

Les marchés publics adaptés à l'aménagement ?

Le marché de partenariat

1. PROBLÉMATIQUE

L'ordonnance du 23 juillet 2015 n°2015-899 relative aux marchés publics crée une nouvelle catégorie de contrat, en remplacement du contrat de partenariat et des montages aller-retour type BEA/AOT, permettant à une personne publique de transférer la maîtrise d'ouvrage d'une opération à un partenaire et de lui confier une mission globale portant principalement sur la construction, la transformation d'ouvrages ou d'équipements nécessaires au service public ou à l'exercice d'une mission d'intérêt général et intégrant tout ou partie de leur financement.

Ce marché de partenariat ne pourra être mis en œuvre qu'à compter du 1^{er} avril 2016, date de mise en application de la réforme des marchés publics.

Ce marché global est **réservé à certaines opérations importantes** que les personnes publiques ne seraient pas en mesure de mener à bien avec leurs ressources financières propres lorsqu'elles pourront **démontrer que son bilan est plus favorable** que celui des autres modes de réalisation du projet. Son **utilisation n'est donc pas libre** et nécessite des études préalables permettant de démontrer que ces conditions sont réunies.

Bien que le marché de partenariat, comme le contrat de partenariat, n'ait pas été conçu comme un outil de réalisation d'une opération d'aménagement, mais de façon plus limitée pour faciliter la réalisation d'ouvrages et leur exploitation/maintenance par la mobilisation de financements privés, le caractère global des missions qui peuvent être confiées au titulaire/partenaire et l'ensemble des caractéristiques définies pour ce type de contrat en font **un cadre possible pour la réalisation d'une opération d'aménagement et une alternative à la concession**. Cependant, des différences substantielles distinguent les deux contrats et le marché de partenariat soulève à ce jour quelques difficultés.

2. PRATIQUE ACTUELLE

2.1 Le marché de partenariat permet de confier au titulaire des missions qui peuvent être celles d'un aménageur.

L'article 67 de l'ordonnance définit un contenu variable des missions pouvant être confiées tout en fixant un contenu minimum obligatoire. Le contenu des missions confiées au travers d'un marché de partenariat se définit donc au cas par cas.

- La mission globale du partenaire doit obligatoirement comporter au moins deux éléments, à savoir (Article 67.I de l'ordonnance) :

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

2° **Tout ou partie de leur financement.**

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

- En outre, le contrat de partenariat peut comporter des éléments facultatifs (Article 67.II et III de l'ordonnance):

« II. – Cette mission globale **peut également avoir pour objet :**

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

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

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

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

Il convient de noter que **c'est la réalisation d'ouvrages ou d'équipements qui est l'objet principal du contrat et qui le justifie**. Les autres missions ne sont que complémentaires à l'objet principal. Par ailleurs, comme les autres contrats de la commande publique, le marché de partenariat **ne permet pas de confier au titulaire les études préalables, l'acheteur doit définir ses besoins et s'assurer de la faisabilité de son opération et cela d'autant plus qu'il va devoir démontrer la pertinence du recours au marché de partenariat**.

2.2 Parmi les caractéristiques du marché de partenariat, certaines le rapprochent d'une concession, d'autres permettent de le distinguer

- Le titulaire du marché **peut également être chargé d'acquérir les biens nécessaires** à la réalisation de l'opération, y compris le cas échéant par voie d'expropriation (art. 68).

- **Afin de valoriser une partie du domaine, l'acheteur peut**, après avoir procédé, s'il y a lieu, à une délimitation des biens appartenant au domaine public, **autoriser le titulaire à procéder à des cessions pour des biens qui lui ont été préalablement cédés** (Art. 86.I).

Il peut également l'autoriser à consentir des autorisations d'occupation du domaine public ou à consentir des baux de droit privé pour des biens appartenant au domaine privé et à y constituer tous types de droits réels à durée limitée.

- Le titulaire peut être **autorisé à se procurer des recettes propres** en exploitant les ouvrages ou équipements pour répondre à d'autres besoins que ceux de l'acheteur.

Les **revenus issus de l'exercice d'activités annexes ou de la valorisation du domaine par le titulaire viennent diminuer le montant de la rémunération versée par l'acheteur**.

- Bien que le titulaire doive assurer tout ou partie du financement, une personne publique peut concourir au financement des investissements et les marchés de partenariat sont éligibles à des subventions et autres participations financières (Art. 80 I).

- **La durée du marché de partenariat est déterminée en fonction de la durée d'amortissement des investissements ou des modalités de financement retenues** (Art. 154 projet décret). Comme les conventions d'aménagement, le marché de partenariat est un contrat de longue durée.

- Un marché de partenariat peut être conclu pour la réalisation d'une opération répondant aux besoins d'une autre personne morale de droit public ou privé pour l'exercice de ses missions. Dans ce cas, une convention est signée entre l'acheteur qui conclut le marché de partenariat et l'organisme pour les besoins duquel le marché de partenariat est conclu (Art. 72 I)

L'acquisition et la cession de biens immobiliers relèvent des missions confiées à un aménageur et rapprochent ainsi le marché de partenariat d'une concession d'aménagement. La mission du titulaire du marché de partenariat n'est ainsi pas limitée à la seule réalisation des ouvrages, **cependant l'activité de valorisation ne pourra pas constituer la mission principale du titulaire**. Si le marché doit porter sur un aménagement d'un quartier, les ouvrages à réaliser doivent être au cœur de l'opération. Par ailleurs, les biens que le titulaire est autorisé à céder sont ceux qui lui ont été préalablement cédés.

L'ordonnance **ne traite pas du cas où le titulaire potentiel du marché pourrait être déjà propriétaire d'une partie des terrains** nécessaires à la réalisation de l'opération ?

Des biens qui appartiendraient au titulaire avant la conclusion du marché pourraient-ils alors entrer dans le périmètre du marché ? Pourraient-ils être pris en compte au titre d'un financement en nature de l'opération ? Comment seront prises en compte les recettes de cession de ces biens dans le bilan de l'opération ? L'ordonnance prévoit que les recettes de valorisation du « domaine » viennent diminuer le montant de la rémunération versée par l'acheteur. Là encore, l'ordonnance ne vise que les recettes de valorisation du domaine et pas les recettes de valorisation de biens autres tels que ceux déjà détenus par le titulaire.

Ces éléments montrent que, même si certaines caractéristiques du marché de partenariat permettent de l'identifier comme un contrat permettant de réaliser une opération d'aménagement, le marché de partenariat n'a pas été pensé en 1^{er} lieu pour les opérations d'aménagement et que sa mise en œuvre nécessitera certainement quelques précautions.

Caractéristiques plus spécifiques au marché de partenariat :

- Le marché de partenariat est un « marché public » et comme tout marché (et contrairement aux concessions), **le titulaire est rémunéré par l'acheteur et non par des tiers**. Cependant, contrairement aux marchés classiques, cette rémunération n'est versée qu'à compter de l'achèvement de la réalisation des travaux de construction, transformation, rénovation et pendant toute la durée du contrat (Art. 83). **Le paiement différé est donc autorisé dans ce type de contrat**.

La rémunération **est liée à des objectifs de performance** assignés au titulaire pour chaque phase du contrat.

Pour le calcul de la rémunération du titulaire, sont pris en compte et distingués (Art. 151 projet de décret) :

- 1° Les coûts d'investissement, notamment les coûts d'étude et de conception, les coûts de construction, les coûts annexes à la construction et les frais financiers intercalaires ;
- 2° Les coûts de fonctionnement ;
- 3° Les coûts de financement ;
- 4° Le cas échéant, les revenus issus de l'exercice d'activités annexes ou de la valorisation du domaine.

Il convient de noter que **la rémunération du titulaire doit principalement provenir de l'acheteur**. Si, comme indiqué ci-dessus, le titulaire est autorisé à réaliser des **activités annexes**

ou à valoriser le domaine par la cession de biens, ces revenus **viennent diminuer la rémunération versée et ne constituent pas une rémunération supplémentaire**. Ils n'apparaissent pas pouvoir constituer à eux seuls la rémunération du titulaire.

Si aucun plafond n'est fixé par l'ordonnance quant au montant des recettes annexes, elles ne peuvent se substituer totalement à la rémunération versée par l'acheteur ou devenir la rémunération principale du titulaire sans remettre en cause le cas échéant la nature même du contrat. Le mode de rémunération distinguant le marché de la concession.

- **Le marché de partenariat fixe les conditions dans lesquelles est établi le partage des risques entre l'acheteur et le titulaire (Article 70).**

Dans la mesure où le marché de partenariat est une catégorie de marché, **les risques d'exploitation ne peuvent pas être transférés au titulaire, ce transfert étant une caractéristique propre aux concessions**.

En effet, dans le cadre des concessions, la rémunération du concessionnaire consiste soit dans le droit d'exploiter l'ouvrage ou le service qui fait l'objet du contrat, soit dans ce droit assorti d'un prix et implique le transfert au concessionnaire d'un risque lié à l'exploitation de cet ouvrage ou de ce service.

« La part de risque transférée au concessionnaire implique une réelle exposition aux aléas du marché, de sorte que toute perte potentielle supportée par le concessionnaire ne doit pas être purement nominale ou négligeable. Le concessionnaire assume le risque d'exploitation lorsque, dans des conditions d'exploitation normales, il n'est pas assuré d'amortir les investissements ou les coûts qu'il a supportés, liés à l'exploitation de l'ouvrage ou du service. »

En conséquence, la rémunération du titulaire du marché ne peut être uniquement liée aux recettes de cession des terrains aménagés.

- **Le titulaire d'un marché de partenariat doit s'engager à confier à des PME ou à des artisans au moins 10% du montant prévisionnel du contrat hors coût de financement.** La part d'exécution du contrat que le soumissionnaire s'engage à confier à des PME ou à des artisans doit être un critère d'attribution du marché.
- **Jusqu'au terme du contrat, le titulaire est propriétaire des installations, équipements ou ouvrages édifiés (art. 85. II, III, IV) :**
 - o **Le marché de partenariat fixe les conditions dans lesquelles les ouvrages, équipements ou biens immatériels sont mis à la disposition de l'acheteur.**
 - o Le marché de partenariat peut prévoir la possibilité pour l'acheteur d'exercer une option lui permettant d'acquérir, avant le terme fixé par l'autorisation d'occupation, les installations édifiées dans le cadre du contrat.
 - o Le marché de partenariat prévoit les conséquences de la fin, anticipée ou non, du contrat en ce qui concerne la propriété des ouvrages, équipements ou biens immatériels.

Contrairement à une concession, le marché de partenariat ne connaît pas la notion de biens de retour, biens qui appartiennent au concédant au fur et à mesure de leur réalisation.

Le schéma de fin de contrat devrait être celui d'une remise gratuite à la personne publique dès lors que la durée du marché aura été définie en fonction de l'amortissement des investissements. Mais l'ordonnance ne fixant aucune règle, le contrat peut également prévoir que les ouvrages restent en tout ou partie la propriété du titulaire.

Ces particularités du marché de partenariat n'empêchent cependant pas son utilisation éventuelle pour la mise en œuvre d'un aménagement.

Cependant, le code de l'urbanisme a déjà prévu un cadre de « marché » pour les opérations d'aménagement, la concession d'aménagement sans transfert du risque d'exploitation qui se rapproche en fait du marché de partenariat mais qui est plus adapté aux opérations d'aménagement et moins contraignant dans sa mise en œuvre (sauf pour les opérations qui portent sur des investissements (ensemble des dépenses effectuées par l'autorité concédante pour la réalisation du projet) dont le montant hors taxe est égal ou supérieur à 100 M€ HT pour lesquelles une évaluation ayant pour objet de comparer les différents modes envisageables de réalisation du projet doit être réalisée.)

2.3 Le recours au marché de partenariat est soumis à conditions :

Le marché de partenariat ne peut être mis en œuvre que lorsque la valeur du marché dépasse un certain seuil et lorsque l'acheteur pourra faire la démonstration de son bilan plus favorable que celui des autres modes de réalisation du projet.

- **Seules les opérations au-delà d'un certain seuil peuvent faire l'objet d'un marché de partenariat :**

Le marché de partenariat ne peut être mis en œuvre que **lorsque la valeur du marché** (totalité de la rémunération estimée du titulaire pendant toute la durée du contrat) **est supérieure à un seuil** (art. 75.II Ord. 2015) défini à ce jour par le projet de décret à :

- 1° 5 M€HT lorsque l'objet principal du marché de partenariat porte sur des biens immatériels, des systèmes d'information ou des équipements autres que des ouvrages ;
- 2° **10 M€HT** lorsque l'objet principal du marché de partenariat porte sur :
 - a) **Des ouvrages d'infrastructure de réseau, notamment dans le domaine de l'énergie, des transports, de l'aménagement urbain et de l'assainissement ;**
 - b) **Des ouvrages de bâtiment lorsque la mission confiée au titulaire ne comprend ni l'aménagement, l'entretien, la maintenance, la gestion ou l'exploitation d'ouvrages, ni la gestion d'une mission de service public ou des prestations de services concourant à l'exercice, par la personne publique, de la mission de service public dont elle est chargée.**
- 3° **20 M€HT** lorsque l'objet principal du marché de partenariat porte sur des prestations ou des ouvrages autres que ceux mentionnés ci-dessus.

Dérogation : aucun seuil lorsque le contrat comporte des objectifs chiffrés de performance énergétique et prévoit que la rémunération du titulaire est déterminée en fonction de l'atteinte de ces objectifs.

- **Bilan plus favorable que celui des autres modes de réalisation du projet (Art. 75.I) :**

Le marché de partenariat ne peut être engagé que si l'acheteur démontre que, compte tenu des caractéristiques du projet envisagé, des exigences de service public ou de la mission d'intérêt général dont l'acheteur est chargé, ou des insuffisances et difficultés observées dans la réalisation de projets comparables, **le recours à un tel contrat présente un bilan plus favorable, notamment sur le plan financier, que celui des autres modes de réalisation du projet.** Le critère du paiement différé ne saurait à lui seul constituer un avantage.

Le bilan doit démontrer que ce contrat présente une plus grande efficacité économique que les autres modes de réalisation du projet envisageables. Cette efficacité est appréciée globalement selon une approche fondée sur le rapport entre coût et performance, au regard notamment (Article 145 projet de décret) :

- 1° Du transfert de la maîtrise d'ouvrage au titulaire pour la conduite opérationnelle du projet, compte tenu du partage des risques, de la complexité de l'opération et des capacités, des compétences et des moyens dont dispose l'acheteur ;
- 2° Du périmètre de la mission globale confiée au titulaire pour optimiser le coût global du projet et les délais de réalisation, imposer des objectifs de performance et maîtriser la complexité d'ensemble de l'opération ;
- 3° Du financement, total ou partiel, des investissements par le titulaire pour l'atteinte d'objectifs d'efficacité économique du projet, notamment en matière de transfert de risque et de performance ;
- 4° Du financement, total ou partiel, des investissements par le titulaire au regard de la soutenabilité budgétaire de l'opération.

La décision de recourir à un marché de partenariat doit être précédée de **la réalisation de l'évaluation du mode de réalisation du projet** (art. 74) qui a pour objet de comparer les différents modes envisageables de réalisation du projet. Cette évaluation comporte une analyse en coût complet et tout élément permettant d'éclairer l'acheteur dans le choix du mode de réalisation de ce projet (art. 40). Elle est soumise pour avis à un organisme expert créé par voie réglementaire (art. 76).

L'acheteur réalise également **une étude de soutenabilité budgétaire** qui apprécie notamment les conséquences du contrat sur les finances publiques et la disponibilité des crédits (art. 74).

- Elle comporte notamment le coût prévisionnel global du contrat en moyenne annuelle et l'indication de la part que ce coût représente par rapport à la capacité de financement annuelle de l'acheteur (art. 141 projet décret)
- Elle est soumise pour avis au service de l'Etat compétent (art. 76).

2.4 Procédure de mise en concurrence

Le marché de partenariat est un marché soumis aux règles de publicité et de mise en concurrence définies par l'ordonnance du 23 juillet et son décret d'application à compter du 1^{er} avril 2016.

Compte tenu du seuil de mise en œuvre du marché de partenariat fixé par le projet de décret d'application de l'ordonnance du 23 juillet 2015, **le marché de partenariat sera toujours soumis à une procédure formalisée.**

Le marché sera donc conclu selon la procédure d'appel d'offres, la procédure concurrentielle avec négociation ou la procédure de dialogue compétitif selon que les conditions propres à chaque procédure seront réunies.

Cependant, compte tenu de la complexité de ce type de contrat, de l'intégration du projet architectural dans les offres, **la procédure de dialogue compétitif apparaît la procédure la plus adaptée à mettre en œuvre.**

3. EVOLUTION VERS LAQUELLE ALLER ?

Pour que le marché de partenariat puisse être plus adapté à la réalisation d'une opération d'aménagement, il faudrait que les textes soient plus précis notamment sur la prise en compte des terrains dont le futur titulaire du marché peut être propriétaire :

- Ils peuvent être intégrés au périmètre de l'opération
- Ils peuvent être considérés comme une modalité de financement par le titulaire
- Ils peuvent être valorisés

Cependant, comme indiqué ci-dessus en page 2, le marché de partenariat reste un outil contractuel principalement tourné vers la réalisation d'ouvrages et leur financement, voire leur exploitation. Si l'acquisition et la cession de biens, qui ne sont abordées dans les textes qu'à titre de missions accessoires, devenaient l'objet principal du contrat, la question pourrait se poser de savoir si le contrat reste un marché de partenariat ou bien s'il doit entrer dans une autre catégorie contractuelle ? Il est constant que la qualification d'un contrat, et donc son régime juridique, ne dépend pas de la qualification identifiée par les parties, mais du contenu du contrat lui-même.

Le marché de partenariat n'est donc pas antinomique avec la mise en œuvre d'un projet urbain, dès lors que celui-ci accompagne seulement la réalisation de l'ouvrage, l'ouvrage à réaliser restant l'élément principal du marché.

Par ailleurs, sa pertinence en tant qu'outil d'aménagement devra être préalablement posée compte tenu de l'existence de l'outil de la « concession d'aménagement » de type marché, ne transférant également pas un risque d'exploitation et sans condition d'utilisation relative au montant de l'opération. Pour chaque opération, selon le contenu des missions à confier au titulaire, une analyse devra être faite de la pertinence de l'un ou l'autre de ces outils dès lors bien entendu que la personne publique n'entend pas faire porter le risque d'exploitation à son cocontractant, car auquel cas, le contrat devrait « retomber » dans le régime « classique » de la concession d'aménagement aux risques du concessionnaire.

Les personnes publiques pourraient par ailleurs, le cas échéant, cumuler la concession et le marché de partenariat lorsque notamment au sein d'une opération d'aménagement, un ouvrage important de bâtiment qui dépasserait les besoins des acquéreurs de la zone, devrait être réalisé. En ce cas cependant, il y aurait bien deux contrats distincts, conclus chacun après mise en concurrence selon ses règles propres.

Il faut également préciser que l'ordonnance du 23 juillet 2005 relative aux marchés publics ainsi que l'ordonnance du 29 janvier 2016 relative aux concessions envisagent la possibilité pour un contrat de mixer des éléments relevant des marchés publics et des éléments relevant des concessions. Cependant, si le mixage peut s'envisager, il conviendra d'étudier au cas par cas l'ensemble de ses conséquences sur le fonctionnement des différentes caractéristiques des contrats.