution, ne peut préjuger avec certitude des résultats de cette dernière. En outre, la personne publique n'aura pas toujours une connaissance parfaitement exacte de l'ensemble de ses propres coûts, et les économies et gains de productivité attendus d'une réalisation en contrat de partenariat seront souvent difficiles à quantifier et seront confirmés - ou pas - au cours des échanges avec les candidats.

L'analyse comparative doit porter sur le coût global, mais aussi au minimum sur la performance, le développement durable et le partage des risques. Elle suppose la prise en compte d'hypothèses de financement spécifiques à chacun des schémas retenus (emprunt direct dans le schéma maîtrise d'ouvrage public ou financement porté totalement ou en partie par le partenaire privé en schéma contrat de partenariat).

Dans le cadre de la loi n° 78-753 du 17 juillet 1978 modifiée relative notamment à la liberté d'accès aux documents administratifs, l'évaluation sera toujours accessible au public après la signature du contrat (avis de la Commission d'accès aux documents administratifs, 11 mai 2006, n° 20062040).

L'évaluation préalable est, avec la conduite de la procédure de passation du contrat, une phase délicate de la réalisation d'un projet de partenariat. Elle nécessite une réelle expertise en matière juridique, financière, comptable et technique. Il est recommandé à la personne publique qui envisage de conclure un contrat de partenariat de faire appel à des conseils extérieurs si de telles compétences (juridique, technique, financière...) lui font défaut.

2.2.1. Le champ et les objectifs de l'analyse comparative

L'analyse comparative ne traite pas de l'intérêt ou de l'opportunité de l'opération pour la collectivité publique. La décision de mettre en œuvre le projet a été prise préalablement et basée, chaque fois que cela est possible, sur le calcul du bénéfice socio-économique attendu de l'opération.

L'analyse comparative doit porter sur les différents schémas juridiques envisageables (marchés publics, délégation de service public, concession de travaux, bail emphytéotique administratif, contrat de partenariat, autorisation d'occupation temporaire...) et leur éventuelle combinaison pour atteindre les objectifs que la personne publique s'est fixée. Dans tel ou tel cas particulier, l'analyse comparative peut reprendre d'autres éléments que les éléments obligatoires (coût global, performance, partage des risques et développement durable).

Dans la plupart des cas, la comparaison pertinente se limite à une alternative simple (par exemple un marché public de travaux suivi d'une gestion en régie qu'il conviendra de comparer à un contrat de partenariat).

2.2.2. La performance attendue

L'analyse comparative doit porter sur la performance attendue pour un service donné (qualité de service, impératifs à respecter en toute circonstance, horaires des prestations, délais à l'intérieur desquels doivent être satisfaites les demandes, développement durable...), exprimée avec des indicateurs précis et mesurables. Cette analyse suppose que soient effectués en permanence des arbitrages « performance / coût ».

La personne publique devra se demander de manière objective si un partenaire privé intervenant dans le cadre d'un contrat de partenariat est *a priori* le mieux placé pour réaliser dans les meilleures conditions les prestations attendues et atteindre les niveaux de performance espérés. La passation d'un contrat de partenariat trouve toute sa place dans le cas où un avantage compétitif peut légitimement être espéré de la dévolution d'une prestation globale au secteur privé.

2.2.3. L'analyse des risques

L'analyse des risques constitue un aspect au cœur de la démarche du contrat de partenariat et conditionne donc sa réussite. Aussi doit-elle faire l'objet d'une analyse systématique procédant notamment à la répartition (partage) optimale des risques en transférant ces derniers à la partie la mieux à même de les maîtriser. Un risque ne doit donc être transféré au partenaire privé (qui le facturera) que si ce transfert présente un gain pour la personne publique par rapport à la situation où elle le porterait.

La personne publique doit donc éviter deux écueils qui de toute évidence ne correspondent pas pour elle, au meilleur rendement financier : garder tous les risques ou à l'inverse les transférer intégralement.

Une méthodologie est proposée dans le document « Les contrats de partenariat : guide méthodologique » pour identifier les risques, les répartir, et évaluer leurs coûts dans les différentes alternatives de l'analyse comparative.

La fiche annexée en annexe 2 fournit les principes généraux, quant au recensement, à la répartition et la quantification des risques, à mener dans le cadre de l'analyse comparative.

2.2.4. L'évaluation économique et financière

L'évaluation économique et financière a pour objet de montrer que le recours au contrat de partenariat permet d'offrir à la personne publique une solution alternative plus avantageuse que le mode de référence de la commande publique en termes de coût global actualisé, de partage des risques, de performances et de développement durable.

Aussi la personne publique devra-t-elle porter une attention particulière à la justification des hypothèses sous-tendant les chiffrages effectués, notamment au regard de sa pratique et de ses retours d'expériences, ainsi qu'à l'appréciation de la robustesse des résultats obtenus (coûts et délais), par le biais d'analyse de sensibilité ou de tests de basculement.

L'évaluation économique et financière a vocation à être plus approfondie lorsqu'il est fait appel au critère de l'efficacité, notamment en matière de prise en compte monétaire des risques, par rapport à celle qui serait admise si le porteur du projet faisait appel au critère de la complexité ou à celui de l'urgence.

On trouvera en annexe 1 la méthodologie à appliquer qui est celle décrite dans l'arrêté du 2 mars 2009 sachant que la comparaison en termes de coût global devra être effectuée hors taxes et toutes taxes comprises, ceci afin d'approcher au mieux la réalité des charges budgétaires prévisionnelles induites pour la personne publique, et cela notamment dans le cas où le projet est éligible au mécanisme du FCTVA (remboursement au titre du FCTVA de la TVA grevant l'investissement).

Les décideurs pourront utiliser le modèle de simulation financière élaboré par la MAPPP (téléchargeable sur le site www.economie.gouv.fr/ppp) qui vise à donner à la personne publique, qui envisage la possibilité de recourir à un contrat de partenariat pour réaliser un projet, une première comparaison en termes de coût global actualisé, incluant les coûts associés aux risques, avec le mode classique de la commande publique (marchés publics ou maîtrise d'ouvrage publique : MOP).

2.2.5. Prise en compte de différences dans le calendrier de réalisation

La mise en service des ouvrages dans un projet réalisé en contrat de partenariat intervient généralement plus rapidement que si ce même projet était réalisé en marchés publics. Or, le jeu de l'actualisation, d'une part, et, d'autre part, le fait que seuls sont pris en compte les flux de fonds (« cash-flows ») dans le calcul de la valeur actuelle nette des coûts de chaque schéma juridique, conduisent à pénaliser le contrat de partenariat dans la mesure où la mise en service plus rapide qu'en marchés publics se traduit par des décaissements intervenant plus tôt alors que les avantages socio-économiques concomitants ne sont pas estimés. Pour pallier cet inconvénient, il y aura lieu, quand des décalages importants de calendrier sont prévisibles entre une réalisation en contrat de partenariat et une réalisation en marchés publics (6 mois ou plus de décalage entre les dates de mise en service), de prendre en compte cet avantage socio-économique. Les modalités de prise en compte selon cet avantage sont précisées dans le document « Les contrats de partenariat : guide méthodologique » de la MAPPP.

A défaut, en cas de décalage de calendrier plus limité, c'est la méthode de recalage des dates de livraison qui devra être retenue.

Pour certains projets cet avantage socio-économique pourra faire l'objet d'un calcul direct offrant une bonne approximation.

Il en va ainsi des projets comportant des économies liées à la performance énergétique ou bien des recettes d'exploitation.

Le montant de ces économies ou de ces recettes calculées pour la période séparant la mise en service dans les schémas faisant l'objet de la comparaison sera alors retenu.

2.2.6. L'appréciation qualitative du projet réalisé sous la forme d'un contrat de partenariat

L'appréciation qualitative reprendra les éléments de comparaison qui n'auront pu être quantifiés. On y trouvera notamment, en fonction des risques et bénéfices attendus du projet et des avantages propres à la méthode du partenariat :

- les marges de manœuvre générées au sein de la collectivité publique par le recours à un prestataire privé. Ces marges de manœuvre nouvelles sont à mettre en regard des capacités de la personne publique à redéployer, s'il y a lieu, les moyens existants ;
- la grande souplesse possible dans la définition du périmètre des prestations confiées au partenaire

privé, souplesse qui permet de tenir compte des personnels sous statut en place, en définissant les tâches qui seront maintenues du côté de la personne publique ;

- les différences de performance, si leur évaluation n'a pu être réalisée dans le cadre de l'étude budgétaire ;

- l'économie qui est réalisée par le maintien d'une valeur patrimoniale des ouvrages en particulier immobiliers, qui réduit le besoin de remise à niveau à l'issue du contrat ;

- l'intérêt de disposer plus rapidement de l'ouvrage et du service considéré et donc la prise en compte des gains socio-économiques liés à une réalisation du projet selon un calendrier approprié, si tel est le cas, via l'usage du contrat de partenariat (livraison d'un collège en anticipation d'une rentrée scolaire par exemple) ;

- les aspects liés au développement durable y compris au regard de l'insertion sociale.

2.2.7. La conclusion de l'analyse comparative

L'analyse comparative :

- met en évidence l'intérêt de recourir à un contrat de partenariat notamment en différentiel de coût relatif et en robustesse au regard des analyses de sensibilité qui peuvent être menées sur telle ou telle variable économique et financière ;

- établit l'ordre de grandeur en coût complet en euros de l'opération envisagée et donne une indication sur le montant de la rémunération périodique (« rémunération ») que devra acquitter la personne publique (hors prise en compte de l'analyse socio-économique) ;

- sert de base de référence aux échanges futurs avec les candidats. Le document se présentera alors comme un outil d'aide à l'analyse des offres. Il devra permettre de vérifier que l'offre finale retenue permet des économies ou présente des avantages pour la personne publique, à qualité au moins égale du service rendu. Il permettra également de comparer entre elles les offres des candidats.

3. La procédure de passation des contrats de partenariat

La commission consultative des services publics locaux (CCSPL), lorsque sa constitution est exigée par la loi, doit être préalablement consultée pour avis par l'assemblée délibérante ou par l'organe délibérant sur tout projet de partenariat.

Puis, après avoir établi un programme fonctionnel, qui recense les besoins de la collectivité, et réalisé l'évaluation préalable, le rapport contenant cette évaluation doit être présenté à l'assemblée délibérante de la collectivité territoriale ou à l'organe délibérant de l'établissement public, qui se prononce sur le principe du recours au contrat de partenariat. Cette délibération est soumise au contrôle de légalité dans les conditions de droit commun.

La collectivité, après la phase d'évaluation, doit se donner les moyens de mener une procédure efficace, transparente et respectueuse des principes de liberté d'accès et d'égalité de traitement des candidats. Les règles de publicité et de sélection des candidats sont communes à tous les contrats de partenariat. Les procédures se différencient ensuite en dialogue compétitif, appel d'offres ou procédure négociée.

3.1. Le rapport d'évaluation

La participation de la mission d'appui au partenariat public-privé (MAPPP), qui est l'organisme expert évoqué à l'article 2 de l'ordonnance du 17 juin 2004, est rendue obligatoire pour l'Etat et ses établissements publics lors de la phase d'élaboration du rapport d'évaluation. La MAPPP, service à compétence nationale de la Direction Générale du Trésor (au sein du ministère de l'Economie, des Finances et de l'Industrie), est l'organisme-expert de l'Etat à compétence interministérielle ; elle valide le contenu des rapports qui lui sont présentés. En pratique, l'intervention de la MAPPP se matérialise par un avis sur l'évaluation préalable, validant ou non le choix du recours au contrat de partenariat.

Pour les collectivités territoriales, le recours à cet organisme expert n'est pas obligatoire pour valider l'évaluation. Les services des collectivités territoriales ou des établissements publics locaux procèdent eux-mêmes à l'évaluation, avec le concours de prestataires de service choisi à l'issue d'une procédure de mise en concurrence. Cette liberté de choix résulte du principe de libre administration des collectivités territoriales. Les collectivités territoriales pourront toutefois solliciter, sous le couvert du préfet, l'avis de la MAPPP sur leur rapport d'évaluation, ce qui permet de « sécuriser » la procédure de choix.

Dans ce cas, la MAPPP, pour la validation du rapport d'évaluation préalable, devra être destinataire des versions électroniques du rapport et du modèle quantitatif utilisé afin de rendre son avis dans les plus brefs délais. Il est par ailleurs fortement recommandé de prendre son attache avant même de débiter la rédaction du rapport.

3.2. Publicité et sélection des candidats

L'avis d'appel public à la concurrence (AAPC) qui marque le lancement de la procédure doit être publié dans une ou plusieurs publications de sorte que, en fonction de l'importance du projet, une véritable concurrence soit suscitée. Il peut renvoyer à un règlement de consultation pour la précision de certaines de ses mentions. Cette publicité préalable s'effectue en recourant au modèle habituel des marchés publics.

Dès que le montant du contrat de partenariat envisagé est supérieur à 200 000 EUR HT (cf. Articles D 1414-1 du CGCT), un avis devra être obligatoirement publié au Journal officiel de l'Union européenne (JOUE) ainsi qu'au Bulletin officiel des annonces des marchés publics (BOAMP) (décret 2011-2027 du 29 décembre 2011 modifiant les seuils applicables aux marchés et contrats relevant de la commande publique.) ; et le cas échéant publication dans une revue professionnelle et/ ou généraliste à couverture nationale voire internationale. Dans la phase suivante de la procédure, il est complété par un dossier de consultation des entreprises (DCE), contenant un programme fonctionnel (PF) en cas de dialogue compétitif, ou par un cahier des charges si la procédure est un appel d'offres ou un marché négocié et un règlement de la consultation.

Cet avis et son règlement de consultation le cas échéant devront contenir une description complète des objectifs et performances attendus du projet sans en négliger les aspects économiques et financiers. Il pourra indiquer, le cas échéant, que les discussions se dérouleront en phases successives, sachant que ce découpage en plusieurs phases est impératif si l'on souhaite éliminer au cours de la procédure des solutions insatisfaisantes.

Le nombre et la durée de ces phases ne doivent toutefois pas être prédéterminés de manière rigide, afin de pouvoir accélérer la procédure lorsque cela s'avère possible.

En outre, un soin particulier devra être apporté à la définition des critères de sélection des

candidatures d'une part et des critères d'attribution du contrat de l'autre, sans perdre de vue que les critères de candidature ne peuvent porter que sur les capacités, techniques, professionnelles, et financières que présentent les opérateurs (L1414-6 du CGCT).

Parmi les critères d'attribution de l'offre figurent obligatoirement le coût global de l'offre, les objectifs de performance (notamment au regard du développement durable), la part d'exécution du contrat que le candidat s'engage à confier à des petites et moyennes entreprises et à des artisans, et, lorsqu'il y a lieu, la qualité globale des ouvrages (articles L1414-9 et L1414-13 du CGCT). En application de la législation européenne, les critères d'attribution du contrat doivent être pondérés. Ils peuvent être seulement hiérarchisés si la collectivité démontre que la pondération est objectivement impossible.

C'est dès le stade de l'avis d'appel public à la concurrence que la personne publique doit indiquer quelle sera la procédure suivie.

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 la procédure négociée 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 possibles dans un secteur d'activité donné.

La collectivité peut indemniser les candidats non retenus au stade de l'offre finale au vu du coût que représente la participation à la procédure d'attribution de contrat de partenariat. Cette indemnisation est rendue obligatoire, dans la procédure de dialogue compétitif, dès lors qu'elle a impliqué un investissement significatif pour les candidats (article L.1414-7 du CGCT). Le principe et les modalités d'une telle indemnisation doivent être indiqués dans l'avis. La qualité du dialogue dépend du montant de cette indemnisation.

L'ordonnance prévoit pour le dépôt des candidatures un délai minimum de quarante jours à compter de l'envoi à publication de l'avis. Au terme de ces quarante jours, une commission dresse la liste des candidats admis à participer à la procédure. Cette commission est la même que celle prévue à l'article L. 1411-5 du CGCT pour les délégations de service public. Le décret n° 2009-244 du 2 mars 2009 pris en application de l'ordonnance sur les contrats de partenariat codifié à l'article D. 1414-2 du CGCT prévoit la liste exhaustive des renseignements et documents susceptibles d'être demandés à l'appui des candidatures. Cette liste est tirée de celle en vigueur dans le cadre du code des marchés publics.

La sélection des candidatures doit se faire exclusivement sur la base des critères, nécessairement précis, énoncés dans l'avis d'appel public à concurrence.

Un candidat dont la candidature aura été écartée pourra, sur sa demande, obtenir de la personne publique communication des motifs de ce rejet.

3.2.1. Le dialogue compétitif

L'organe exécutif de la collectivité est aussi l'autorité habilitée à conduire la procédure dans le cadre des dispositions prévues à cet effet par les dispositions de l'article L1414-5 du CGCT, laquelle ne peut être mise en œuvre que si le projet présente un certain degré de complexité ne permettant pas « objectivement » à la personne publique de définir seule et à l'avance les moyens techniques et / ou le montage juridique et / ou financier lui permettant de répondre à son besoin. Cette autorité va engager un dialogue avec chaque opérateur ou groupement d'opérateurs dont la

candidature aura été retenue dans le but de lui faire réaliser une première proposition. Il appartient à la collectivité de déterminer le délai à l'intérieur duquel cette première proposition devra être présentée, en tenant compte de la complexité du projet.

Le dialogue a pour objet de permettre aux opérateurs d'affiner leurs propositions, et à la collectivité de préciser son projet. C'est à l'occasion de ces rencontres que doit s'exprimer toute la créativité des partenaires privés dans la recherche de solutions optimales pour le porteur de projet.

Le dialogue a lieu séparément avec chacun des opérateurs, dans le strict respect de la confidentialité des discussions.

Le dialogue ne doit pas conduire à modifier les caractéristiques essentielles initialement présentées dans l'avis d'appel à concurrence, dont les dispositions sur la nature du projet et les objectifs et performances attendues doivent demeurer intangibles *a minima*. Sous cette réserve, le dialogue peut porter sur l'ensemble des aspects techniques, juridiques et financiers du projet.

Le dialogue n'est enfermé dans aucun délai prédéterminé, mais doit pouvoir être mené dans un délai global n'excédant pas 12 mois jusqu'à la sélection de l'attributaire final, sauf circonstances particulières⁵. Il est permis à la collectivité d'éliminer en cours de dialogue des solutions dont il est clair qu'elles sont inadéquates, à condition que cette élimination soit faite sur la base des critères de sélection affichés dans l'avis d'appel à concurrence et qu'il ait été préalablement spécifié dans l'avis que le dialogue s'effectuait en phases successives.

La procédure prévoit une étape obligatoire dans le dialogue, celle de la remise de l'offre finale. En effet, lorsque la personne publique estime avoir identifié la ou les solutions susceptibles de répondre à ses besoins, elle invite alors chacun des candidats encore en lice à lui remettre une offre finale sur la base de la ou des solutions qu'il a présentées au cours du dialogue, dans un délai qui ne peut être inférieur à un mois. A cette occasion la collectivité définit les conditions d'exécution du contrat, dont les clauses relatives à son évolution et, éventuellement, précise les critères d'attribution du contrat, sans en changer la teneur et sans établir un programme reprenant tout ou partie des propositions qui lui ont été faites au cours du dialogue, car cela ne respecterait pas l'obligation de confidentialité rappelée ci-dessus. Le strict respect de cette obligation de confidentialité instaure un climat de confiance chez les candidats et permet ainsi d'avoir un dialogue fructueux.

Si la procédure de dialogue compétitif est plus longue qu'une procédure d'appel d'offres classique, elle présente un réel intérêt pour la collectivité pour les projets complexes. En effet, elle permet d'associer les candidats à l'élaboration de certains éléments du programme fonctionnel et d'optimiser le projet qui fera, *in fine*, l'objet des offres finales des candidats. Elle permet aussi, compte tenu des propositions des candidats au cours du dialogue, d'écarter certaines solutions ou le transfert de certains risques au partenaire privé qui apparaissent peu efficaces sur le plan économique, au regard du coût global du projet.

A l'issue du dialogue compétitif, il faudra aussi comparer l'évaluation préalable et les résultats du dialogue compétitif, en termes d'évaluation financière et de partage des risques notamment, et justifier, le cas échéant, les écarts.

Une offre finale comportera *a minima* la présentation détaillée de l'offre technique, de l'offre de service et de l'offre financière. Après remise des offres, la personne publique peut demander des clarifications, des précisions, des compléments ou des perfectionnements les concernant. Une fois le candidat identifié comme ayant remis l'offre la plus avantageuse, la personne publique peut lui

⁵ Cf. à cet égard les recommandations de la Charte du dialogue compétitif du 18 janvier 2007 (disponible sur le site de la MAPPP).

demander de clarifier des aspects de son offre ou de confirmer ses engagements (article L 1414-9 du CGCT) Toutefois, cette phase de mise au point ne peut conduire à modifier les éléments fondamentaux de l'offre ou des caractéristiques essentielles du contrat dont la variation est susceptible de fausser la concurrence ou d'avoir un effet discriminatoire.

3.2.2. La procédure d'appel d'offres restreint

S'agissant des collectivités territoriales, la procédure est définie et codifiée très précisément aux articles L. 1414-8 et suivants du CGCT et aux articles D.1414-1 à D.1414-4 du CGCT. Il s'agit d'un appel d'offres restreint, les candidatures faisant l'objet d'une sélection. Les règles de transmission de candidatures, d'ouverture des plis, celles relatives aux lettres de consultation et à l'attribution du contrat sont classiques et n'appellent pas de commentaires particuliers, si ce n'est de prêter attention aux délais, différents selon que l'on se trouve face à une situation d'urgence ou pas. L'article L. 1414-10 détermine les compétences entre les différents organes des collectivités territoriales.

3.2.3. La procédure négociée

La loi du 28 juillet 2008 a ajouté une nouvelle procédure (Article L 1414-8-1 du CGCT) à laquelle peut recourir la personne publique dès lors que le montant du contrat est inférieur aux seuils fixés par le décret n°2009-244 du 2 mars 2009 (Article D 1414-5 du CGCT).

Les différents seuils prévus par le décret ont fait l'objet d'évolutions en application des directives communautaires. Le décret n°2011-2027 du 29 décembre 2011 introduit de nouveaux seuils applicables au 1 janvier 2012.

Compte tenu du fait que pour calculer ces seuils la personne publique doit additionner l'ensemble des prestations concernées par le contrat, sur la durée de ce contrat, cette possibilité théorique est très peu utilisée.

En revanche, la procédure négociée est plus facilement utilisée par les entités adjudicatrices, qui ne sont pas soumises aux mêmes conditions de seuils. En effet, si les entités adjudicatrices peuvent recourir à la procédure négociée telle qu'elle est décrite dans l'ordonnance du 17 juin 2004 en dessous des seuils cités ci-dessus, elles peuvent recourir au-dessus des seuils à la procédure négociée évoquée à l'article 12 de l'ordonnance n°2005-649 du 6 juin 2005 relative aux marchés passés par certaines personnes publiques ou privées non soumises au code des marchés publics.

3.3. L'attribution du contrat

Le contrat est attribué, classiquement, au candidat qui a présenté « l'offre économiquement la plus avantageuse »⁶. Il doit l'être bien entendu en application des critères pondérés ou hiérarchisés définis par la personne publique, critères éventuellement précisés lors de l'étape de l'offre finale pour la procédure de dialogue compétitif. De plus, la personne publique peut demander au candidat de clarifier des aspects de son offre ou de confirmer des engagements y figurant. Cette demande ne peut avoir pour effet de modifier des éléments fondamentaux de l'offre ou des caractéristiques essentielles du contrat, dont la variation est susceptible de fausser la concurrence ou d'avoir un effet discriminatoire.

3.3.1 La confirmation des engagements financiers

⁶ La directive 2004/18/CE du Parlement européen et du Conseil du 31 mars 2004 relative à la coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, de fournitures et de services précise que le critère de « l'offre économiquement la plus avantageuse » est différent du critère d'attribution « au prix le plus bas ».

L'Ordonnance n°2004-559 du 17 juin 2004 sur les contrats de partenariat, prévoit que le titulaire pressenti peut se voir demander de confirmer ses engagements financiers après remise de l'offre finale. En effet l'article 7-1 dispose que « La personne publique peut demander des clarifications, des précisions, des compléments ou des perfectionnements concernant les offres déposées par les candidats ainsi que la confirmation de certains des engagements, notamment financiers, qui y figurent. Cependant, ces demandes ne peuvent avoir pour effet de modifier les éléments fondamentaux de l'offre ou des caractéristiques essentielles du contrat dont la variation est susceptible de fausser la concurrence ou d'avoir un effet discriminatoire » (article L 1414-7 du CGCT).

Cette disposition est reprise dans l'article 8-II de l'Ordonnance qui mentionne également la possibilité de « faire confirmer » par le candidat ayant remis l'offre la plus avantageuse « les engagements figurant dans son offre » (article L 1414-9 du CGCT). L'objectif est de permettre au maximum de candidats de parvenir au stade de l'offre finale et éviter ainsi que des solutions technico-économiques intéressantes se voient écartées faute d'avoir pu mobiliser un financement intégralement affermi lors de la remise de l'offre;

La mise en œuvre de ce mécanisme nécessite que la personne publique demande au préalable, dans le cadre du règlement de consultation, aux candidats non identifiés comme ayant remis l'offre la plus avantageuse à l'issue de la remise des offres finales de s'engager à délier de tout engagement d'exclusivité les organismes financiers associés à leur offre.

Par ailleurs, l'appréciation par la personne publique de la crédibilité de l'offre de financement pourra tenir compte d'un niveau minimum d'engagements fermes de souscription en proportion des instruments de dette.

Cette appréciation pourra aussi être basée sur l'existence d'un critère ou d'un sous-critère d'attribution permettant d'évaluer notamment la qualité et le niveau de fermeté des engagements financiers de l'offre.

Le mécanisme se résume ainsi :

- Les candidats sont tenus de remettre une offre finale dans laquelle ils s'engagent sur un prix global ferme, qui est actualisé selon le dispositif prévu dans la procédure.

Le dossier de demande des offres finales précise éventuellement aux candidats la proportion minimale d'engagements fermes de financement par les banques.

- Une fois désigné, le titulaire pressenti est tenu dans le délai imparti par la personne publique en vue du « bouclage » financier, de prouver qu'il a obtenu les engagements fermes de souscription de 100% de la dette prévue dans son plan de financement auprès du marché bancaire, ou qu'il est en mesure de réaliser un financement sur fonds propres ou bénéficiant de la garantie des actionnaires, pour un coût inférieur ou égal et à des conditions de robustesse financière au moins équivalentes à l'offre finale.

- A défaut, la personne publique se réserve la possibilité d'éliminer le candidat et de poursuivre avec le candidat arrivé deuxième dans l'ordre du classement des offres finales.

3.3.2 La phase finale d'attribution

La personne publique doit, lorsqu'elle a fait son choix, informer les candidats encore en lice du rejet de leur offre et respecter un délai de seize jours, en cas de transmission postale, entre la date de notification de cette information et la date de signature du contrat. En cas de transmission électronique le délai est réduit à onze jours. Le non-respect de ce délai de suspension de signature (dit délai de « stand- still ») peut emporter l'annulation de la procédure.

Le contrat est notifié à l'attributaire avant tout commencement d'exécution.

En application de la réglementation européenne, un avis d'attribution du contrat doit être publié au Journal officiel de l'Union européenne dans un délai de trente (30) jours à compter de sa notification à l'attributaire. Ces mesures de publicité d'attribution du contrat de partenariat sont d'autant plus importantes que le délai de recours (Recours pour excès de pouvoir contre les actes détachables du contrat, référé contractuel ou recours contre le contrat) commence à courir à compter de leur accomplissement (Article R551-7 du CJA ; Conseil d'Etat, Ass, 16 juillet 2007, Tropic Travaux signalisation, n° 291545).

L'article L. 1414-10 du CGCT prévoit que l'assemblée délibérante ou l'organe délibérant déclare la procédure infructueuse ou autorise la signature du contrat de partenariat par l'organe exécutif, le projet de délibération comportant nécessairement le coût prévisionnel global du contrat et la part que ce coût représente par rapport à la capacité de financement annuelle de la collectivité (cf. art. D. 1414-4 du CGCT).

Le contrat est transmis au représentant de l'Etat dans les quinze jours à compter de sa signature, avec l'ensemble des pièces nécessaires à l'exercice du contrôle de légalité.

Par ailleurs, les articles L. 1414-10 du CGCT et D. 1414-6 du CGCT prévoient une communication des contrats de partenariat et de leurs annexes à la MAPPP dans un délai d'un mois après leur signature. Ces documents ne seront utilisés qu'à des fins de recensement et d'analyse économique.

Enfin, l'article L. 1414-14 du CGCT prévoit qu'un rapport annuel établi par le cocontractant est présenté par l'exécutif à l'assemblée afin de permettre le suivi du contrat, tandis qu'une annexe budgétaire retraçant l'ensemble des engagements financiers de la collectivité territoriale résultant de ses contrats de partenariat est rendue obligatoire.

4. Le contrat

Le contrat une fois signé offre dans ses clauses contractuelles de réels moyens d'obliger le partenaire privé à respecter ses engagements par la présence de pénalités proportionnées aux difficultés d'exécution prévisibles. Il s'agira de faire vivre les engagements respectifs des deux cocontractants pendant toute la durée de ce contrat.

4.1. Le contenu du contrat

Une des particularités du contrat de partenariat est de ne pas se référer à un cahier des charges type, comme il est d'usage pour les marchés publics. Toutefois, l'expérience peut permettre de dégager un corps de doctrine et l'ordonnance a pris soin d'incorporer dans l'article L. 1414-12 du CGCT une liste de clauses obligatoires, dont l'absence pourrait être considérée comme une cause de nullité du contrat. L'obligation porte sur l'existence même de la clause et son caractère effectif ; une grande liberté est laissée aux contractants dans la rédaction des clauses obligatoires. Ces clauses obligatoires sont :

4.1.1. La durée du contrat

La durée du contrat doit être établie en fonction de l'objet à réaliser, de sa durée d'amortissement, de la nature des services attachés au contrat en période d'exploitation et/ou des modalités de financement du contrat.

Un contrat de partenariat comportant la construction d'infrastructures ou de bâtiments, avec des services relativement standards pourra faire l'objet d'une durée longue (de vingt à trente ans, voire plus) ; un contrat portant sur des actifs de durée de vie économique plus courte ou incertaine (ex. : technologies de l'information) devra avoir une durée nettement plus courte. On peut envisager qu'un contrat de partenariat recouvre ces deux catégories d'actifs avec, à la clé, des durées différentes pour chaque composante de la rémunération.

4.1.2. Le partage des risques

L'optimisation du partage des risques est une condition déterminante de la réussite du contrat de partenariat.

Les développements présentés en annexe 2 proposent un mode d'analyse des risques se fondant sur une matrice qualitative des risques qui doit déboucher sur la rédaction de clauses couvrant l'ensemble des risques identifiés (à noter que les clauses doivent être remplies, mais pas nécessairement toutes les lignes de la matrice, qui n'est ni contractuelle ni financière et donc n'a pas à être jointe au contrat).

4.1.3. Les objectifs de performance

Les indicateurs de performance doivent être adaptés aux performances attendues, mesurables de manière objective et ce pendant toute la durée du contrat.

Le soin attaché à la rédaction de ces clauses est d'autant plus important que les rémunérations à payer dépendent des valeurs de ces indicateurs et que la non réalisation de ces objectifs commandera la mise en jeu éventuelle des pénalités prévues à l'article L 1414-12 g).

4.1.4. Les modalités de rémunération du cocontractant

La distinction dans le calcul de la rémunération de ce qui relève de l'investissement, du fonctionnement et du financement est exigée. Il s'agit de faire en sorte que la rémunération soit la plus transparente possible. Elle est également nécessaire pour le calcul du fonds de compensation pour la taxe sur la valeur ajoutée (FCTVA) et pour la détermination de l'assiette de l'acceptation la cession de créance lorsqu'on y a recours.

La cession de créances, dite cession Dailly acceptée, est une technique qui permet d'optimiser *ab initio* le coût de financement de l'opération, dans la mesure où les conditions d'exercice de la cession seront connues entre les parties dès l'origine.

Le mécanisme d'acceptation de cette cession ne doit concerner qu'une part plafonnée à 80% de la rémunération due au titre du coût d'investissement et des coûts de financement ; cette part étant déterminée au cas par cas au regard :

- de son intérêt financier (baisse du coût de financement et donc de la rémunération due par la personne publique) ;
- des risques liés à l'ouvrage et donc des critères de disponibilité que la collectivité souhaite

obtenir et la capacité du cocontractant à les satisfaire.

La loi du 28 juillet 2008 a ajouté un nouvel alinéa le d) bis à l'article L1414-12 du CGCT. Celui-ci dispose que le contrat de partenariat comporte obligatoirement une clause relative « aux conditions dans lesquelles.../... la personne publique constate que les investissements ont été réalisés conformément aux prescriptions du contrat ». Ce n'est qu'après cette constatation que la personne publique pourra procéder à l'acceptation de la cession de créance via un acte juridique ad-hoc.

Si le principe de l'acceptation de la cession de créance est envisagé par la personne publique, elle devra le faire figurer au sein du rapport d'évaluation, y compris dans sa version succincte lorsque l'urgence est constatée.

En tout état de cause, l'optimum recherché devra prendre en compte les différentes hypothèses de transfert de risques⁷ et en présenter les différentiels de coûts de financement dans chacune d'entre elle.

Le niveau de la rémunération doit tenir compte des éventuelles recettes dites de valorisation. La part des recettes de valorisation revenant à la personne publique donne lieu à compensation avec la rémunération due par celle-ci.

La date de démarrage des paiements est également un paramètre essentiel : le versement peut débuter soit à la « constatation » par la personne publique de la conformité de l'ouvrage à sa destination telle que définie contractuellement, soit au cours de la période de réalisation de l'immobilisation, pour limiter le coût du préfinancement. Il s'agit alors d'avances sur rémunération, soumises à TVA, sauf s'il s'agit du reversement de subventions d'investissement accordées à la personne publique par un tiers.

Les organismes publics qui ont conclu un contrat de partenariat avec un opérateur privé peuvent bénéficier de subventions d'équipement (c'est-à-dire affectées à la réalisation d'une immobilisation). La subvention d'équipement versée vient alimenter le budget général de la collectivité bénéficiaire. Les deux parties peuvent par convention fixer la destination et les conditions d'emploi de cette subvention (cf. sur ces points l'annexe n°5 « Traitement des subventions accordées à des projets en contrat de partenariat »).

Enfin, l'article 25-1 de l'ordonnance du 17 juin 2004 dispose que les projets réalisés en contrat de partenariat sont éligibles aux mêmes subventions que les contrats de la commande publique, réalisés sous le régime de la loi n° 85-704 du 12 juillet 1985 relative à la maîtrise d'ouvrage publique et à ses rapports avec la maîtrise d'œuvre privée.

4.1.5. Les modalités de variation du contrat et les modalités de paiement

Les modalités de variation sont des classiques conditions d'évolution « automatique » de la rémunération en fonction de la variation d'indices reflétant l'évolution des coûts des différentes composantes de la rémunération, mais aussi de clauses « évolutives » qui tiendront compte de l'évolution de certaines données spécifiques à l'objet de contrat (ces clauses auront été rendues publiques au cours de la procédure de dialogue).

Le contrat de partenariat admet, par exemple, des clauses de parangonnage (« *benchmarking* ») et des clauses de test de marché (« *market-testing* »).

⁷ Dans le calage à l'intérieur de la limite de 80 %, il conviendra de s'assurer de la cohérence entre le niveau de cession/acceptation retenu et le niveau maximum de rémunération du partenaire privé effectivement en risque du fait du jeu des pénalités contractuelles.

Les premières, les clauses de parangonnage permettent l'ajustement du prix pour une prestation donnée, au cours de l'exécution du contrat, en vérifiant par comparaison avec d'autres contrats de nature, de montant, de structure et de conditions équivalentes en cours ou récents, que le prix de la prestation est cohérent avec la réalité du marché. Le contrat de partenariat devra avoir prévu les conditions d'ajustement du prix en fonction des résultats de parangonnage. Les secondes, les clauses de test de marché imposent au partenaire privé, toujours sur une prestation donnée, de réaliser un véritable « appel d'offres » pour éventuellement substituer à l'un des prestataires du groupement un nouveau prestataire, sur la base des engagements qu'il a pris en réponse à l'appel d'offres.

Toutefois, certains contractants publics peuvent préférer opter pour des durées de prestations de service différenciées. Celles-ci pourront être plus courtes que la durée du contrat de partenariat lorsqu'elles se distinguent des prestations d'entretien/maintenance/exploitation de l'ouvrage.

4.1.6. Les clauses relatives à la protection du domaine public et du service public

Lorsque le contrat de partenariat permet la construction d'ouvrages et d'équipements nécessaires au service public sur le domaine public, trois précisions doivent être apportées :

- Lorsque le projet emporte, pour sa réalisation, l'occupation d'emprises du domaine public de la personne publique cocontractante, le contrat de partenariat vaut pour sa durée titre d'occupation du domaine public concerné ;
- Le titulaire du contrat dispose alors, sauf stipulation contraire, d'un droit réel sur les ouvrages et équipements qu'il réalise. Ce droit lui confère les prérogatives et obligations du propriétaire, dans les conditions et les limites définies par les clauses du contrat destinées à garantir l'intégrité et l'affectation du domaine public. Ce droit peut améliorer les conditions de financement du projet ;
- Le contrat doit également comporter des clauses relatives aux obligations faites au cocontractant de garantir le respect de l'affectation des ouvrages et équipements au service public dont la collectivité contractante est chargée et le respect des exigences du service public.

Cette disposition ne s'oppose pas à une utilisation mixte publique-privée des équipements.

Le contrat précise comment la continuité du service public est assurée en cas de défaillance du cocontractant et prévoit des clauses de modification ou résiliation du contrat.

4.1.7. Les modalités de contrôle

Le contrôle porte sur le respect des objectifs de performance : les objectifs en termes de développement durable, mais également sur les conditions dans lesquelles le cocontractant fait appel à d'autres entreprises pour l'exécution du contrat, et notamment les conditions dans lesquelles il respecte son engagement d'attribuer une partie du contrat à des petites et moyennes entreprises et à des artisans.

Une clause fait obligation au titulaire du contrat de partenariat de constituer, sur demande de tout prestataire auquel il fait appel, un cautionnement garantissant à ces derniers, le paiement au fur et à mesure de la réalisation des travaux, dans un délai maximum de trente jours à compter de la réception de ceux-ci.

4.1.8. Les sanctions et pénalités

La rédaction des clauses relatives aux sanctions et pénalités doit être équilibrée. Il s'agit bien

d'inciter au respect, avant tout, des objectifs de performance ; des pénalités disproportionnées pourraient avoir un effet contre-productif et renchérir le coût global du projet. L'assiette de ces pénalités doit également être déterminée de façon réaliste, ce qui conduit en général à retenir un plafond contractuel au montant des pénalités. Ces pénalités ont vocation à s'imputer directement sur la rémunération versée au partenaire privé.

Le versement de la rémunération démarre en général à la livraison de l'ouvrage. Ceci n'est pas exclusif de l'application de pénalités de retard lorsque cette livraison intervient après la date prévue au contrat.

4.1.9. Le contrôle sur la cession du contrat

Les modalités de contrôle qu'exerce la personne publique sur la cession partielle ou totale du contrat doivent également être prévues au contrat.

4.1.10. Les modalités de prévention et de règlement des litiges et le recours éventuel à l'arbitrage

Le contrat fixe les modalités de prévention et de règlement des litiges, le recours éventuel à un mécanisme d'expertise contradictoire ou à un comité paritaire de suivi étant possible. Il fixe les conditions dans lesquelles il peut, le cas échéant, être fait recours à l'arbitrage, avec application de la loi française, sachant qu'un recours ultime à la juridiction administrative est toujours possible.

4.2. La vie du contrat

4.2.1. Le rapport annuel

Aux termes de l'article L. 1414-14 du CGCT « Un rapport annuel, établi par le cocontractant, est présenté par l'exécutif de la collectivité territoriale ou de l'établissement public, avec ses observations éventuelles, à l'assemblée délibérante de la collectivité territoriale ou l'organe délibérant de l'établissement public, afin de permettre le suivi de l'exécution du contrat. A l'occasion de la présentation du rapport, un débat est organisé sur l'exécution du contrat de partenariat ».

Le décret 2009-242 du 2 mars 2009 codifié à l'article D. 1414-8 du CGCT décrit le contenu du rapport annuel. Il est établi de manière à permettre la comparaison entre les années d'exécution du contrat. Il comprend donc des données économiques et comptables telles que le compte annuel de résultat de l'exploitation de l'opération objet du contrat, ainsi que des indicateurs de performances et des recettes de valorisation.

En outre, une annexe au budget doit retracer l'ensemble des engagements de la collectivité au titre d'un contrat de partenariat. Les paragraphes 9° & 10° de l'art L.2313-1 du CGCT disposent qu'une annexe aux comptes budgétaires doit retracer « l'ensemble des engagements financiers de la collectivité territoriale ou de l'établissement public résultant des contrats de partenariat (...) et la dette liée à la part investissements des contrats de partenariat ».

Lorsqu'une décision modificative ou le budget supplémentaire a pour effet de modifier le contenu de l'annexe retraçant l'engagement de la collectivité au titre du contrat de partenariat, celle-ci doit être à nouveau produite pour le vote de la décision modificative ou du budget supplémentaire.

Un suivi régulier de l'exécution des obligations du titulaire du contrat de partenariat est en tout état de cause obligatoire puisque la rémunération du prestataire privé dépend directement de ses performances.

4.2.2. Les paiements et la comptabilisation

Les comptables publics exercent les contrôles qui leur incombent conformément aux articles 12 et 13 du décret n° 62-1587 du 29 décembre 1962 portant règlement général sur la comptabilité publique. Dans le cadre de ces contrôles, ils vérifient notamment la validité de la créance et s'assurent du caractère libératoire du règlement.

Le comptable dispose, comme pièce justificative du paiement et pour exercer ses contrôles, d'une copie du contrat exécutoire, qui fixe les modalités de paiement et détermine les modes de calcul des sanctions et pénalités. La production au comptable assignataire de l'échéancier ou d'une annexe spécifique faisant apparaître les montants normalement dus, leur périodicité et les dates de versement, facilite les contrôles. En matière de procédure budgétaire et comptable, l'annexe 3 fournit les éléments actuels pour la comptabilisation des contrats de partenariat conformément aux dispositions des arrêtés du 16 décembre 2010.

Nous vous prions de nous faire connaître les éventuelles difficultés rencontrées pour la mise en œuvre des dispositions décrites dans la présente circulaire qui remplace la circulaire en date du 29 novembre 2005 portant sur le même objet.

ANNEXE 1

FICHE SUR L'ÉVALUATION économique et financière

La méthodologie applicable aux évaluations préalables est fixée par l'arrêté du 2 mars 2009 (publié au JO du 4 mars 2009).

Cette méthodologie s'applique non seulement aux contrats de partenariat au sens de l'ordonnance du 17 juin 2004, mais aussi aux autres partenariats public-privé pour lesquels une évaluation préalable doit être réalisée. Il s'agit :

- des projets d'AOT-LOA sectoriels de l'Etat, dont l'évaluation préalable est obligatoire dès lors que le loyer HT annuel est supérieur à 1 M€ (art. 48 de la loi du 28 juillet 2008 relative aux contrats de partenariat),
- des baux emphytéotiques administratifs (BEA) sectoriels des collectivités territoriales ou de leurs BEA de droit commun, si l'éligibilité au FCTVA est recherchée (art. L 1615-13 du CGCT) et à condition que la somme cumulée des loyers HT soit inférieure à 10 M€,
- et celle des baux emphytéotiques hospitaliers (BEH) depuis le décret du 29 avril 2010 (art. R 6148-1 du Code de la santé publique).

Les développements qui suivent synthétisent la partie idoine du plan type de l'évaluation préalable figurant dans le guide « Les contrats de partenariat ». On s'y reportera pour plus de détails.

La partie de l'évaluation préalable relative aux aspects économiques et financiers comportera pour les différents schémas étudiés :

- une estimation des coûts d'investissement (programmation, conception, réalisation), d'exploitation et de gestion, ainsi que des recettes de valorisation éventuelles ;
- la présentation des hypothèses fiscales et comptables retenues (démonstration, le cas échéant, de l'éligibilité du projet au mécanisme du FCTVA, mesure de l'incidence de l'assujettissement total ou partiel de la personne publique à la TVA pour le projet considéré, appréciation de l'impact en comptabilité générale et en comptabilité budgétaire) ;
- la présentation des hypothèses retenues relatives aux coûts financiers et de montage ;
- des indications concernant l'origine, la nature, et le montant des subventions éventuelles (les subventions ne doivent pas être confondues à des avances, ces dernières étant, contrairement aux subventions, assujetties à la TVA. Par ailleurs, lorsqu'un projet est porté par une collectivité territoriale et que le cumul des rémunérations HT, exprimés en euros courants, sur la durée du contrat est inférieur à 40 millions, le financement privé doit alors être majoritaire) ;
- le calcul de la valeur actuelle nette (VAN) des coûts avant prise en compte monétaire des risques intégrant éventuellement l'avantage socio-économique associé à la mise en service plus rapide de l'ouvrage en contrat de partenariat (les calculs de VAN seront également présentés TVA comprise afin d'estimer fidèlement les charges prévisionnelles et leur soutenabilité budgétaire pour la personne publique) ;
- le calcul de la valeur actuelle nette (VAN) des coûts après prise en compte monétaire des risques intégrant éventuellement l'avantage socio-économique associé à la mise en service plus rapide de l'ouvrage (approche plus ou moins sophistiquée selon la nature et la taille du projet).

L'analyse sera complétée par des tests de sensibilité et par le calcul de valeurs de basculement portant sur les principaux paramètres de coût, une étude de l'impact des schémas en termes de performance et de développement durable, et l'indication du montant des premières rémunérations après la mise en service complète des investissements et leur date de versement, de même que leur cumul sur la durée du contrat de partenariat (en euros courants).

ANNEXE 2

FICHE SUR LES RISQUES

La méthodologie de prise en compte des risques est présentée en trois points :

- recensement des risques encourus ;
- répartition des risques entre la personne publique et le partenaire privé ;
- monétarisation des risques.

1. Recensement des risques encourus

Le recensement des risques de surcoûts et de dérives de délais se fait au travers d'une matrice des risques. Ce recensement est généralement obtenu en identifiant les risques auxquels est habituellement exposé un projet lorsqu'il est réalisé sous maîtrise d'ouvrage public en marchés publics.

La répartition des risques est largement fonction de la nature du projet et dépend notamment de ses caractéristiques techniques et des aléas qui peuvent affecter la construction ou l'exploitation.

Les risques sont généralement analysés en fonction de la période au cours de laquelle ils sont susceptibles de se réaliser : risques de conception, de construction, puis d'exploitation. Ils sont soit temporaires (liés à une phase du projet), soit permanents.

2. Répartition des risques

La répartition des risques entre la personne publique et le partenaire privé est précisée dans la matrice des risques. Pour chacun des risques, la matrice précise quel acteur (personne publique et entreprises en maîtrise d'ouvrage publique - partenaire privé en contrat de partenariat) le supporte entièrement, s'il n'est pas partagé, et dans quelle proportion il est partagé entre les différents acteurs s'il ne peut être intégralement supporté par un même acteur. Chaque risque doit être supporté par la partie la plus à même de le supporter du point de vue technique, économique et financier. Aussi, certains risques devront par nature rester à la charge de la personne publique comme par exemple le risque d'évolution du projet, ou être partagé comme par exemple le risque de génie civil lorsque les travaux sont soumis à un risque géologique impossible à évaluer précisément avant la réalisation desdits travaux.

Parmi les risques qui méritent une attention particulière et une bonne identification figurent : le risque opérationnel (performances attendues du partenaire privé qui ne doivent pas excéder les besoins réels de la personne publique), le risque de demande (lié à un risque de fréquentation) et le risque juridique lié à l'évolution du cadre légal et réglementaire (en règle générale, ce risque ne doit être pris en charge par la personne publique que lorsqu'ils s'applique de manière spécifique au secteur concerné par le projet).

L'élaboration d'une matrice des risques est à la fois un guide (notamment pour le dialogue compétitif qui doit suivre), un élément d'analyse clé de l'équilibre recherché de l'opération, et l'occasion de réfléchir aux diverses garanties et notamment aux mécanismes d'assurances permettant de couvrir - ou non - tel ou tel risque.

Un exemple de matrice des risques est fourni dans le guide opérationnel de la MAPPP.

3. Monétarisation des risques

L'identification et la répartition des risques pesant sur un projet quel que soit son mode de réalisation ayant été effectuées au moyen de la matrice des risques, reste alors à sélectionner, parmi l'ensemble des risques répertoriés qui sont monétarisables ceux dont les impacts sont à la fois importants en termes de coût et de délai afin d'intégrer ces impacts dans les coûts globaux actualisés (VAN) avant prise en compte du risque.

L'estimation des impacts des risques nécessite :

- de déterminer la probabilité d'occurrence de chacun des risques (quelle est la probabilité pour que ce risque se réalise ?). Cette analyse doit se fonder sur des retours d'expériences concernant des projets comparables et récents ou, à défaut, sur des dires d'experts ;
- d'évaluer la sévérité des risques (quel est l'impact du risque si ce dernier se réalise ?) Il s'agit du montant d'engagement potentiel auquel la personne publique peut être appelée en termes de couverture pour chacun des risques identifiés. Cette évaluation doit également se fonder sur des retours d'expériences concernant des projets comparables et récents ou, à défaut, sur des dires d'experts. Il est à noter que la sévérité d'un risque peut être atténuée, dans certains cas, grâce à une couverture d'assurance.

Les impacts des risques sont ensuite obtenus en effectuant le produit de la probabilité d'occurrence du risque par sa sévérité, puis en répartissant le risque entre la personne publique et le partenaire privé. Les impacts des risques peuvent être obtenus en valeur moyenne par l'application de méthodes simples ou en valeur continue en recourant à des méthodes sophistiquées.

ANNEXE 3

DISPOSITIF COMPTABLE ET BUDGÉTAIRE APPLICABLE AUX COLLECTIVITÉS ET ÉTABLISSEMENTS PUBLICS LOCAUX

Les arrêtés du 16 décembre 2010 complètent les instructions budgétaires et comptables applicables aux collectivités locales (M 14 pour les communes et les établissements publics communaux ou intercommunaux à caractère administratif, M21 pour les établissements publics de santé, M22 pour les établissements sociaux et médico-sociaux, M31 pour les offices publics de l'habitat, M4 pour les services industriels et commerciaux, M 52 pour les départements et leurs EPA et M 71 pour les régions).

Ces documents sont consultables sur le site Bercy Colloc, commun au ministère de l'Economie et au ministère du Budget.

La collectivité recourant au contrat de partenariat n'a pas la qualité de maître d'ouvrage. Cette qualité est dévolue au partenaire privé qui a sauf stipulation contraire dans le contrat, des droits réels sur les ouvrages et équipements qu'il réalise (L1414-1 II du CGCT), lesquels lui confèrent les prérogatives du propriétaire dans les limites prévues au contrat. (Art. L.1414-16 du CGCT). On considère que la personne publique détient néanmoins le contrôle de l'ouvrage dont la construction a été transférée. Elle en deviendra définitivement et pleinement propriétaire ultérieurement.

Ce contrôle se définit par la maîtrise des conditions d'utilisation de l'équipement ou par la maîtrise du potentiel de service et/ou des avantages économiques futurs dérivés de cette utilisation. Il se manifestera de multiples façons :

- par le simple fait que l'investissement réalisé sera situé sur le domaine de la collectivité territoriale, ce qui implique que l'assiette de l'équipement ne pourra jamais être cédée à un tiers,
- par l'impossibilité pour le partenaire privé de vendre l'équipement affecté au service public,
- par la détermination des caractéristiques de l'équipement par la puissance publique, dans la mesure où cette dernière a défini le programme fonctionnel qu'il doit respecter,
- par le fait que la gestion du cœur du service public reste une compétence de la collectivité locale,
- par la maîtrise des conditions de rémunération du partenaire privé, notamment par la mise en place de pénalités lorsque les objectifs contractuels de performance ne sont pas atteints,
- par le fait surtout que l'équipement reviendra, en principe sans soule et bien entretenu, à la collectivité territoriale en fin de contrat, le partenaire ayant été rémunéré pendant toute la durée du contrat pour la construction/réhabilitation et l'entretien/maintenance.

Ce contrôle des conditions d'utilisation du bien explique que la collectivité soit désormais tenue de l'inscrire, dès l'origine, à l'actif de son bilan.

Les arrêtés précités prévoient que :

« la partie de la rémunération des contrats de partenariat public-privé représentant la part investissement versée avant la mise en service du bien est enregistrée au débit du compte 235 "Part investissement PPP" (opération réelle).

Lors de la mise en service du bien objet du contrat de partenariat public-privé, le bien est intégré au compte 21 approprié pour sa valeur totale correspondant au coût d'entrée chez le partenaire privé.

La contrepartie est enregistrée par opérations d'ordre non budgétaire :

- *au compte 235, pour la part investissement d'ores et déjà payée ;*
- *au compte 1675, pour la part investissement restant à payer ;*
- *et, le cas échéant, au compte 13, pour la soulte ».*

En outre :

- la partie de la rémunération représentant un coût de financement s'impute au compte de charge 6618 (mandat en section de fonctionnement),
- la fraction de la rémunération représentant un coût de fonctionnement s'impute au compte de charge 611 (mandat en section de fonctionnement).

L'arrêté du 16 décembre 2010 a été complété par des annexes publiées au JORF (Edition des documents administratifs). L'une d'entre elles par exemple (annexe n° 53 de l'instruction budgétaire et comptable M14) précise le schéma d'écritures comptables à retenir pour les contrats de partenariat des communes et de leurs EPA. Mutatis mutandis, les mêmes règles prévalent pour les autres collectivités.

Il reste par ailleurs nécessaire que l'engagement pluriannuel pris par la collectivité au titre d'un contrat de partenariat soit traduit par le vote d'une autorisation de programme (AP) correspondant à la rémunération de la part investissement réalisée par le tiers, et d'autorisations d'engagement (AE) pour les parties correspondant aux rémunérations imputées en section de fonctionnement.

Enfin, en vertu des dispositions des articles L. 2313-1 (en ses 9° et 10°), L. 3313-1 et L. 4313-2 (en ses 7° et 8°) du code général des collectivités territoriales, les communes de plus de 3 500 habitants, les départements et les régions ont toujours l'obligation d'assortir leurs documents budgétaires de deux annexes, l'une retraçant l'ensemble des engagements financiers de la collectivité au titre de ses contrats de partenariat et l'autre retraçant la dette liée à la part investissements desdits contrats.

PHASES DU RECOURS AU CONTRAT DE PARTENARIAT/COLLECTIVITÉS TERRITORIALES ET LEURS ÉTABLISSEMENTS/APPEL D'OFFRES

Phase d'évaluation

Recensement des besoins :

- Réunion des éléments du dossier du projet.
- Définition du cahier des charges (définition des attentes et prestations et solutions techniques).

Évaluation préalable :

- Justification juridique du recours au CP, (satisfaction de l'une des conditions suivantes : urgence, complexité ou efficacité économique).
- Puis analyse comparative avec différentes options en termes de coût global, performance et partage des risques + exposé des motifs de caractère économique, financier, juridique et administratif qui ont conduit la personne publique à recourir au CP (en cas d'urgence du fait d'une situation imprévisible du projet cet exposé peut être succinct).
- Bilan plus favorable.

- Saisine de la Commission Consultative des Services Publics Locaux (CCSPL).
- Si besoin saisine du Comité Technique Paritaire (CTP) et/ou de la commission administrative paritaire (CAP).

Validation par la MAPPP (facultative)

Décision :

De l'assemblée ou de l'organe délibérant qui se prononce sur le principe du recours au CP.

Préparation de l'avis d'appel public à la concurrence (AAPC) :

- Définition préalable des besoins.
- Évaluation du montant de l'opération.
- Détermination de la procédure applicable : appel d'offres restreint
- Définition des critères de sélection des candidatures (articles D.1414-2 et D.1414-3 du CGCT).
- Fixation du nombre de candidat admis (5 dans le cas de l'appel d'offres restreint).

↓
Appel d'offres

Phase d'attribution

Finalisation et envoi de l'AAPC au BOAMP et au JOUE.

- Si le montant du CP est supérieur au montant défini à l'article D.1414-1 du CGCT (200 000€ HT au 1^{er} septembre 2012, publication au BOAMP et au JOUE et le cas échéant publication dans une revue professionnelle et/ou généraliste à couverture nationale voire internationale.
- Critères de sélection des candidatures tels qu'ils figurent à l'article D.1414-2 et D.1414-3 du CGCT.
- Critères d'attribution du contrat pondérés (ou à défaut hiérarchisés) notamment le coût global de l'offre, les objectifs de performance, la part d'exécution du contrat que le candidat s'engage à confier à des PME et, le cas échéant, la qualité architecturale du projet. (Articles L.1414-9 et L.1414-13 du CGCT.
- Date limite de réception des candidatures : 40 jours minimum à compter de l'envoi de l'AAPC à la publication.

Réception, ouverture des plis et sélection des candidatures :

- Transmission des candidatures par tout moyen permettant de déterminer de façon certaine la date et l'heure de leur réception et de garantir leur confidentialité.
- L'ouverture des plis n'est pas publique.
- Etablissement de la liste des candidats admis à présenter une offre en fonction des critères définis dans l'AAPC par la personne publique par une commission ad hoc dont la composition est la même que celle prévue à l'article L.1414-5 du CGCT pour les DSP.
- Information des candidats non retenus.

Envoi aux candidats retenus de la lettre de consultation contenant :

- L'invitation à déposer une offre.
- La date limite de réception des offres, l'adresse à laquelle elles sont transmises (obligation de les rédiger en langue française).
- La référence à l'AAPC.
- S'il y a lieu l'adresse du service auprès duquel le cahier des charges et les documents complémentaires peuvent être demandés et la date limite pour présenter cette demande.

Après 40 jours minimum (15 jours si urgence) : réception et examen des offres :

- Transmission des offres par tout moyen permettant de déterminer de façon certaine la date et l'heure de leur réception et de garantir leur confidentialité.
- Offre finale et détaillée.
- Il ne peut y avoir de négociation avec les candidats ; **la personne publique peut seulement demander aux candidats de préciser ou de compléter la teneur de leur offre.**

Choix de l'offre économiquement la plus avantageuse (OEPA) en application des critères définis dans l'AAPC.

Eventuellement, la demande de clarification ou de confirmation des engagements de l'offre au candidat ayant présenté l'OEPA.

L'assemblée ou l'organe délibérant autorise la signature du contrat de partenariat par l'organe exécutif (ou déclare la procédure infructueuse) :

Le projet de délibération comprend :

→ Le coût prévisionnel global du contrat en moyenne annuelle (c'est-à-dire la prise en compte de la totalité des coûts facturés par le titulaire du contrat à la personne publique dans le cadre de sa mise en œuvre sur toute la durée)

→ La part que ce coût représente par rapport à la capacité de financement annuelle de la personne publique, mesurée dans les conditions fixées par l'article D.1414-4 du CGCT.

Notification aux candidats non retenus : 15 jours maximum pour répondre aux demandes de motivation du rejet.

Signature du contrat : 16 ou 11 jours minimum après notification des rejets.

Communication du contrat de partenariat et de ses annexes à la MAPP : dans un délai de 1 mois à compter de sa signature. (Article D.1414-6 du CGCT)

Transmission au représentant de l'Etat dans un délai de 15 jours maximum après signature

Notification à l'attributaire (avant tout commencement d'exécution)

Publication d'un avis d'attribution au JOUE : 30 jours maximum après la notification..

Eventuelle indemnisation des candidats non retenus.

PHASES DU RECOURS AU CONTRAT DE PARTENARIAT/COLLECTIVITÉS TERRITORIALES ET LEURS ÉTABLISSEMENTS/DIALOGUE COMPÉTITIF

Phase d'évaluation

Recensement des besoins :

- Réunion des éléments du dossier du projet.
- Définition du programme fonctionnel (définition des attentes et prestations).

Evaluation préalable :

- Justification juridique du recours au CP (satisfaction de l'une des conditions suivantes : urgence, complexité ou efficacité économique).
- Puis analyse comparative avec différentes options en termes de coût global performance et partage des risques + exposition des motifs de caractère économique, financier, juridique et administratif qui ont conduit la personne publique à recourir au CP (en cas d'urgence du fait d'une situation imprévisible cet exposé peut être succinct).
- Bilan plus favorable

- Saisine de la Commission Consultative des Services Publics Locaux (CCSPL).
- Si besoin saisine du Comité Technique Paritaire (CTP) et/ou de la commission administrative paritaire (CAP).

Validation par la MAPPP (facultatif)

Décision :

De l'assemblée ou de l'organe délibérant qui se prononce sur le principe du recours au CP.

Préparation de l'avis d'appel public à la concurrence (AAPC) :

-
- Définition préalable des besoins.
- Evaluation du montant de l'opération.
- Détermination de la procédure applicable en raison de la complexité : dialogue compétitif
- Définition des critères de sélection des candidatures (articles D.1414-2 et D.1414-3 du CGCT).
- Fixation du nombre de candidat admis (minimum 3).



Dialogue compétitif

Phase d'attribution

Préparation du dossier du dialogue :

- Règlement du dialogue (règlement de consultation).
- Programme fonctionnel rédigé.
- Eventuellement : avant-projet de contrat et proposition de matrice des risques.

Finalisation et envoi de l'AAPC :

- Choix ou non d'un dialogue compétitif à phases successives.
- Possibilité ou obligation de prévoir une indemnisation des candidats, en précisant bien si tous les candidats seront indemnisés ou seuls ceux qui seront parvenus jusqu'à un rang de classement à déterminer au préalable ou ceux qui auront été invités à remettre une offre finale. Lorsque les demandes de la personne publique impliquent un investissement significatif pour les candidats ayant participé au dialogue compétitif, une prime doit leur être versée.
- Si le montant du CP est supérieur au montant défini à l'article D.1414-1 du CGCT (200 000€ HT au 1^{er} septembre 2012), publication au BOAMP et au JOUE et le cas échéant publication dans une revue professionnelle et/ou généraliste à couverture nationale voire internationale.
- Critères de sélection des candidatures (D.1414-2 du CGCT et D.1414-3 du CGCT).
- Critères d'attribution du contrat pondérés (ou à défaut hiérarchisés) notamment le coût global de l'offre, les objectifs de performance, la part d'exécution du contrat que le candidat s'engage à confier à des PME et, le cas échéant, la qualité architecturale du projet (articles L.1414-9 et L.1414-13 du CGCT) / ou fixés dans le règlement de la consultation
- Date limite de réception des candidatures : 40 jours minimum à compter de la date d'envoi de l'AAPC à la publication

Réception, ouverture et sélection des candidatures :

- Etablissement de la liste des candidats admis à participer au dialogue en fonction des critères définis dans l'AAPC par une commission ad hoc dont la composition est la même que celle prévue à l'article L.1411-5 du CGCT pour les DSP.
- Information des candidats non retenus.

Envoi du dossier du dialogue aux candidats

Dialogue avec les candidats retenus :

- Minimum 3 candidats.
- Détermination du délai à l'intérieur duquel la première proposition devra être présentée (en tenant compte de la complexité du projet).
- Sur la base du programme fonctionnel.

- Si discussion en phases successives possibilité de ne retenir que les solutions qui répondent le mieux aux critères de sélection de l'offre fixés dans l'AAPC ou le règlement de consultation.

Fin de la période du dialogue

Consultation des candidats :

- Ayant participé à toutes les phases du dialogue.
- Invitation à remettre l'offre finale sur la base de la ou des solutions présentées au cours du dialogue.
Définition des conditions d'exécution du contrat.
- Précisions le cas échéant des critères d'attribution définis dans l'AAPC.

Réception et examen des offres : 1 mois minimum

- Offre finale et détaillée.
- Comportant tous les éléments nécessaires à l'exécution du contrat.
Eventuellement demande de clarifications, précisions, compléments ou perfectionnement sur les offres des candidats.

Identification de l'offre économiquement la plus avantageuse (OEPA) en application des critères définis dans l'AAPC.

Eventuellement, demande de clarifications ou de confirmations des engagements de l'offre au candidat ayant présenté l'OEPA.

Décision d'attribution

L'assemblée ou l'organe délibérant autorise la signature du contrat de partenariat par l'organe exécutif (ou déclare la procédure infructueuse) :

Le projet de délibération comprend :

- Le coût prévisionnel global du contrat en moyenne annuelle (c'est-à-dire la prise en compte de la totalité des coûts facturés par le titulaire du contrat à la personne publique dans le cadre de sa mise en œuvre sur toute la durée)
- La part que ce coût représente par rapport à la capacité de financement annuelle de la personne publique, mesurée dans les conditions fixées par l'article D.1414-4 du CGCT.

Notification aux candidats non retenus : 15 jours maximum pour répondre aux demandes de motivation du rejet.

Signature du contrat : 16 ou 11 jours minimum après notification des rejets

Communication du contrat de partenariat et de ses annexes à la MAPPP : dans un délai de 1 mois à compter de sa signature. (Article D.1414-6 du CGCT)

Transmission au représentant de l'Etat : dans un délai de 15 maximum après la signature

Notification à l'attributaire (avant tout commencement d'exécution)

Publication d'un avis d'attribution au JOUE : 30 jours maximum après la notification.

Eventuelle indemnisation des candidats non retenus.

PHASES DU RECOURS AU CONTRAT DE PARTENARIAT/COLLECTIVITÉS TERRITORIALES ET LEURS ÉTABLISSEMENTS/PROCEDURE NEGOCIEE

Phase d'évaluation

Recensement des besoins :

- Réunion des éléments du dossier du projet.
- Définition du cahier des charges (définition des attentes et prestations).

Evaluation préalable :

- Justification juridique du recours au CP (satisfaction de l'une des conditions suivantes : urgence, complexité ou efficacité économique).
- Puis analyse comparative avec différentes options en termes de coût global performance et partage des risques + exposition des motifs de caractère économique, financier, juridique et administratif qui ont conduit la personne publique à recourir au CP (en cas d'urgence du fait d'une situation imprévisible cet exposé peut être succinct).
- Bilan plus favorable

- Saisine de la Commission Consultative des Services Publics Locaux (CCSPL).
- Si besoin saisine du Comité Technique Paritaire (CTP) et/ou de la commission administrative paritaire (CAP).

Validation par la MAPPP (facultatif)

Décision :

De l'assemblée ou de l'organe délibérant qui se prononce sur le principe du recours au CP.

Préparation de l'avis d'appel public à la concurrence (AAPC) :

- Définition préalable des besoins.
- Evaluation du montant de l'opération.
- Détermination de la procédure applicable en de dessous du seuil fixé par décret : procédure négociée (article D1414-5 CGCT)
- Définition des critères de sélection des candidatures (articles D.1414-2 et D.1414-3 du CGCT).
- Fixation du nombre de candidat admis (minimum 3).



Procédure négociée

Phase d'attribution

Préparation des documents de la consultation :

- Règlement de la négociation (règlement de consultation).
- Cahiers des charges.
- projet de contrat

Finalisation et envoi de l'AAPC :

- Si le montant du CP est inférieur au montant défini à l'article D.1414-5 du CGCT (200 000€ HT au 1^{er} septembre 2012 si le CP a pour objet principal des services, ou à 5 000 000 € si le CP a pour objet principal des travaux, publication au BOAMP et le cas échéant publication dans une revue professionnelle et/ou généraliste à couverture nationale voire internationale.
- Critères de sélection des candidatures (D.1414-2 du CGCT et D.1414-3 du CGCT).
- Critères d'attribution du contrat pondérés (ou à défaut hiérarchisés) notamment le coût global de l'offre, les objectifs de performance, la part d'exécution du contrat que le candidat s'engage à confier à des PME et, le cas échéant, la qualité architecturale du projet. (Articles L.1414-9 et L.1414-13 du CGCT).
- Date limite de réception des candidatures.

Après 40 jours minimum : réception, ouverture et sélection des candidatures :

- Etablissement de la liste des candidats admis à présenter une offre en fonction des critères définis dans l'AAPC par une commission ad hoc dont la composition est la même que celle prévue à l'article L.1411-5 du CGCT pour les DSP.
- Information des candidats non retenus.

Envoi des documents de la consultation aux candidats retenus

Détermination du délai à l'intérieur duquel la proposition initiale devra être présentée (en tenant compte de la complexité du projet).

Négociations avec les candidats retenus :

- Minimum 3 candidats.
- sur la base du cahier des charges

Fin de la négociation

Réception et examen des offres : délai à déterminer librement

- Offre finale.
- Comprenant tous les éléments nécessaires à l'exécution du contrat.

Eventuellement demande de clarifications, précisions, compléments ou perfectionnement sur les offres des candidats.

Choix de l'offre économiquement la plus avantageuse (OEPA) en application des critères définis dans l'AAPC ou le règlement de la consultation

L'assemblée ou l'organe délibérant autorise la signature du contrat de partenariat par l'organe exécutif (ou déclare la procédure infructueuse) :

Le projet de délibération comprend :

→ Le coût prévisionnel global du contrat en moyenne annuelle (c'est-à-dire la prise en compte de la totalité des coûts facturés par le titulaire du contrat à la personne publique dans le cadre de sa mise en œuvre sur toute la durée)

→ La part que ce coût représente par rapport à la capacité de financement annuelle de la personne publique, mesurée dans les conditions fixées par l'article D.1414-4 du CGCT.

Notification aux candidats non retenus : 15 jours maximum pour répondre aux demandes de motivation du rejet.

Signature du contrat : 16 ou 11 jours minimum après notification des rejets

Communication du contrat de partenariat et de ses annexes à la MAPP : dans un délai de 1 mois à compter de sa signature. (Article D.1414-6 du CGCT)

Transmission au représentant de l'Etat : dans un délai de 15 maximum après la signature

Notification à l'attributaire (avant tout commencement d'exécution)

Publication d'un avis d'attribution au JOUE : 30 jours maximum après la notification.

Eventuelle indemnisation des candidats non retenus.

LE TRAITEMENT DES SUBVENTIONS ACCORDEES A DES PROJETS DE CONTRATS DE PARTENARIAT

Principes comptables et budgétaires applicables au versement de subventions à une personne publique (établissement public de l'Etat, collectivité locale ou établissement public en dépendant) qui s'engage dans un contrat de partenariat.

NB : les principes décrits ci-dessous ne s'appliquent pas aux opérations réalisées dans le cadre de l'article L. 6148-2 et suivants du code de la santé publique.

1- Eligibilité des contrats de partenariat aux subventions.

L'article 25-1 de l'ordonnance 2004-559, créé par la loi 2008-735 du 28 juillet 2008 –art 17, puis modifié par la loi n°2009 – 179 du 17 février 2009 précise les conditions de cette éligibilité :

« Afin d'établir la neutralité entre les différentes options en matière de commande publique, les projets éligibles à des subventions, rémunérations et autres participations financières , lorsqu'ils sont réalisés sous le régime de la loi n° 85-704 du 12 juillet 1985 relative à la maîtrise d'ouvrage publique et à ses rapports avec la maîtrise d'œuvre privée, sont éligibles aux mêmes subventions, rémunérations et autres participations financières lorsqu'ils sont réalisés sous le régime de la présente ordonnance.

Les modalités et l'échéancier de versement de ces subventions, rémunérations et autres participations financières peuvent être adaptés à la durée du contrat de partenariat ».

2 – Modalités de versement des subventions.

Si le montant et les délais de versement de la subvention sont connus lors de la procédure de passation du contrat, les futures parties au contrat sont libres d'organiser contractuellement les modalités de son versement. Cette ressource financière peut alors être intégrée dans le plan de financement du partenaire privé, et optimiser ainsi le coût de financement global du projet qui pèse sur la personne publique.

Cependant le versement d'une subvention directement de la personne publique qui accorde la subvention à la personne privée titulaire du contrat de partenariat est à proscrire. Il induirait en effet des complications juridiques (éventuelle requalification de la somme en complément de rémunération du cocontractant privé), comptables et pratiques (c'est la personne publique cocontractante, et non la personne publique versante, qui est la plus à même de vérifier que les prestations requises ont bien été effectuées).

Il incombe à la personne publique cocontractante attributaire de la subvention de la reverser au contractant privé.

Le second alinéa de l'article 25-1 de l'ordonnance cité ci-dessus autorise le versement échelonné sur plusieurs années d'une subvention d'investissement. Une délibération peut tout à fait engager la collectivité versante sur plusieurs exercices budgétaires, suivant en cela le régime classique des Autorisations de Programme (AP) et des Autorisations d'Engagement (AE).

Par assimilation aux dispositions du décret du 16 décembre 1999 relatif aux subventions de l'Etat pour des projets d'investissement, et par exception au principe qui veut que la première rémunération ne soit versée au contractant privé qu'après la livraison de l'ouvrage, il est envisageable de verser au partenaire privé, s'ils sont disponibles, les crédits correspondant à la subvention au fur et à mesure de l'avancement des travaux. Les frais de portage financier de l'investissement en seront d'autant diminués.

Le partenaire privé a la qualité de maître d'ouvrage. Il conviendra donc de déterminer les pièces justificatives à la fourniture desquelles le versement de la subvention sera subordonné.

La teneur de ces pièces justificatives devra être décrite de façon précise dans le contrat, après avoir été validée contractuellement entre la collectivité à l'origine de la subvention et la collectivité contractante du contrat de partenariat.

3 - Traitement des subventions d'investissement au regard de la TVA.

Les différentes composantes de la rémunération versée au partenaire privé sont grevées de la TVA. Cependant, les « subventions d'équipement » (c'est à dire affectées à la réalisation d'une immobilisation) sont non imposables à la TVA (Instruction du 27 janvier 2006, 3D-1-06).

Dès lors que les subventions reversées au partenaire privé par le contractant public ont bien le caractère d'une subvention d'équipement du fait de leur affectation finale, elles bénéficient de cette exemption.

Le fait que la subvention puisse avoir une influence sur le prix des biens livrés ne suffit pas à rendre cette subvention imposable (BOI 3 A-7-06).

Cette analyse, transmise en réponse à une collectivité par une direction des services fiscaux, a été confirmée dans les termes suivants par un courrier de la ministre de l'Economie, de l'industrie et de l'emploi adressé à une autre collectivité : « Si la collectivité bénéficie d'une subvention (*d'équipement*) pour lui permettre d'acquitter les rémunérations dues au prestataire, celle-ci n'est pas soumise à la TVA ».

4 -Traitement budgétaire et comptable des subventions d'investissement versées à une collectivité territoriale. Budgétisation et versement.

Le schéma budgétaire suivant est envisageable : la collectivité qui souhaite subventionner un projet délibère sur l'adhésion au dit projet, puis inscrit la dépense correspondante à son budget. Une délibération spécifique vient éventuellement confirmer le moment venu le versement au regard des pièces justificatives évoquées ci-dessus.

Pour la collectivité bénéficiaire, il convient d'inclure le montant de la subvention à recevoir dans celui des Autorisations d'Engagement (AE) inscrites au titre du projet, étant rappelé que la totalité de celles-ci, pour ce qui concerne l'investissement – incluant les frais financiers intercalaires et l'indemnité de dédit éventuelle– doivent être inscrites l'année de la signature du contrat.

Certains projets se caractérisent par un fort investissement les premières années du contrat, le versement au partenaire privé se faisant alors soit après constatation de la mise à disposition de l'ouvrage (équivalente à la réception en maîtrise d'ouvrage publique) soit, le cas échéant, au fur et à mesure de la réalisation des travaux (en application du principe du service fait).

D'autres projets au contraire imposeront un versement au moment du paiement de la rémunération annuelle. Il ne peut être imposé un mode opératoire général, chaque projet ayant un équilibre propre.

Il ne semble pas qu'il existe de spécificité liée à une subvention d'origine communautaire, même s'il apparaît que l'actuel mode de versement des subventions FEDER en une fois en début d'opération peut représenter une contrainte.

Dans le cas d'une subvention de fonctionnement, sa budgétisation et son versement s'effectuent annuellement.

Traitement comptable.

Sur un plan comptable, le versement de la subvention d'investissement à la collectivité locale cocontractante donne lieu aux opérations suivantes. La collectivité qui verse la subvention porte la somme dans le compte d'immobilisation incorporelle 204 (qui permet l'amortissement de ladite

subvention sur 15 ans lorsque le versement est effectué à une personne publique, comme c'est le cas ici). La collectivité qui reçoit porte symétriquement la somme en recettes au compte 13.

Le paiement du partenaire privé par la personne publique cocontractante donne lieu chez cette dernière à une imputation sur le compte 2764, éligible au FCTVA (sauf pour les EPS), qui constitue une dépense en acquisition d'immobilisations.

Le versement de la subvention de fonctionnement à la collectivité locale cocontractante donne lieu aux opérations suivantes. La collectivité versant la subvention l'impute à l'une des subdivisions du compte 6573 « Subventions de fonctionnement versées aux organismes publics ». La collectivité qui reçoit porte symétriquement la somme à l'une des subdivisions du compte 747 « Participations ».

La partie de la rémunération du partenaire privé représentant un coût de fonctionnement s'impute au compte de charge 611 (mandat en section de fonctionnement).

La partie de la rémunération représentant un coût de financement s'impute au compte de charge 6618 (mandat en section de fonctionnement).

ANNEXE 6

Compte tenu de ses caractéristiques dérogatoires au droit commun de la commande publique, le Conseil constitutionnel, dans sa décision n° 2003-473 DC du 26 juin 2003, avait limité le contrat de partenariat « à des situations répondant à des motifs d'intérêt général tels que l'urgence qui s'attache, en raison de circonstances particulières ou locales, à rattraper un retard préjudiciable, ou bien la nécessité de tenir compte des caractéristiques techniques, fonctionnelles ou économiques d'un équipement ou d'un service déterminé ».

Le Conseil constitutionnel a confirmé ces conditions dans sa décision n° 2004-506 DC du 2 décembre 2004. Le Conseil d'Etat en a fait application dans sa décision du 23 juillet 2010, Syndicat national des entreprises de second œuvre (aff. n° 326544) sur l'affaire dite « collège de Villemandeur ».

Le législateur a souhaité élargir le champ d'application du contrat de partenariat par la loi n° 2008-735 du 28 juillet 2008 relative aux contrats de partenariat, en prévoyant des cas de présomption d'urgence. Cependant, le Conseil constitutionnel, dans sa décision n°2008-567 DC du 24 juillet 2008, a censuré cette tentative d'élargissement. Il a en revanche admis le versement d'une prime à un candidat proposant une idée innovante, ainsi que la possibilité pour la collectivité publique de mettre à disposition des terrains lui appartenant pendant la durée du contrat.

Plusieurs dispositions introduites par la loi n° 2009-179 du 17 février 2009 pour l'accélération des programmes de construction et d'investissement publics et privés ont tendu à favoriser le recours aux contrats de partenariat :

- la possibilité d'exproprier pour permettre à l'opérateur d'acquérir les terrains nécessaires à l'opération,
- le recours à une procédure négociée avec publication et mise en concurrence préalables.



Claude GUÉANT



François BAROIN