

REFORME DE LA COMMANDE PUBLIQUE

LIVRET 2

LES MARCHES DE PARTENARIAT

*Ordonnance N°2015-899 du 23 juillet 2015
relative aux marchés publics et Décret N°2016-360
du 25 mars 2016 relatif aux marchés publics*



Institut de la
gestion déléguée

SOMMAIRE

CONTEXTE	p. 3
I. QU'EST-CE QU'UN MARCHÉ DE PARTENARIAT ?	p.4
I.1. Le marché de partenariat est un marché public.....	p.4
I.2. Le marché de partenariat n'est pas un marché public comme les autres	p.7
I.3. Quelles principales différences entre un marché public classique, un marché public global et un marché de partenariat ?.....	p.10
II. PROCÉDURE DE PASSATION D'UN MARCHÉ DE PARTENARIAT	p.12
II.1. Le lancement de la procédure de passation	p.14
II.2. Le déroulement de la procédure de passation.....	p.19
II.3. L'achèvement de la procédure de passation	p.25
III. EXÉCUTION D'UN MARCHÉ DE PARTENARIAT	p.27

CONTEXTE

L'article 42 de la loi n° 2014-1545 du 20 décembre 2014 relative à la simplification de la vie des entreprises et portant diverses dispositions de simplification et de clarification du droit et des procédures administratives a habilité le gouvernement à procéder par voie d'ordonnance pour transposer en droit français deux Directives du Parlement européen et du Conseil :

- >> La directive 2014/24/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 sur la passation des marchés publics et abrogeant la directive 2004/18/CE (dite « secteurs classiques »)
- >> La directive 2014/25/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 relative à la passation de marchés par des entités opérant dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux et abrogeant la directive 2004/17/CE (dite « secteurs spéciaux »).

Le gouvernement a adopté **trois textes relatifs aux marchés publics** :

- >> **L'ordonnance n°2015-899 du 23 juillet 2015** relative aux marchés publics (ci-après « ordonnance »)
- >> **Le décret n°2016-360 du 25 mars 2016** relatif aux marchés publics (ci-après « décret »)
- >> **Le décret n°2016-361 du 25 mars 2016** relatif aux marchés de défense ou de sécurité (non traité dans cette analyse)

L'intégralité de leurs dispositions sont entrées en vigueur le **1^{er} avril 2016** pour les contrats dont la consultation a été lancée à compter de cette date.

En complément, un arrêté et cinq avis sont également parus au Journal Officiel :

- >> Un avis relatif aux seuils de procédure et à la liste des autorités publiques centrales en droit de la commande publique ;
- >> Un avis relatif à la liste des activités qui sont des travaux en droit de la commande publique ;
- >> Un avis relatif à la liste des dispositions internationales en matière de droit environnemental, social et du travail permettant de rejeter une offre comme anormalement basse en matière de marchés publics ;
- >> Un avis relatif à la nature et au contenu des spécifications techniques dans les marchés publics ;
- >> Un avis relatif aux contrats de la commande publique ayant pour objet des services sociaux et autres services spécifiques ;
- >> Un arrêté du 29 mars 2016 fixant la liste des renseignements et des documents pouvant être demandés aux candidats aux marchés publics.

DROIT APPLICABLE AVANT LE 1ER AVRIL 2016		DROIT APPLICABLE DEPUIS LE 1ER AVRIL 2016	
MARCHÉS PUBLICS		ORDONNANCE « MARCHÉS PUBLICS »	
Passés par l'Etat, ses établissements publics autres que ceux ayant un caractère industriel et commercial, les collectivités territoriales et les établissements publics locaux :	Passés par certaines personnes publiques ou privées non soumises au code des marchés publics :	↓	↓
> Code des marchés publics	> Ordonnance n°2005-649 du 6 juin 2005 > Décret n°2005-1742 du 30 décembre 2005 > Décret n°2005-1308 du 20 octobre 2005	MARCHÉS PUBLICS	MARCHÉ DE PARTENARIAT
		↙ ↘	
		Marchés publics de travaux, de fournitures et/ou de services	Marchés publics globaux
CONTRATS DE PARTENARIAT			
Passés par l'Etat > Ordonnance n°2004-559 du 17 juin 2004 > Décret n°2009-243 du 2 mars 2009 > Décret n°2012-1093 du 27 septembre 2012	Passés par les collectivités territoriales : Art L.1414-1 à L.1414-16 du CGCT Art R. 1414-8 et D. 1414-1 à D. 1414-9 du CGCT	> Ordonnance N°2015-899 du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics et Décret N°2016-360 du 25 mars 2016 relatif aux marchés publics	

I. QU'EST-CE QU'UN MARCHÉ DE PARTENARIAT ?

Un marché de partenariat est un **marché public** qui permet de confier à un **opérateur économique** ou à un groupement d'opérateurs économiques une **mission globale** qui se compose obligatoirement de **deux objets principaux** :

- > 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 ;
- > Tout ou partie de leur **financement**.

La maîtrise d'ouvrage est privée car elle est assurée par le titulaire du marché de partenariat.

Cette mission globale peut également avoir des **objets facultatifs** consistant en :

- > Tout ou partie de la conception des ouvrages, équipements ou biens immatériels ;
- > 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 ;
- > 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.

I.1. LE MARCHÉ DE PARTENARIAT EST UN MARCHÉ PUBLIC¹

L'ordonnance du 23 juillet 2015 procède à un **élargissement du droit des marchés publics avec quatre points majeurs**.

I.1.A. UN SEUL TEXTE POUR LES MARCHÉS PUBLICS ET LES MARCHÉS DE PARTENARIAT

Le marché de partenariat est défini comme étant un marché public. En effet, afin de s'aligner sur l'une des catégories binaires du Droit de l'Union européenne, la France a choisi de le rattacher expressément à **la catégorie des « marchés publics »** et non à celle des « concessions ».

En conséquence, tous ces contrats sont soumis aux trois principes de la commande publique : **la liberté d'accès** à la commande publique, **l'égalité de traitement** des candidats et **la transparence des procédures**².

1 Articles 4 et 5 de l'ordonnance

2 Article 1^{er} de l'ordonnance

I.1.B. UN SEUL TEXTE POUR LES ACHETEURS PUBLICS ET LES ACHETEURS PRIVÉS

L'ordonnance constitue désormais un **socle commun aux acheteurs publics et privés**³ alors qu'ils étaient auparavant régis par des règles différentes fragmentées en deux textes (le code des marchés publics et l'ordonnance n°2005-649 du 6 juin 2005).

Sous l'ancienne appellation d'« acheteurs », l'ordonnance désigne donc à la fois **les pouvoirs adjudicateurs et les entités adjudicatrices** qu'il convient de distinguer.

En ce qui concerne les pouvoirs adjudicateurs, la notion est la même que celle retenue en droit des concessions⁴ avec **trois catégories d'acheteurs** :

> **Les personnes morales de droit public** (*une commune, un département, une région, un établissement public de coopération intercommunale, un établissement public industriel et commercial de l'Etat, un établissement public administratif, un groupement d'intérêt public...*)

> **Les organismes de droit privé** dotés de la personnalité juridique constitués par des pouvoirs adjudicateurs en vue de réaliser certaines activités en commun (*une association ou un groupement formé par plusieurs pouvoirs adjudicateurs*).

> **Les personnes morales de droit privé créées pour satisfaire spécifiquement des besoins d'intérêt général ayant un caractère autre qu'industriel et commercial**, sous réserve, le cas échéant, de remplir une des trois conditions alternatives⁵ suivantes :

- Un financement majoritaire par un pouvoir adjudicateur ;
- Un contrôle de gestion assuré par un pouvoir adjudicateur ;
- Un organe d'administration, de direction ou de surveillance dont la moitié des membres est désignée par un pouvoir adjudicateur.

Concrètement, cela signifie que si une société d'économie mixte locale, une société publique locale ou une association loi 1901 satisfaisait à ces conditions, elle aurait la qualité d'organisme de droit public et, en conséquence, les marchés qu'elle contracterait entreraient dans le droit commun des marchés publics avec le formalisme qui s'y attache. C'est une identification au cas par cas.

En ce qui concerne les entités adjudicatrices, la notion est également la même qu'en droit des concessions⁶.

La notion d'entité adjudicatrice désigne les pouvoirs adjudicateurs ou les entreprises publiques ou les organismes de droit privé qui exercent une activité d'opérateur de réseaux dans les secteurs de l'énergie (gaz, chaleur, électricité, etc.), de l'eau, des transports et des services postaux.

NB : Un même acheteur, selon son domaine d'intervention, pourra donc être un pouvoir adjudicateur ou une entité adjudicatrice.

I.1.C. UNE REDÉFINITION DE L'ACCORD-CADRE ET UNE EXTENSION DE LA PRATIQUE AUX MARCHÉS DE PARTENARIAT

L'ordonnance pose une **nouvelle définition de l'accord-cadre**, une technique d'achat particulière⁹. C'est, avant tout, un **contrat** conclu par un ou plusieurs acheteurs soumis à l'ordonnance du 23 juillet 2015 avec un ou plusieurs opérateurs économiques ayant pour objet d'établir **les règles relatives aux bons de commande à émettre ou les termes régissant les marchés subséquents à passer au cours d'une période donnée**, notamment en ce qui concerne les prix et, le cas échéant, les quantités envisagées.

REMARQUE

Il existe des acheteurs qui ne sont **pas autorisés à recourir directement au marché de partenariat**⁷. Mais des projets de marchés peuvent être conclus pour leur compte après instruction par le ministre de tutelle⁸ :

- les établissements publics de santé

- les structures de coopération sanitaire dotées de la personnalité morale publique

- les organismes qui ne peuvent pas non plus, en vertu de l'article 12 - I de la loi du 28 décembre 2010, contracter un emprunt dont le terme est supérieur à douze mois, ni émettre un titre de créance dont le terme excède cette durée. La liste exhaustive des organismes divers d'administration centrale (ODAC) concernés est fournie par l'arrêté ministériel du 28 septembre 2011.

3 Article 9 de l'ordonnance

4 Article 9 de l'ordonnance relative aux concessions

5 Article 10 de l'ordonnance

Contrairement à la rédaction des textes du Code des marchés publics et de l'ordonnance du 6 juin 2005, le contrat passé par l'acheteur n'est plus soit un marché public soit un accord-cadre mais l'accord-cadre est désormais un marché public soumis aux règles afférentes.

De même, contrairement à la distinction faite dans le Code des marchés publics et l'ordonnance du 6 juin 2005 entre les marchés à bons de commande et les accords-cadres, la notion d'accord cadre recouvre désormais ces deux contrats.



Sur ce point, le principal apport de l'ordonnance est de permettre la **conclusion d'un marché de partenariat sous la forme d'un accord-cadre, avec une réalisation de l'évaluation préalable et de l'étude de soutenabilité budgétaire avant le lancement de l'accord-cadre, et non pas pour chaque marché subséquent.**

C'est là une nouveauté qui, dans la pratique, peut s'avérer stratégique pour mener à bien certains projets standardisés en une seule grande opération grâce à un processus en deux étapes. La première étape serait, *via* un accord-cadre, de choisir un investisseur ou un maître d'ouvrage privé (sur la base de critères financiers, techniques, organisationnels ou contractuels par exemple) avant, dans une seconde étape, de choisir des entreprises et des prêteurs et de conclure des marchés de partenariat subséquents selon une approche par lots.

L'objectif est notamment de pouvoir mutualiser des projets sur un territoire donné en lançant un programme de travaux, soit sur un même type de travaux (rénovation énergétiques de toutes les écoles du Département, programme de réalisation de logements étudiants...), soit sur des projets urbain multi-produits (tramway, gendarmerie...).

L'idée serait qu'une collectivité territoriale ou un regroupement de collectivités territoriales¹⁰ lance un appel d'offres accord-cadre mono-attributaire avec une première mise en concurrence pour la passation de l'accord-cadre.

Cette procédure permettrait de choisir une équipe (groupement ou société de projet) constituée d'investisseurs, bureaux d'études, ingénierie technique....et un projet avec ses grandes caractéristiques sur la base d'une enveloppe financière globale.

Cette société de projet pourrait d'ailleurs intégrer, dans son actionnariat, la collectivité territoriale porteuse du projet comme le permettent les textes¹¹.

La société de projet lancerait alors des études plus détaillées pour établir les cahiers des charges des différents projets et consulterait les entreprises pour « entrer » dans un prix-enveloppe par projet, fixé en accord avec la collectivité territoriale.

Sur cette base, les marchés subséquents qui prendraient la forme de marchés de partenariat avec un loyer versé par la collectivité territoriale seraient conclus entre la collectivité territoriale et la société de projet ad hoc constituée des mêmes actionnaires.

6 Article 10 de l'ordonnance relative aux concessions

7 Article 71 de l'ordonnance

8 Article 146 du décret + une doctrine d'emploi est attendue sur le sujet de la part de l'organisme expert

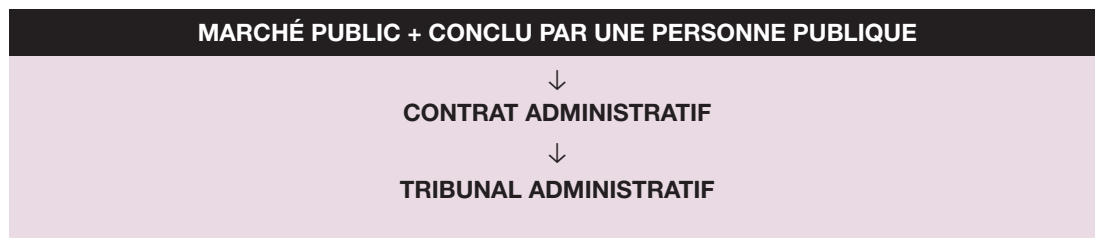
9 Articles 78 et 79 du décret

10 Article 73 de l'ordonnance

11 Article 80 de l'ordonnance

I.1.D. TOUS LES CONTRATS CONCLUS EN APPLICATION DE L'ORDONNANCE SONT DES « MARCHÉS PUBLICS »

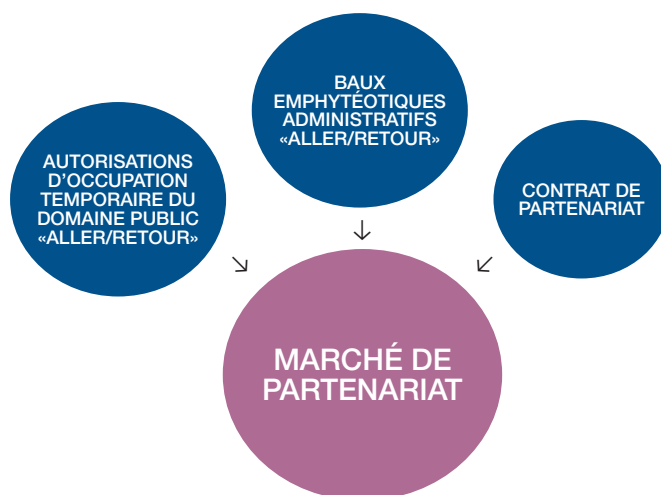
Mais tous ne sont pas des contrats administratifs. Seuls les marchés publics conclus par une personne morale de droit public sont des contrats administratifs : il existe donc, de manière exceptionnelle, des marchés publics qui sont des contrats de droit privé relevant du juge judiciaire.



I.2. LE MARCHÉ DE PARTENARIAT N'EST PAS UN MARCHÉ PUBLIC COMME LES AUTRES

Le marché de partenariat est un contrat global de longue durée, à financement privé, avec un paiement public différé.

Le **marché de partenariat** prend la suite du contrat de partenariat et remplace tous les partenariats public-privé assimilés (BEA et AOT).



I.2.A. UNE MISSION GLOBALE DE LONGUE DURÉE

> **Deux nouveautés** par rapport à l'objet de l'ancien contrat de partenariat :

- **Les missions d'entretien et de maintenance** ne sont plus obligatoires mais **facultatives**. Avant la réforme, seule tout ou partie de la conception était un objet accessoire du contrat de partenariat.
- **La gestion d'une mission de service public** peut être intégrée dans le marché de partenariat. Le titulaire du marché de partenariat peut donc être associé à une mission de service public soit directement (lorsque la mission inclut la gestion d'une telle mission), soit indirectement (lorsque la mission inclut la prestation de services concourant à l'exercice d'une telle mission).

> **La durée** est toujours **fonction de la durée d'amortissement des investissements** ou **des modalités de financement retenues**¹².

I.2.B. UN FINANCEMENT PRIVÉ EN TOUT OU PARTIE

> **La confirmation de la possibilité d'un financement « public » des investissements :**

- A l'origine, le contrat de partenariat supposait un financement intégralement privé des investissements. Au gré des précédentes réformes, le financement des investissements avait finalement été ouvert à un **concours de la personne publique** (*octroi de subventions, autres participations financières...*).
- **Ce dispositif a été maintenu et consolidé**¹³ : l'ordonnance fait disparaître toute exigence de « financement majoritaire » du projet par le titulaire et le concours de la personne publique peut désormais prendre la forme d'une **participation minoritaire au capital de la société de projet**.

I.2.C. UN PAIEMENT PUBLIC DIFFÉRÉ

> **Le paiement de la rémunération** du titulaire est fait **par l'acheteur** en principe, à compter de la mise à disposition des ouvrages¹⁴. Il est dit « différé » parce qu'il ne rémunère les prestations commandées par l'acheteur, non pas au fur et à mesure de leur exécution (comme en marché public) mais de manière « différée » , à **l'achèvement des opérations principales et obligatoires du marché de partenariat**¹⁵, ce qui suppose, par définition, un pré-financement privé mis en place par le titulaire du contrat.

> La possibilité pour l'acheteur de procéder à des versements anticipés, dès la phase de construction, a été consacrée¹⁶. La notion « d'acomptes » visée dans le texte recouvre les notions de « pré-loyers » ou « avances sur loyers » prévues dans les contrats.

> **La rémunération du titulaire** est toujours **liée à des objectifs de performance** qui lui sont assignés **pour chaque phase du contrat**¹⁷.

> **Le calcul** de la rémunération du titulaire prend en compte **plusieurs coûts (d'investissement, de fonctionnement ou de financement)**¹⁸ dans des conditions précisées par le contrat.

> La rémunération peut faire l'objet de **variations** (si les motifs et les modalités sont prévus dans le contrat) mais aussi de **diminutions** en fonction des **revenus issus de l'exercice d'activités annexes** ou des **recettes tirées de la valorisation du domaine** par le titulaire¹⁹.

Cette possibilité de recettes annexes est expressément consacrée pour le marché de partenariat mais pas pour les marchés publics, ni les marchés publics globaux.

12 Article 144 du décret

13 Article 80 de l'ordonnance

14 Article 83 de l'ordonnance

15 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

16 Article 83 de l'ordonnance

17 Article 83 de l'ordonnance

18 Article 161 du décret

19 Article 83 de l'ordonnance et article 161 du décret



CE QUE DEVIENNENT LES BAUX EMPHYTÉOTIQUES ADMINISTRATIFS ET LES BAUX SECTORIELS

> LES BAUX EMPHYTÉOTIQUES ADMINISTRATIFS

Le **bail emphytéotique administratif** (BEA) est un contrat de location d'un bien immobilier (généralement un terrain) appartenant au domaine public d'une personne publique²⁰ qui permet la constitution de droits réels²¹. En principe, il doit être conclu soit en vue de la réalisation d'une opération d'intérêt général relevant de la compétence de la collectivité territoriale, soit en vue de l'accomplissement, pour son propre compte, d'une mission de service public.

Avant la réforme, cet instrument présentait notamment l'avantage de rendre possible un **montage aller-retour** dans lequel la personne publique, en louant une parcelle à un tiers, lui confiait également une mission de construction d'un ouvrage ou d'un bâtiment qu'elle prenait ensuite en location jusqu'à la fin du bail.

Les autorisations d'occupation temporaire du domaine public constitutives de droits réels (AOT-DR), qui peuvent être délivrées par l'Etat²² ou par les collectivités locales²³, ont été utilisées de la même manière que les BEA pour des opérations dites « aller-retour ».

Depuis la réforme, il a été procédé à un recentrage des BEA et aux AOT sur leur fonction originelle d'outils d'occupation du domaine public. Il est désormais impossible de les utiliser aux fins de confier à un tiers la réalisation de travaux, la prestation de services, la livraison de fourniture ou la gestion d'une mission de service public pour le compte ou pour les besoins d'un acheteur soumis à l'ordonnance.

En d'autres termes, si les personnes publiques veulent recourir à des mécanismes semblables pour confier à un opérateur unique un contrat global avec un préfinancement et une maîtrise d'ouvrage privée, elles doivent obligatoirement avoir **recours à un marché de partenariat**.

Ainsi, certains petits projets dont le montant serait inférieur aux seuils fixés par l'ordonnance pourraient ne plus être possibles ni en marché de partenariat, ni en montage aller-retour. La recherche d'une mutualisation à l'échelle intercommunale pourrait alors constituer une alternative.

> LES BAUX SECTORIELS

Les baux sectoriels sont des baux emphytéotiques administratifs qui ont vocation à permettre la réalisation d'une opération liée aux besoins de la justice, de la police ou de la gendarmerie nationale (loi LOPSI du 29 août 2002, loi LOPJ du 9 septembre 2002).

Toutes les dispositions relatives aux baux sectoriels sont abrogées par l'ordonnance²⁴. Seul le marché de partenariat ou le marché public global sectoriel²⁵ permettent d'obtenir un dispositif similaire. La différence entre un bail sectoriel et un marché public global sectoriel repose essentiellement sur le paiement du prix qui est soumis à une interdiction de paiement différé en cas de marché public global sectoriel.

L'autorisation d'occupation du domaine public n'est désormais qu'une stipulation contractuelle du marché de partenariat²⁶, qui précise l'attribution ou non de droits réels²⁷.

20 Article L 1311 -2 CGCT

21 Les droits réels sont des droits qui portent sur un bien. Ce sont, par exemple, des servitudes, des hypothèques...

22 Article L212-6 CG3P

23 Article L 1311-5 CGCT

24 Articles 100 et 101 de l'ordonnance

25 Article 35 de l'ordonnance

26 Article 85 de l'ordonnance

27 Article 85 al.1 de l'ordonnance

I.3. QUELLES PRINCIPALES DIFFÉRENCES ENTRE UN MARCHÉ PUBLIC CLASSIQUE, UN MARCHÉ PUBLIC GLOBAL ET UN MARCHÉ DE PARTENARIAT ?

Le régime juridique des marchés publics repose notamment sur **trois règles spécifiques**, qui permettent ensuite, selon qu'elles s'appliquent ou non, de bien distinguer les marchés publics des marchés publics globaux et des marchés de partenariat.

> **L'obligation d'allotir**, issue du Code des marchés publics, consiste à découper le marché en lots par zone géographique ou type de prestations, ceci afin de favoriser l'accès des petites et moyennes entreprises et de répartir le risque de défaillance pour la bonne exécution des prestations.

Avant la réforme, seuls les acheteurs publics soumis au code des marchés publics devaient allotir leurs marchés.

Aujourd'hui, l'ordonnance généralise cette obligation en l'étendant aux marchés à procédure adaptée²⁸ et à **l'ensemble des acheteurs publics**, y compris ceux anciennement soumis à l'ordonnance du 6 juin 2005²⁹.

Des dérogations sont toutefois prévues sous certaines conditions et sous réserve d'une nouvelle **obligation de motiver le choix de ne pas allotir**³⁰ ; le décret en précise les modalités dans la mesure où cette justification intervient aussi bien en procédure formalisée (dans les documents de la consultation ou le rapport de présentation) qu'en dessous des seuils, en procédure adaptée (dans les documents relatifs à la procédure)³¹.

- Cette obligation ne s'applique pas aux marchés de partenariat ni aux marchés publics globaux.

> **L'interdiction de confier à la fois une mission de conception** et de construction à un même opérateur, issue de la loi MOP du 12 juillet 1985, est maintenue dans l'ordonnance pour les marchés publics classiques. En effet, le principe qui prévaut est que le marché public est monofonctionnel, qu'il n'a qu'un objet. Par exception, les marchés publics globaux et les marchés de partenariat sont multifonctionnels, ils ont un caractère global³², c'est-à-dire qu'ils confient plusieurs type de missions.

- Cette interdiction ne s'applique pas aux marchés de partenariat ni aux marchés publics globaux.

> **La prohibition du paiement différé**, consacrée dans le Code des marchés publics, implique le paiement immédiat du montant du marché à l'issue de la prestation. Elle est expressément confirmée par l'ordonnance³³ pour les marchés publics classiques passés par l'Etat, ses établissements publics, les collectivités territoriales et leurs établissements publics et les marchés publics globaux. A l'égard de ces marchés globaux, le texte précise d'ailleurs que « En cas de marché global ayant pour objet la réalisation et l'exploitation ou la maintenance d'un ouvrage, la rémunération des prestations d'exploitation ou de maintenance ne peut contribuer au paiement de la construction ».

- Cette prohibition ne s'applique pas aux marchés de partenariat.

28 C'est-à-dire les marchés dont la valeur estimée hors taxe du besoin est inférieure aux seuils européens publiés au JORF.

29 Article 32 de l'ordonnance

30 Article 32 de l'ordonnance

31 Article 12 du décret

32 Articles 33, 34, 35 et 67 de l'ordonnance

33 Article 60§1 de l'ordonnance

	MARCHÉS PUBLICS	MARCHÉS PUBLICS GLOBAUX	MARCHÉS DE PARTENARIAT ³⁴
Obligation d'allotir ³⁵	OUI	NON	NON
Interdiction de confier une mission de conception et de construction	OUI	NON	NON
Prohibition du paiement différé ³⁶	OUI	OUI	NON
Application du régime financier des règlements, avances et acomptes ³⁷	OUI	OUI	OUI et NON (Régime spécifique (O.83))
Application des dispositions relatives à la sous-traitance ³⁸	OUI	OUI	OUI et NON (la loi du 31 décembre 1975, titre III, s'applique aux rapports entre l'entreprise générale et ses sous-traitants)
Application des dispositions relatives au contenu du marché public (durée et prix) ³⁹	OUI	OUI	NON
Application du chapitre relatif à l'exécution financière du marché public ⁴⁰	OUI	OUI	NON

34 Article 66 de l'ordonnance et Article 143 du décret

35 Article 32 de l'ordonnance et Article 12 du décret

36 Article 60 de l'ordonnance

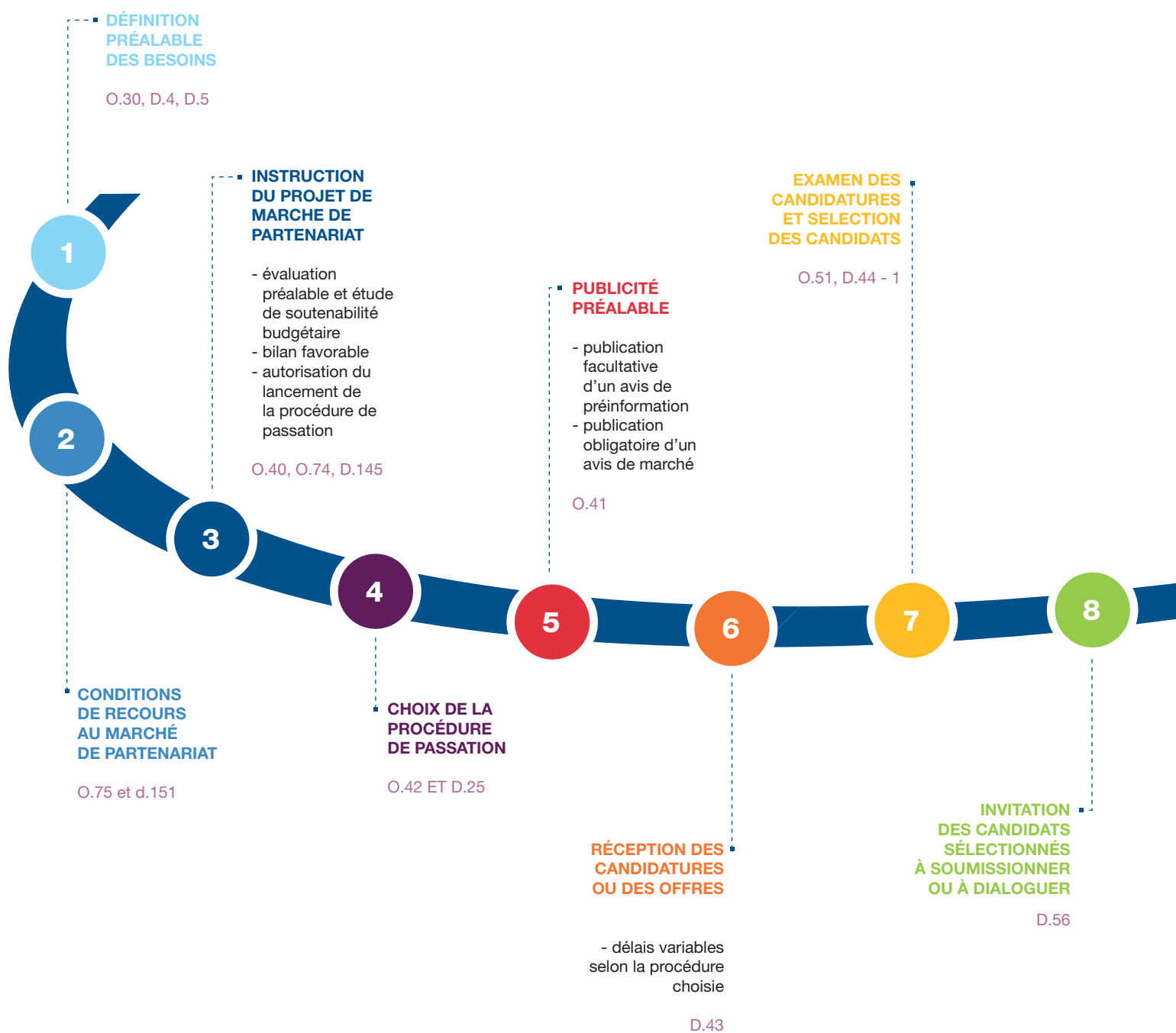
37 Article 59 de l'ordonnance

38 Article 61 de l'ordonnance

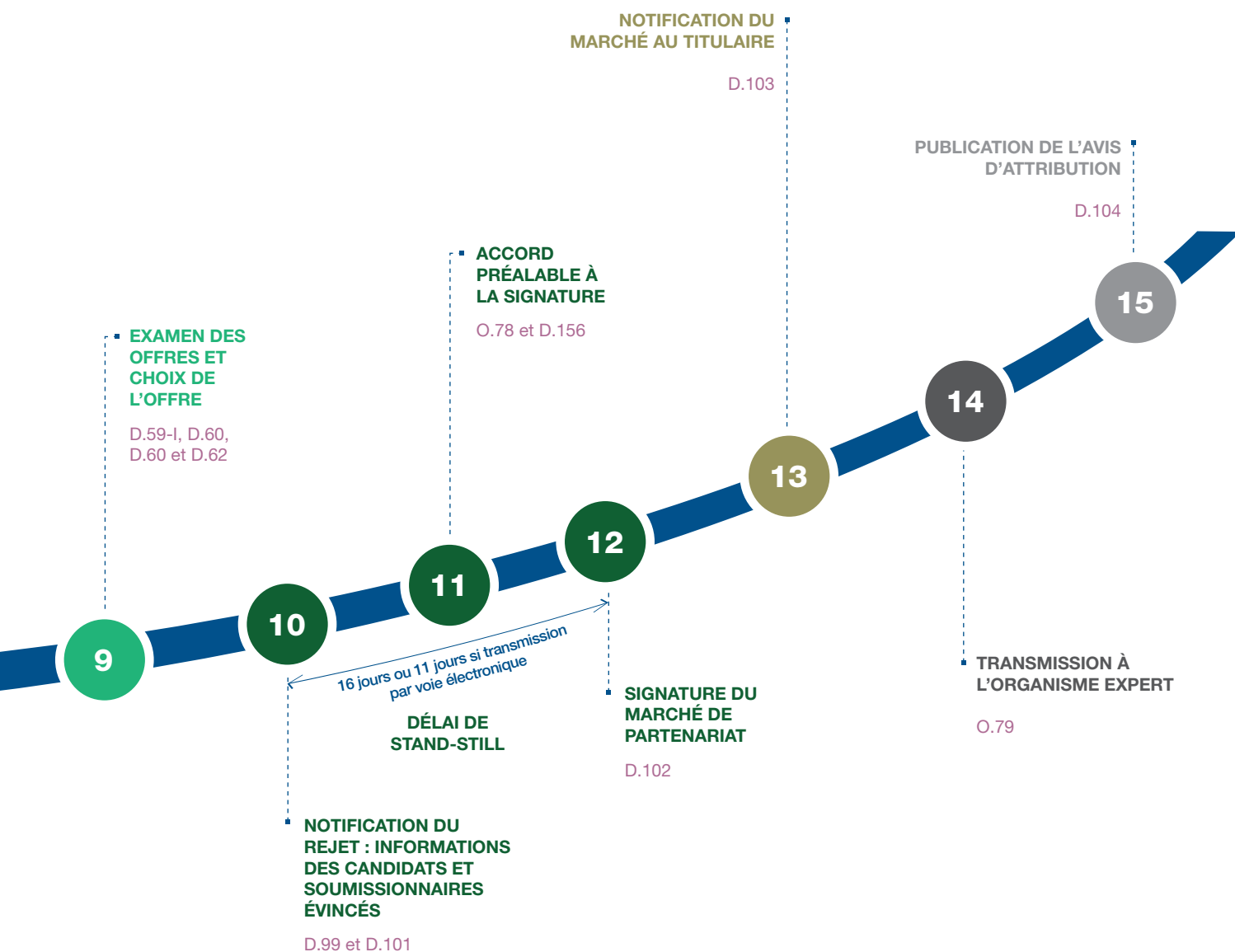
39 Article 16 à 19 du décret

40 Article 109 à 137 du décret

II. PROCEDURE DE PASSATION D'UN MARCHÉ DE PARTENARIAT



NB : La frise chronologique suivante a vocation à visualiser les principales étapes de la procédure de passation d'un marché de partenariat lorsqu'il est passé par un pouvoir adjudicateur. Par souci de lisibilité, chaque phase est détaillée dans les encadrés ci-après.



La procédure de passation du marché de partenariat comporte des particularités à deux stades :

- **Le lancement** de la procédure
- **L'achèvement** de la procédure

Le déroulement de la procédure de passation du marché de partenariat est soumis aux mêmes règles que les marchés publics (qui feront l'objet d'une étude distincte).

II.1. LE LANCEMENT DE LA PROCEDURE DE PASSATION

1

DEFINITION PREALABLE DES BESOINS

> L'acheteur public doit **déterminer la nature et l'étendue des besoins avec précision** avant tout lancement d'une consultation. Pour ce faire, il prend en compte des **objectifs de développement durable dans leurs dimensions économique, sociale et environnementale**. (O.30)

> Lors de la préparation de la passation d'un marché public - ici d'un marché de partenariat -, l'acheteur a la possibilité de solliciter les avis des entreprises sur un projet de marché ou simplement de les en informer, d'effectuer des consultations ou de réaliser des études de marchés. La reconnaissance et la sécurisation de cette **pratique du « sourçage »** est une nouveauté de la réforme. (D.4)

2

CONDITIONS DE RECOURS AU MARCHÉ DE PARTENARIAT

Avant tout, l'acheteur doit s'assurer que la valeur du marché de partenariat envisagé est supérieure à **un seuil minimal fixé par le décret (O.75-II et D.151)**. En deçà du seuil, il est impossible de recourir au marché de partenariat.

Ce seuil varie selon **la valeur nominale** au moment de l'envoi de l'avis d'appel à la concurrence et **l'objet principal** du marché de partenariat. **Le seuil de droit commun est de 10 millions d'euros** mais il existe **deux seuils dérogatoires** :

> **Le seuil de 2 millions d'euros** :

- pour les biens immatériels, les systèmes d'information ou d'équipement autres que des ouvrages
- 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

> **Le seuil de 5 millions d'euros**

- pour les ouvrages d'infrastructure de réseau (domaine de l'énergie, des transports, de l'aménagement urbain et de l'assainissement)
- pour les ouvrages de bâtiment lorsque le marché n'inclut ni l'entretien-maintenance, ni la gestion du service public (ou des prestations associées)

NB : La valeur du marché de partenariat est estimée sur base de la rémunération totale du titulaire sur la durée du contrat et, s'il y a lieu, les revenus issus de l'exercice d'activités annexes ou de valorisation du domaine ainsi que les éventuels concours publics. (D.151 – II).

1. Evaluation préalable du mode de réalisation du projet et étude de soutenabilité budgétaire

Au stade de l'instruction du projet de marché de partenariat, l'acheteur qui prend la **décision de recourir au marché de partenariat** est tenu à **deux obligations**, quel que soit le montant d'investissement envisagé (O.40, O.74 et D.145) :

> **Une évaluation préalable du mode de réalisation du projet** (O.74 et D.24-II) : l'objet de cette évaluation est de comparer les différents modes envisageables de réalisation du projet. Elle comporte une analyse en coût complet et tout élément permettant d'éclairer l'acheteur dans le choix du mode de réalisation de ce projet.

Plus précisément, l'évaluation est composée de trois documents dont le contenu est détaillé de manière non exhaustive par le décret : (D.147)

- a. **Une présentation générale du projet** (notamment son objet, l'historique, le contexte, ses enjeux et les caractéristiques de son équilibre économique) **et de l'acheteur** (notamment ses compétences, son statut et ses capacités financières).
- b. **Une présentation des enjeux du choix du mode de réalisation-gestion** comprenant notamment une cartographie des risques du projet (dont les risques financiers et la répartition des risques entre l'acheteur et le titulaire et, le cas échéant, une valorisation financière de ces risques).
- c. **Une analyse comparative** des modes de réalisation-gestion sous un angle qualitatif et quantitatif (estimation en coûts complet des différents modes de réalisation-gestion).

NB : L'établissement du Bilan avantages-inconvénients se fait au regard des éléments développés précédemment.

Une présentation des principaux risques du projet : Cette évaluation est soumise pour avis à un organisme expert créé par voie réglementaire (O.76) : Fin Infra, Mission d'Appui au Financement des Infrastructures. Placé auprès du ministre chargé de la réglementation de la commande publique, cet organisme rend un avis (qui n'a pas à être motivé) dans un délai de 6 semaines suivant sa saisine, à défaut de quoi l'avis est réputé favorable, le silence vaut acceptation. (D.153)

> **Une étude de soutenabilité budgétaire** : l'objet de cette étude est, notamment, d'apprécier les conséquences du contrat sur les finances publiques et la disponibilité des crédits. Elle prend en compte tous les aspects financiers du projet de partenariat et inclut, notamment, le coût prévisionnel global du contrat en moyenne annuelle, l'indication de la part que ce coût représente par rapport à la capacité d'autofinancement annuelle de l'acheteur et son effet sur sa situation financière, l'impact du contrat sur l'évaluation des dépenses obligatoires de l'acheteur, ses conséquences sur son endettement et ses engagements hors bilan, ainsi qu'une analyse des coûts résultant d'une rupture anticipée du contrat. (D.148)

Cette étude est soumise pour avis au Service de l'Etat compétent (O.76) : **le ministre chargé du Budget** / la DGFiP/DRFiP (pour les collectivités territoriales) rend **un avis motivé** dans **un délai de 6 semaines** suivant sa saisine, à défaut de quoi l'avis est réputé favorable, **le silence vaut acceptation**. (D.154)

NB : L'acheteur public est tenu à une **obligation d'actualisation** de ces deux documents à tout moment de la procédure, dès que surviennent des **circonstances nouvelles susceptibles de modifier substantiellement l'économie générale** du projet. (O.149)

2. Démonstration du bilan plus favorable

Avant de pouvoir engager la procédure de passation, il faut démontrer que le projet répond à la **condition de « bilan favorable »** (dite aussi « condition d'efficience »). Les conditions d'urgence et de complexité disparaissent. Ainsi, l'acheteur doit démontrer que, **compte tenu des caractéristiques du projet envisagé**, le recours à un tel contrat est plus avantageux, **notamment sur le plan financier**, que celui des autres modes de réalisation du projet. (O.75 - I)

Ce bilan doit tenir compte des capacités de l'acheteur à conduire le projet, des caractéristiques, du coût et de la complexité de celui-ci, des objectifs poursuivis ainsi que, le cas échéant, des exigences de service public ou de la mission d'intérêt général dont il est chargé (D.152).

Il procède ainsi à **une appréciation globale des avantages et des inconvénients**, compte tenu notamment :

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

3. Autorisation du lancement de la procédure de passation du marché de partenariat (O.77 et D.155)

Etat et ses établissements publics

> **Communication** de l'évaluation du mode de réalisation et de l'étude de soutenabilité budgétaire ainsi que des avis rendus par l'organisme expert et le ministre chargé du budget **aux autorités administratives compétentes**.

> **Autorisation du lancement de la procédure de passation** du marché par des **autorités administratives compétentes**, c'est-à-dire :

Pour l'Etat

Les ministres chargés du budget et de l'économie : leur silence vaut accord dans un délai de 1 mois à compter de la date de réception des documents

Pour les établissements publics de l'Etat

L'organe délibérant (qui se prononce sur le principe du recours à un marché de partenariat)

Collectivités territoriales et leurs établissements publics

> **Présentation** de l'évaluation du mode de réalisation du projet, de l'étude de soutenabilité budgétaire et des avis sur celles-ci **à l'assemblée délibérante ou à l'organe délibérant**.

> **Délibération** de l'assemblée délibérante ou de l'organe délibérant **sur le principe du recours à un marché de partenariat**.

Autres acheteurs

> **Présentation** de l'évaluation du mode de réalisation du projet, de l'étude de soutenabilité budgétaire et des avis sur celles-ci **à l'organe décisionnel**.

> **Prononciation** de l'organe décisionnel **sur le principe du recours à un marché de partenariat**.

CHOIX DE LA PROCEDURE DE PASSATION

4

Le déroulement de la procédure de passation d'un marché de partenariat est soumis au **droit commun des marchés publics**. Si rien n'est expressément précisé ni dans l'ordonnance ni dans le décret, il apparaît que seules les **procédures formalisées** sont ouvertes à la passation d'un marché de partenariat.

En d'autres termes, un marché de partenariat ne peut pas être passé selon une procédure adaptée ni négocié sans publicité ni mise en concurrence préalable.

NB : La nouvelle **procédure négociée avec concurrence ou celle de dialogue compétitif** sont les plus pertinentes pour un marché de partenariat. En effet, certains des 6 cas de recours à ces procédures (D.25) devraient par nature être satisfaits (les cas 1°, 4°, 5°) compte tenu de la nature de ce contrat, qui comporte fréquemment des prestations « non standards ». Le cas n°3 (relatif aux prestations de conception) devrait également être satisfait, le rapprochement de la conception et de la réalisation étant l'une des valeurs ajoutée essentielle de ce contrat, au même titre que le contrat global. (Les cas sont listés dans le tableau ci-après).

Selon que l'acheteur est un pouvoir adjudicateur ou une entité adjudicatrice, il ne dispose pas des mêmes procédures.

Liste des procédures de passation

En tant que pouvoir adjudicateur

- > Procédure d'appel d'offres :
 - Ouvert (quand tout opérateur économique intéressé peut soumissionner)
 - Restreint (quand seuls les candidats sélectionnés par l'acheteur sont autorisés à soumissionner)Le choix entre les deux est libre.
- > Procédure de dialogue compétitif
- > Procédure concurrentielle avec négociation

Le choix entre les trois procédures

n'est pas libre, certaines procédures sont soumises à des conditions de recours, lesquelles sont toujours satisfaites quand il s'agit de partenariat. (D.25)

En tant que entité adjudicatrice

- > Procédure d'appel d'offres :
 - Ouvert
 - Restreint
- > Procédure de dialogue compétitif
- > Procédure négociée avec mise en concurrence préalable.

Le choix entre les trois procédures est libre. (D.26)

Choix de la procédure de passation en tant que pouvoir adjudicateur

	Procédure d'appel d'offres Ouvert Restreint	Procédure concurrentielle avec négociation	Dialogue compétitif
Objet (O.42)	Choisir l'offre économiquement la plus avantageuse, sans négociation , sur la base de critères objectifs préalablement portés à la connaissance des candidates.	Négocier les conditions du marché public avec un ou plusieurs opérateurs économiques. NB : il faut indiquer les exigences minimales que doivent respecter les offres dans les documents de la consultation (D.71)	Dialoguer avec les candidats admis à participer à la procédure en vue de définir ou développer les solutions de nature à répondre à ses besoins sur la base desquelles ces candidats sont invités à remettre une offre. NB : l'avis de marché et un programme fonctionnel définissent les besoins et les exigences de l'acheteur ; l'avis de marché ou les documents de la consultation précisent les modalités du dialogue, les critères d'attribution et un calendrier indicatif. (D. 75)
Conditions de recours (D.25)	Aucune	6 cas de recours : (D.25) <ol style="list-style-type: none"> 1. lorsque le besoin ne peut être satisfait sans adapter des solutions immédiatement disponibles 2. lorsque le besoin consiste en une solution innovante 3. lorsque le marché public comporte des prestations de conception 4. lorsque le marché public ne peut être attribué sans négociation préalable du fait de circonstances particulières liées à sa nature, à sa complexité ou au montage juridique et financier ou en raison des risques qui s'y attachent 5. lorsque le pouvoir adjudicateur n'est pas en mesure de définir les spécifications techniques avec une précision suffisante ou en se référant à une norme, une évaluation technique européenne, une spécification technique commune ou un référentiel technique 6. lorsque, dans le cadre d'un appel d'offres, seules des offres irrégulières ou inacceptables ont été présentées pour autant que les conditions initiales du marché public ne soient pas substantiellement modifiées. 	

II.2. LE DEROULEMENT DE LA PROCEDURE DE PASSATION D'UN MARCHÉ DE PARTENARIAT

II.2.A. EN TANT QUE POUVOIR ADJUDICATEUR

PUBLICITE PREALABLE

5

1. Publication facultative d'un Avis de préinformation

Afin de faire connaître leur intention de passer un marché de partenariat, le pouvoir adjudicateur a **la faculté de publier un avis de préinformation** (conformément au modèle fixé par un règlement de la Commission européenne). (O.41 et D.31 - I)

Cet avis de pré-information peut être :

- publié par le pouvoir adjudicateur sur son profil d'acheteur et, dans ce cas, le pouvoir adjudicateur doit d'abord avoir envoyé un avis annonçant la publication de l'avis de pré-information sous cette forme
- adressé directement pour publication à l'Office des publications officielles de l'Union européenne (OPUE)

Dans certaines procédures de passation et sous certaines conditions, cet avis de préinformation peut remplacer un avis d'appel à concurrence. Toutefois, cela ne semble être valable que pour les marchés publics classiques. (D.31 – II)

2. Publication obligatoire d'un Avis de marché (O. 41 et D.33)

Pour l'Etat, ses établissements autres qu'à caractère industriel et commercial, les collectivités territoriales, leurs établissements publics et leurs groupements

- > Etablissement d'un avis de marché conformément au modèle fixé par le règlement de la Commission européenne établissant les formulaires standard pour la publication d'avis dans le cadre de la passation de marchés publics/
- > Publication obligatoire d'un avis de marché au Journal officiel de l'Union européenne (JOUE) et au Bulletin officiel des annonces des marchés publics (**BOAMP**)
- > Publication supplémentaire facultative sur un autre support

Pour les autres acheteurs

- > Etablissement d'un avis de marché conformément au modèle fixé par le règlement de la Commission européenne établissant les formulaires standard pour la publication d'avis dans le cadre de la passation de marchés publics
- > Publication obligatoire d'un avis de marché au **JOUE**
- > Publication supplémentaire facultative sur un autre support

Cet avis de marché vaut **avis d'appel à la concurrence**. Il est envoyé par voie électronique à l'Office des publications de l'Union européenne. La publication nationale intervient après la publication au JOUE, elle mentionne la date de l'envoi à l'OPUE et ne peut pas fournir plus de renseignement que ceux envoyés à l'OPUE.

NB : dans un marché de partenariat, si l'acheteur décide de concourir au financement des investissements (sous la forme d'une participation minoritaire au capital du titulaire) (O.80), cet avis d'appel à la concurrence doit mentionner cette intention et les caractéristiques principales de la société de projet à constituer (D.160)

3. Mise à disposition gratuite des documents de la consultation sur un profil d'acheteur dès publication de l'avis d'appel à la concurrence (D.38 et D.39)

> En cas de demandes de renseignements complémentaires par les candidats, ils doivent être communiqués au plus tard 6 jours avant la date limite fixée pour la réception des offres et sous réserve d'avoir été demandés en temps utile.

6

RECEPTION DES CANDIDATURES OU DES OFFRES

Les délais de réception des candidatures ou des offres sont fixés en tenant compte de la **complexité du marché de partenariat et du temps nécessaire aux opérateurs économiques pour préparer leur candidature et leur offre (D. 43)**.

Procédure d'appel d'offres		Procédure concurrentielle avec négociation	Dialogue compétitif
Ouvert	Restreint		
<p>> Réception des candidatures et des offres :</p> <p>- 35 jours à compter de la date d'envoi de l'avis de marché (D.67 - I)</p> <p>- 15 jours en cas de publication d'un avis de préinformation sous certaines conditions (D.67 - II)</p> <p>NB : il n'y a aucune négociation avec les soumissionnaires et l'acheteur peut examiner les offres avant les candidatures (D.67 - III et D.68)</p>	<p>> Réception des candidatures :</p> <p>- 30 jours à compter de la date d'envoi de l'avis de marché (D.69)</p> <p>> Réception des offres :</p> <p>- 30 jours à compter de la date d'envoi de l'invitation à soumissionner (D.70 - I)</p> <p>- 10 jours en cas de publication d'un avis de préinformation sous certaines conditions (D.70 - I)</p> <p>NB : il n'y a aucune négociation avec les soumissionnaires</p>	<p>> Réception des candidatures :</p> <p>- 30 jours à compter de la date d'envoi de l'avis de marché (D.72 - I)</p> <p>> Réception des offres :</p> <p>- 30 jours à compter de la date d'envoi de l'invitation à soumissionner (D.72 - II)</p> <p>- 10 jours en cas de publication d'un avis de préinformation sous certaines conditions (D.71 - I)</p> <p>NB : il y a négociation des offres initiales et des offres ultérieures hors des offres finales ; il n'y a aucune négociation des exigences minimales des offres ni des critères d'attribution</p>	<p>> Réception des candidatures</p> <p>- 30 jours à compter de la date d'envoi de l'avis de marché (D.76)</p> <p>> Ouverture d'un dialogue avec les participants sélectionnés afin d'identifier et de définir les moyens propres à satisfaire ses besoins, dans le respect du principe d'égalité de traitement des participants. (D.76 - II)</p> <p>> Invitation à présenter une offre finale sur la base de la ou des solutions présentées au cours du dialogues. (D.76 - III)</p>

NB : Ces délais minimaux de remise des offres ont été raccourcis par le décret par rapport à l'ancien Code des marchés publics.

EXAMEN DES CANDIDATURES - SELECTION DES CANDIDATS

7

L'examen des candidatures commence par la vérification de leur **recevabilité**, c'est-à-dire l'absence de motifs d'exclusion au regard des obligations fiscales et sociales ou l'absence de condamnations pénales entraînant une interdiction de soumissionner ou encore la satisfaction des critères de capacité.

Les conditions de participation imposées par l'acheteur doivent être garanties (O.51) :

- de leur **aptitude à exercer l'activité professionnelle** (*inscription sur un registre professionnel...*),
- de leur **capacité économique et financière** (*chiffres d'affaire minimal inférieur ou égal à deux fois le montant estimé du marché ou du lot...*)
- de leurs **capacités techniques** (*moyens matériels et humains...*) **et professionnelles** (*qualifications, niveau de compétence ou d'expérience, références adéquates...*)

L'indication des conditions de participation figure dans l'avis d'appel à la concurrence ou dans les documents de la consultation (D.44 – I). Leur vérification peut intervenir à tout moment de la procédure jusqu'avant l'attribution du marché de partenariat (D.55 – II).

Concernant **les interdictions de soumissionner**, à l'instar du droit des concessions, elles sont réorganisées autour de **trois types** :

- Les interdictions de soumissionner **obligatoires et générales**, applicables à tous les marchés publics (O.45)
- Les interdictions de soumissionner **obligatoires et spécifiques** aux marchés publics de défense ou de sécurité (O.46)
- Les interdictions de soumissionner **facultatives**, prévues au cas par cas et applicables à tous les marchés publics (O.48)

Seuls les deux premiers types sont susceptibles de dérogations justifiées par l'intérêt général (O.47).

Au stade de la présentation des candidatures, une déclaration sur l'honneur suffit à justifier que le candidat ne fait pas l'objet d'une interdiction de soumissionner. Seul le candidat à qui il est envisagé d'attribuer un marché de partenariat peut être obligé de justifier qu'il n'est pas dans un cas d'interdiction de soumissionner (D.55 – II).

L'acheteur peut limiter le nombre de candidats admis à soumissionner ou à participer au dialogue (D.47), sous réserve que le nombre de candidats retenus soit suffisant pour assurer une concurrence effective.

Toutefois, des nombres minimum sont prévus :

Procédure d'appel d'offres		Procédure concurrentielle avec négociation	Dialogue compétitif
Ouvert	Restreint		
Non concernée	> 5 candidats minimum	> 3 candidats minimum	

8

INVITATION DES CANDIDATS SELECTIONNES A SOUMISSIONNER OU A DIALOGUER

Les invitations à soumissionner ou à dialoguer des candidats sélectionnés doivent être simultanées et faites par écrit. (D.56)

Procédure d'appel d'offres		Procédure concurrentielle avec négociation	Dialogue compétitif
Ouvert	Restreint		
<i>Non concernée</i>		> Le contenu minimum de l'invitation à soumissionner ou à dialoguer comprend : <ul style="list-style-type: none"> - La référence de l'avis d'appel à la concurrence publié - La date limite de réception des offres, l'adresse de leur transmission et la langue de leur présentation - La liste des documents à fournir - La pondération ou la hiérarchisation des critères d'attribution du marché de partenariat (sauf si ces informations figurent dans les documents de la consultation) - L'adresse du profil d'acheteur où sont accessibles les documents de la consultation - En cas de dialogue compétitif : la date, le lieu et la langue du dialogue 	

9

EXAMEN DES OFFRES ET CHOIX DE L'OFFRE

Les offres des soumissionnaires sont transmises en **une seule fois**.

1) L'examen des offres consiste à s'assurer qu'elles sont régulières, appropriées et acceptables (D.59 - I) :

- L'offre **irrégulière** est une offre qui ne répond pas aux exigences du marché (notamment en cas de documents incomplets ou méconnaissance de la loi)
- L'offre **inappropriée** est une offre qui apporte une réponse sans rapport avec les besoins du marché
- L'offre **inacceptable** est une offre dont le prix excède les crédits budgétaires alloués au marché public

NB : l'obligation de signer l'offre a été supprimée, que sa transmission ait été faite sur support papier ou sous forme électronique.

Procédure d'appel d'offres		Procédure concurrentielle avec négociation	Dialogue compétitif
Ouvert	Restreint		
> En principe, les offres irrégulières, inappropriées ou inacceptables sont éliminées. (D.59 - I)		> En principe, les offres inappropriées sont éliminées. Les offres irrégulières ou inacceptables sont régularisables ou acceptables à l'issue de la négociation ou du dialogue, à condition qu'elles ne soient pas anormalement basses. A la fin de la négociation ou du dialogue, les offres qui ne sont pas devenues régulières ou acceptables sont éliminées. (D.59 - III)	
> Par exception, l'acheteur peut désormais autoriser tous les soumissionnaires concernés à régulariser les offres irrégulières dans un délai approprié, à condition qu'elles ne soient pas anormalement basses.			
Cette régularisation ne doit pas non plus avoir pour effet de modifier les caractéristiques substantielles de l'offre.			

> Par exception, l'acheteur peut autoriser tous les soumissionnaires concernés à régulariser les offres irrégulières dans un délai approprié, à condition qu'elles ne soient pas anormalement basses.

Cette régularisation ne doit pas non plus avoir pour effet de modifier les caractéristiques substantielles de l'offre.

2) C'est également à ce stade que l'acheteur contrôle **les offres anormalement basses** selon le nouveau dispositif de l'ordonnance et du décret qui recouvre non seulement l'offre du soumissionnaire mais également l'offre de ses sous-traitants (ce qui ne concerne pas les marchés de partenariat qui ne sont pas soumis aux règles sur la sous-traitance).

Face à une offre qui semble anormalement basse, il incombe donc à l'acheteur d'exiger de l'opérateur économique la fourniture de précisions et de justifications sur son montant (le prix ou les coûts proposés dans l'offre) (O.53). Le décret identifie une liste non exhaustive de 5 justifications (D.60-I). Après vérification des justifications, le rejet de l'offre qui s'avère anormalement basse intervient dans 2 situations (D.60-II) :

- Quand les éléments fournis n'apportent pas de justification satisfaisante sur le bas niveau de l'offre ;
- Quand l'offre contrevient aux obligations applicables en droit de l'environnement, social ou du travail.

3) L'attribution du marché de partenariat se fait au profit du ou des soumissionnaire(s) dont **l'offre est économiquement la plus avantageuse** pour l'acheteur sur la base **d'un seul ou de plusieurs critères objectifs, précis et liés à l'objet du marché** de partenariat ou à **ses conditions d'exécution** et qui sont fixés par l'acheteur (O. 52).

Deux règles régissent cette attribution :

- La liberté de choix de l'acheteur n'est pas illimitée.
- La possibilité d'une véritable concurrence doit être garantie.

Parmi les critères à prendre obligatoirement en compte pour l'attribution d'un marché de partenariat figurent :

- la part d'exécution du contrat que le soumissionnaire s'engage à confier à des PME ou à des artisans (O.87- III) et
- la qualité globale des ouvrages, équipements ou biens immatériels lorsque tout ou partie de leur conception est confiée au titulaire (le projet architectural doit alors être compris dans l'offre) (D.158).

Les critères d'attribution permettent **un classement décroissant des offres** (D.62 – I). Le décret fournit des exemples de critère unique ou de critères pluriels (D.62 – II). **Les documents de la consultation** doivent indiquer ces critères et leurs modalités de mise en œuvre (D.62 – III).

NB : si l'avis d'appel à la concurrence ou les documents de la consultation mentionne que l'acheteur décide de concourir au financement des investissements sous la forme d'une participation minoritaire au capital du titulaire (O.80), les offres doivent obligatoirement être accompagnées d'un projet de statut de la société de projet à constituer (D.160).

NOTIFICATION DU REJET : INFORMATION DES CANDIDATS ET SOUMISSIONNAIRES EVINCES

Dès la décision de rejet d'une candidature ou d'une offre, l'acheteur doit procéder à la notification du rejet à chaque candidat ou soumissionnaire en lui indiquant les motifs du rejet (D.99- II). La notification du rejet peut donc avoir lieu avant l'attribution du marché, en cours de procédure, ou après l'attribution. Si elle intervient après l'attribution, elle doit préciser le nom de l'attributaire et les motifs qui ont conduit à choisir son offre ainsi que la date à laquelle l'acheteur est susceptible de signer le marché public.

Si un soumissionnaire est évincé à cause d'une offre qui n'était ni irrégulière, ni inacceptable ni inappropriée en fait la demande, l'acheteur a l'obligation de lui communiquer dans un délai de 15 jours maximum : (D99 – II)

- Les informations relatives au déroulement et à l'avancement des négociations et du dialogue lorsque ceux-ci ne sont pas achevés (c'est là une autre nouveauté du décret) ;
- Les caractéristiques et les avantages de l'offre retenue lorsque le marché a été attribué

Entre la date d'envoi de la notification du rejet des candidatures ou des offres et la signature du marché de partenariat par l'acheteur, l'acheteur doit respecter **un délai de stand-still** minimal de 11 jours, ou de 16 jours si la transmission n'est pas faite par voie électronique (D.101 – I).

II.2.B. EN TANT QU'ENTITE ADJUDICATRICE

Ci-après, seules les spécificités propres aux entités adjudicatrices sont recensées. En dehors de ces remarques, la procédure est la même que celle applicable aux pouvoirs adjudicateurs.

> Au stade du **choix de la procédure**, en tant que entité adjudicatrice, l'acheteur peut librement choisir entre la procédure d'appel d'offres (ouvert ou restreint), la procédure négociée avec mise en concurrence et la procédure de dialogue compétitif sans que ces deux dernières procédures n'aient à répondre à des cas de recours précis (D.26).

> Au stade de la **publicité préalable**, l'entité adjudicatrice peut faire connaître son intention de passer un marché de partenariat en publiant un **avis périodique indicatif** (conformément au modèle fixé par un règlement de la Commission européenne) (O.41 et D.32 - I) sur son profil d'acheteur ou sur l'Office des publications officielles de l'Union européenne (OPUE). Dans certaines procédures de passation (appel d'offres restreint ou procédure négociée avec mise en concurrence préalable) et sous certaines conditions, cet avis périodique indicatif peut remplacer un avis d'appel à concurrence. Toutefois, cela ne semble être valable que pour les marchés publics classiques (D.32 – II).

> Au stade **la réception des candidatures et des offres**, les délais minimaux de réception des candidatures ou des offres pour les entités adjudicatrices sont :

Procédure d'appel d'offres		Procédure concurrentielle avec négociation	Dialogue compétitif
Ouvert	Restreint		
<i>(pas de spécificité par rapport au pouvoir adjudicateur)</i>	> Réception des candidatures : - 15 jours à compter de la date d'envoi de l'avis de marché (D.69 – 2°) (D.74) > Réception des offres : (D.69 – 2°) (D.74) - Soit une date limite de réception des offres est fixée en commun accord avec les candidats sélectionnés - Soit, à défaut d'accord, un délai au moins supérieur à 10 jours est fixé à compter de la date d'envoi de l'invitation à soumissionner		<i>(pas de spécificité par rapport au pouvoir adjudicateur)</i>
> Au stade la sélection des candidats , l'entité adjudicatrice peut établir et gérer un système de qualification d'opérateurs économiques afin de présélectionner des candidats jugés aptes à réaliser tel ou tel type de prestations (D.46 et D.100). Contrairement à un pouvoir adjudicateur, l'entité adjudicatrice peut limiter le nombre de candidats admis à soumissionner ou à participer au dialogue sans être astreinte à un nombre minimal (D.47).			

II.3. L'ACHEVEMENT DE LA PROCEDURE DE PASSATION

ACCORD PREALABLE A LA SIGNATURE DU MARCHÉ DE PARTENARIAT

11

Selon sa qualité, l'acheteur doit obtenir l'autorisation de signer le marché de partenariat auprès de différentes autorités (O.78 et D.156) :

Etat et ses établissements publics

> Autorités administratives compétentes (D.156) :

Pour l'Etat : les ministres chargés du budget et de l'économie

Pour les établissements publics : les ministres chargés du budget, de l'économie et du ministre de tutelle

Dans les deux cas, le silence vaut acceptation dans un délai d'un mois à compter de la réception du projet de marché de partenariat.

Autorisation de signer le marché de partenariat

Collectivités territoriales et leurs établissements publics

> Assemblée délibérante de la collectivité territoriale OU Organe délibérant de l'établissement public

Autorisation de signer le marché de partenariat

NB : Au préalable, la collectivité territoriale ou l'établissement public a la **faculté de solliciter l'avis de l'organisme expert** qui doit le rendre dans un délai de 6 semaines (D.156)

Autres acheteurs (ODAC et EPS⁴¹)

> Les ministres chargés du budget, de l'économie

Autorisation de signer le marché de partenariat

12

SIGNATURE DU MARCHÉ

La signature du marché de partenariat peut être électronique (D. 102). Pour les ODAC et les EPS, les ministres de tutelle concluent les marchés de partenariat pour leur compte (D.157)

13

NOTIFICATION DU MARCHÉ AU TITULAIRE

Le marché de partenariat est notifié au titulaire et prend effet à la date de réception de la notification (D.103).

14

TRANSMISSION DU MARCHÉ DE PARTENARIAT A L'ORGANISME EXPERT

Tous les marchés de partenariat signés et leurs annexes sont communiqués à l'organisme expert placé auprès du ministre chargé de la réglementation de la commande publique (celui qui rend également un avis sur l'évaluation préalable) (O.79). Cette transmission permet uniquement de recenser et d'analyser économiquement les informations et documents communiqués.

15

PUBLICATION DE L'AVIS D'ATTRIBUTION

> Publication obligatoire d'un avis d'attribution dans un délai de 30 jours à compter de la signature du marché public (selon les mêmes modalités que la publication d'un avis de marché) (D.104).

Pour l'Etat, ses établissements autres qu'à caractère industriel et commercial, les collectivités territoriales, leurs établissements publics et leurs groupements

> Etablissement d'un **avis d'attribution** conformément au modèle fixé par le règlement de la Commission européenne établissant les formulaires standard pour la publication d'avis dans le cadre de la passation de marchés publics

> Publication obligatoire d'un avis d'attribution au Journal officiel de l'Union européenne (**JOUE**) et au Bulletin officiel des annonces des marchés publics (**BOAMP**)

> Publication supplémentaire facultative sur un autre support

Pour les autres acheteurs

> Etablissement d'un **avis d'attribution** conformément au modèle fixé par le règlement de la Commission européenne établissant les formulaires standard pour la publication d'avis dans le cadre de la passation de marchés publics

> Publication obligatoire d'un avis de marché au **JOUE**

> Publication supplémentaire facultative sur un autre support

16

MESURES DE TRANSPARENCE

En tant que pouvoir adjudicateur

> Rédaction d'un **rapport de présentation de la procédure de passation** (D.105) (La liste des informations à fournir a minima est détaillée dans le décret).

En tant que entité adjudicatrice

> Conservation des **informations** (D.106) et des justifications des décisions relatives à la qualification, à la sélection des opérateurs économiques et à l'attribution des marchés publics.

III. EXECUTION D'UN MARCHÉ DE PARTENARIAT

QUELLES OBLIGATIONS PÈSENT SUR L'ACHETEUR ET LE TITULAIRE DURANT L'EXÉCUTION DU CONTRAT ?

> **Obligation pour le titulaire de confier à des petites et moyennes entreprises (PME) ou des artisans une part minimal de l'exécution du contrat**⁴² : cette part minimale, confiée directement ou **indirectement**, est fixée à 10% du montant prévisionnel du contrat hors coût de financement⁴³. Avant la réforme, il était seulement question d'insérer obligatoirement une clause relative aux conditions dans lesquelles le titulaire confie une part d'exécution du contrat de partenariat aux PME, sans part minimale imposée.

> **Obligation pour le titulaire d'établir un rapport annuel sur le suivi de l'exécution du marché de partenariat** : chaque année, dans les 45 jours suivant la date d'anniversaire de signature du contrat, le titulaire doit rédiger un rapport dont le contenu est détaillé par le décret. Il doit permettre une comparaison entre l'année qu'il retrace et les précédentes et comprend des données économiques et comptables ainsi que le suivi de certains indicateurs⁴⁴.

> **Obligation de contrôle par l'acheteur du suivi de l'exécution du contrat par des comptes rendus en cours et à la fin de chaque phase d'exécution**⁴⁵ : le décret distingue trois phases (construction, exploitation des ouvrages ou du service public, fin de contrat) avec, respectivement, des indications sur l'étendu de ce contrôle a minima⁴⁶.

NB : pour les collectivités territoriales et les établissements publics, il existe une obligation de transmettre les comptes rendus et le rapport produit par le titulaire aux assemblées délibérantes ou à l'organe délibérant afin de donner lieu à un débat⁴⁷.

QUEL DISPOSITIF SÉCURISE LES DROITS DU TITULAIRE DU MARCHÉ DE PARTENARIAT APRÈS L'EXÉCUTION DU CONTRAT ?

> L'ordonnance prévoit des **modalités d'indemnisation particulières** du titulaire du marché de partenariat. **En cas d'annulation, de résolution ou de résiliation** du contrat par le juge, le titulaire peut prétendre à une indemnisation des dépenses qu'il a engagées conformément au contrat, à condition qu'elles aient été utiles à l'acheteur⁴⁸. Ces dépenses peuvent recouvrir, notamment, les frais financiers liés au financement mis en place dans le cadre de la mission globale confiée au titulaire, à condition que figure en annexe du marché de partenariat une mention des clauses liant le titulaire aux établissements bancaires. Un dispositif similaire est prévu en droit des concessions⁴⁹ et reprend la jurisprudence en la matière en la clarifiant. Avant la réforme, les modalités d'indemnisation étaient prévues en pratique dans un accord autonome accessoire au contrat de partenariat, censé survivre, en cas de disparition de ce dernier, et dans la mesure où cet accord autonome était lui-même purgé du recours des tiers. La consécration du **caractère divisible** de la clause indemnitaire, gage de sécurisation pour les financeurs du projet, devrait permettre de faire évoluer la pratique des accords autonomes.

42 Article 87 de l'ordonnance

43 Article 163 du décret

44 Article 165 du décret

45 Article 88 de l'ordonnance

46 Article 166 du décret

47 Article 88 – III de l'ordonnance

48 Article 89 de l'ordonnance

49 Article 56 de l'ordonnance relative aux concessions



L'IGD est une fondation d'entreprises relevant d'une mission d'intérêt général qui, **depuis 20 ans**, regroupe l'ensemble des parties prenantes à la gestion des services publics.

L'Etat, les associations d'élus, les entreprises publiques, les entreprises privées, des associations de consommateurs et des représentants de syndicats travaillent en son sein **à l'amélioration de la qualité et de la performance des services publics**, en particulier lorsque ceux-ci sont délégués.

Interlocuteur privilégié de l'Etat comme de la Commission européenne, l'IGD suit depuis l'origine le processus d'adoption des directives européennes relatives aux marchés publics et aux concessions et leur transposition en droit français.

Ses travaux sur ce sujet ont donné lieu à de nombreux colloques nationaux et internationaux, avis et publications dont le dernier exemple est donné par **la rédaction de supports pédagogiques** sur la réforme de la commande publique.

Télécharger les documents : <http://fondation-igd.org>