DCR Consultants
définir • concevoir • réaliser

Lettre d'information N°19 - Septembre 2014

« les contrats de partenariat : des bombes à retardement ? »

C'est le titre provocateur du rapport que la Commission des lois du Sénat a rendu le 16 juillet dernier sur les partenariats publics-privés (PPP).
Ce rapport dresse, sans grande originalité ni argumentaire réel, la liste des effets pervers qu'aurait cet outil de commande publique atypique.
Essayons de comprendre pourquoi ce rapport (à télécharger en note N°1) déçoit les acteurs du marché, tant preneurs que donneurs d'ordres, et en quoi, à notre avis, il pourrait apporter d'utiles et concrets éclaircissements au débat sur les partenariats public-privé.
Pour commencer, faisons un petit rappel statistique. Selon les estimations de l'Institut pour la Gestion Déléguée (IGD), 156 contrats de partenariat ont été attribués entre mi-2004 et mi-2012, pour un montant global de 34 milliards d'€uros hors taxes. Sur ces 156 contrats, 124 d'entre eux ont été conclus par des collectivités territoriales (soit 79,5%).
Le rapport sénatorial ajoute qu'en prévision de la transposition des deux directives européennes du 26 février 2014 visant à réformer les procédures de passation des marchés publics, le Gouvernement a fait part de son intention de rationaliser les règles relatives aux différents partenariats public-privé, ouvrant la voie à des modifications des règles relatives aux contrats de partenariat (CP). Il a sollicité une habilitation à procéder par ordonnance pour « *unifier et rationaliser l'ensemble des règles relatives aux contrats de la commande publique qui sont des marchés publics au sens du droit de l'Union européenne1, y compris les contrats de partenariat public-privé, notamment en ce qui concerne les conditions de recours à ces contrats et de leur mise en œuvre* » (note N°2).

Décidément, comme le rappelle Brigitte MENGUY dans son billet paru récemment dans La Gazette des Communes, *« les partenariats publics-privés (PPP) se souviendront de leur dixième anniversaire puisque pléthore de rapports, colloques et autres manifestations leur ont été consacrés. Différents supports mais majoritairement tous d'accord pour dépeindre une image catastrophique du recours aux PPP par les collectivités publiques. A l'image du rapport remis ce 16 juillet 2014 par la mission d'information de la Commission des lois au Sénat. »*

Serait-ce du « PPP bashing » ?

Aux éternels défauts, réels ou supposés, des CP qu'énumèrent les rapporteurs, succède une liste de leurs 13 principales propositions visant à cadrer davantage leur usage. Par exemple, on retiendra la 4ème qui vise à réserver les CP à des opérations dont le coût excède un montant minimal.
Mais comme le note B.MENGUY : *« la vraie nouveauté apportée par le rapport sénatorial est la proposition d'exclure du champ du contrat de partenariat, le choix de l'équipe d'architecture.*
Une proposition qui laisse toutefois perplexe : répond-t-elle à une attente des élus locaux ?
Ces derniers sont-ils frustrés de ne pas choisir l'architecte de leur projet ?
A croire que le choix de l'architecte directement par la collectivité permettra de sauver les PPP de cette animosité ambiante… »

LISTE DES RECOMMANDATIONS

A - Préciser les critères de recours à un contrat de partenariat

<u>Recommandation n° 1</u> : Préciser la définition du critère de complexité.

<u>Recommandation n° 2</u> : Préciser la définition du critère de l'urgence.

Comme le rappelle Bénédicte RALLU du Moniteur.fr : « les deux sénateurs rapporteurs proposent donc de redéfinir les critères d'urgence et de complexité, aujourd'hui mal employés. Beaucoup de collectivités, selon Jean-Pierre SUEUR, considèrent qu'il y a complexité à partir du moment où il y a PPP… (!!!) Le rapport préconise de revenir à la définition stricte du considérant 31 de la directive européenne 2004/18/CE sur les marchés publics, qui qualifie une situation de complexe lorsque la Personne Publique est dans l'impossibilité objective de définir les moyens aptes à satisfaire ses besoins ou d'évaluer ce que le marché peut offrir en termes de solutions techniques et/ou de solutions financières et juridiques satisfaisantes. L'urgence, elle, devrait être impérieuse au sens de la jurisprudence du Conseil d'Etat, c'est-à-dire résulter de circonstances imprévisibles pour la Personne Publique et n'être pas de son fait.

Ce qui est *« complexe »* pour une commune l'est-il pour l'Etat ?

Ou ce qui est *« urgent »* pour cette même commune (par exemple deux ans avant les élections municipales) pourrait bien ne pas l'être pour l'Etat ou la Région qui ont d'autres échéances.

On voit bien qu'il va être difficile aux législateurs de modifier les termes des textes actuels. Mais pourquoi pas ! Faisons crédit à leur intelligence… pour autant qu'ils ne noient pas celle-ci dans des luttes partisanes et stériles.

<u>Recommandation n° 3</u> : Supprimer le critère de l'efficience économique pour justifier le recours à un CP.

Ce troisième critère, celui de l'efficience économique, serait *« trop imprécis »*, au *« caractère arbitraire »* et finalement *« peu utilisé »* et devrait, selon les rapporteurs, être purement et simplement supprimé.

Quid de la notion essentielle de coût global sur toute la durée du CP ? Quid du transfert des risques ? Quid de la non prise en compte du coût des moyens humains et des structures de management et de contrôle des Personnes Publiques dans les coûts en MOP… alors que le Partenaire privé les chiffre dans son offre en CP ?

B - Rendre effectif l'accès des PME-TPE à la commande publique

<u>Recommandation n° 4</u> : Réserver les contrats de partenariat à des opérations dont le coût excède un montant minimal.

Comme le note les sénateurs, réserver les CP à des opérations dont le coût serait supérieur à un seuil oblige à attendre le futur débat législatif pour *« proposer des montants adaptés »*.

Mais dans leur esprit, il semblerait qu'un CP ne pourrait plus être passé pour des projets, comme l'éclairage public par exemple, pouvant se réaliser avec des marchés traditionnels en MOP suivis de contrats de maintenance séparés, avec ou sans GER et/ou CPE suivant leur durée.

<u>Recommandation n° 5</u> : Fixer par la loi ou le règlement une part minimale de l'exécution du contrat de partenariat confiée aux PME et artisans.

Tout en reconnaissant que cela peut être *« compliqué »*, les rapporteurs proposent de fixer par la loi ou le règlement une part minimale de l'exécution d'un CP confiée aux PME et artisans.

Mais tous les Dossiers de Demandes d'Offres Finales (DDOF) sur lesquels nous avons travaillé ces dernières années contiennent déjà ces obligations dictées par les Personnes Publiques… qui sont passibles de pénalités en phase de construction et d'exploitation dans les CP signés ou en cours de négociation.

Recommandation n° 6 : **Renforcer les garanties de paiement des entreprises auxquelles il est fait appel par le Partenaire privé pour l'exécution du CP.**

Alors qu'à la demande du Président de le République, la mission MANDON se charge de simplifier l'arsenal des lois , codes et règlements français, ne serait-ce pas simple de rappeler que le délai de paiement des marchés publics est fixé par le décret N°2013-269 du 29 mars 2013 relatif à la lutte contre les retards de paiement dans les contrats régis par la commande publique (note N°3) et qu'il pourrait devenir applicable à l'ensemble des acteurs du CP, de la Personne Publique elle-même au Partenaire privé jusqu'au sous-traitant ou fournisseur de rang x du Partenaire ?

Recommandation n° 7 : **Exclure le choix de l'équipe d'architecture du champ du CP et organiser en conséquence la concurrence pour l'établissement d'un tel contrat sur la base d'un projet architectural préalablement défini et adopté.**

Comme le note avec un peu d'ironie Le Moniteur : *« les architectes, les entreprises du second œuvre et les PME-TPE peuvent se réjouir d'avoir été entendus. Le rapport souhaite améliorer leur accès à la commande publique en excluant le choix de l'équipe d'architecture du champ du CP. Il faudrait alors deux opérations successives pour réaliser un projet : un concours d'architecture et le CP passé sur la base du projet architectural préalablement défini et adopté. »*
Cela augmenterait significativement le délai total (quid du critère d'urgence ?) et limiterait grandement la responsabilité du Partenaire privé en matière de compréhension globale des besoins de la Personne Publique. Par ailleurs et jusqu'alors, les architectes ont souvent brillé par leur incompétence en matière de projection des coûts d'exploitation, notamment par l'impact de leur choix architecturaux (leur fameux « geste architectural ») sur les coûts énergétiques et le coût du Gros Entretien Renouvellement (GER) sur de longues périodes ainsi que les coûts de certains services (ex : nettoyage des façades ou réaffectation aisée des espaces intérieurs).

C - Définir une doctrine de recours aux contrats de partenariat et professionnaliser la commande publique

Recommandation n° 8 : **Définir une doctrine qui permette de ne pas recourir au CP pour les services pour lesquels ils sont peu adaptés.**

Soit, mais quels services ? Et en quoi d'autres outils que le CP seraient-ils mieux adaptés ?

Recommandation n° 9 : **Favoriser la mise en place par la Personne Publique d'équipes projet recouvrant des compétences de haut niveau à tous les stades de la vie d'un CP.**

Nous ne pouvons que partager cette idée… que nous avons développée dans l'une de nos précédentes lettre d'information (note N°4).

Recommandation n° 10 : **Retirer à la MAPPP son rôle de promotion.**

Quelle idée ! Pour une fois qu'un nouvel outil est supporté par une équipe compétente et engagée au plus haut niveau dans une administration de premier plan. Nous serions plutôt favorables au renforcement de son rôle de promoteur par celui d'accompagnateur en complétant ses équipes d'experts internes et externes sur le terrain.

<u>Recommandation n° 11</u> : Substituer à l'évaluation préalable une étude approfondie sur les capacités financières prévisibles de la Personne Publique se proposant de signer un CP et sur ses capacités de remboursement à moyen et long termes sans obérer ses capacités d'investissement et de fonctionnement eu égard aux données disponibles.

Substituer certainement pas, compléter sans doute le volet financier de celle-ci (laquelle n'a pas pour objet ce seul volet). Les collectivités territoriales devraient avoir la possibilité (voire l'obligation si le seuil défini à la recommandation N°4 est dépassé) d'obtenir l'avis préalable de la Chambre régionale des Comptes. Même chose pour l'Etat avec la Cour des Comptes et le Conseil Economique, Social et Environnemental (www.lecese.fr) notamment pour les équipements structurants (LGV, feroutage, autoroutes, réseaux à très haut débit, centrales et réseaux énergétiques, etc…).

<u>Recommandation n° 12</u> : Confier l'établissement de l'évaluation préalable, recentrée sur ses dimensions juridique et financière, à des organismes publics, indépendants et habilités.

Soit, mais lesquels ? S'ils existent, comment coordonner leurs compétences ? Et que savent-ils de l'attractivité d'un CP pour les acteurs privés ? Pour signer un CP, il faut être deux.

D - Renforcer l'information des collectivités territoriales

<u>Recommandation n° 13</u> : Pour les collectivités territoriales, rendre obligatoire l'avis de la MAPPP ou de la Direction départementale des finances publiques (DDFiP) avant la conclusion d'un CP.

Voir nos remarques sur les recommandations N°10 et 11. Quid de « l'indépendance » de ces organismes (ou d'autres émanant de l'Etat) par rapport à celles de la Chambre régionale des Comptes et/ou d'un collège d'experts et conseils extérieurs à la sphère publique ?

Si cette note d'information succincte éveille des attentes ou des questions au sein de votre entreprise ou de votre organisation, DCR Consultants se tient à votre disposition pour accompagner votre réflexion vers ce que le marché attend et ce qui pourrait vous être profitable.

Cordiales salutations.

Denis CHAMBRIER
Gérant & Consultant Senior
denis.chambrier@dcr-consultants.fr

Note N°1 : *lien pour télécharger le rapport d'information des sénateurs Hugues PORTELLI et Jean-Pierre SUEUR* > *http://www.lemoniteur.fr/media/FICHIER/2014/07/16/FICHIER_20140716_24886177.pdf*

Note N°2 : *lire l'art. 27 du projet de loi relatif à la simplification de la vie des entreprises, déposé sur le Bureau de l'Assemblée nationale le 25 juin 2014.* > *http://www.assemblee-nationale.fr/14/projets/pl2060.asp*

Note N°3 : *décret N°2013-269 du 29 mars 2013 relatif à la lutte contre les retards de paiement dans les contrats régis par la commande publique* http://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000027248487&fastPos=1&fastReqId=2050165356&categorieLien=id&oldAction=rechTexte

Note N°4 : http://www.dcr-consultants.fr/telechargement/Lettre_info_9_Sept_2013.pdf

© DCR Consultants - Septembre 2014