



## Lettre d'information N°36 - Mars 2016

### L'évaluation préalable dans les contrats de partenariat

Comme le rappellent Claude Ménard et Jean-Michel Oudot, tous deux intervenants à Paris I Panthéon-Sorbonne (lire en note 1) : « la signature et la mise en œuvre des contrats de partenariat, tels que définis par l'ordonnance française de Juin 2004, implique d'avoir préalablement justifié le recours à ce type de commande publique. »

Une telle justification est formalisée par l'évaluation préalable dont l'obligation a été confirmée par la Loi N° 2008-735 du 28 Juillet 2008 relative aux contrats de partenariat. En deçà de sa justification affichée, qui est donc légale, cette étape pré-contractuelle entend aussi permettre une première évaluation du coût total du marché considéré de manière à prévoir les autorisations d'engagement correspondantes sur sa durée estimée. Il y a donc là des enjeux majeurs d'aide à la décision de la Personne Publique. L'évaluation préalable s'avère pourtant délicate à mener car elle impose de comparer de manière précise des solutions organisationnelles différentes avant même que celles-ci ne soient mises en œuvre.

Hors, le ralentissement des PPP depuis ces derniers mois (2014-2015) est peut-être lié à la crainte que suscite l'enclenchement de cette évaluation par les Personnes Publiques, Etat et collectivités territoriales. Pourtant l'article 40 de l'ordonnance N°2015899 du 23 Juillet 2015 (lire en note 2) impose celle-ci.

Essayons de reprendre le sujet pour lever les freins à l'enclenchement de cette première étape d'un contrat de partenariat.

#### Qu'est-ce que l'évaluation préalable ?

Les auteurs précités au premier paragraphe, et dont nous reprenons ici le travail dans ses grandes lignes pour éclairer notre propos, indiquent, à juste titre, que l'évaluation préalable poursuit avant tout des objectifs d'ordre contractuel mais ouvre aussi la porte, par le biais du troisième critère en particulier, à des considérations budgétaires dont on peut penser qu'elles prendront une place croissante, tant pour l'Etat que pour les collectivités territoriales, tous en perpétuel arbitrage budgétaire.

Du point de vue contractuel, l'évaluation vise fondamentalement à identifier et justifier la solution organisationnelle la plus adaptée au besoin exprimé par la Personne Publique, par exemple le choix entre un marché public classique, la délégation de services publics et le contrat de partenariat ou des montages plus innovants comme la création d'une société d'économie mixte à opération unique (SEMOp) décrite dans notre lettre d'information N°33 de Décembre 2015. Il est attendu de cette comparaison qu'elle soit menée de façon objective, sans privilégier un montage plutôt qu'un autre, sans exclure l'abandon ou le différé du projet.

Le second objectif de l'évaluation préalable, celui-là étant non-contraignant, est de présenter à la Direction du budget, pour les projets d'Etat, des éléments probants justifiant le coût global du marché considéré de manière à prévoir les autorisations d'engagements correspondantes.

L'approche doit donc, en principe, assurer la prise en compte de l'ensemble des coûts tout au long du contrat.

La passation et l'exécution du futur marché sont donc susceptibles d'être facilitées par l'évaluation préalable, ce qui accroît d'autant son utilité, quelles que soient les formes envisagées et la solution retenue.

#### Trois critères de sélection

Ainsi, pour apprécier la pertinence respective des solutions à prendre en compte, l'évaluation préalable doit prendre appui sur plusieurs analyses multicritères avant une quelconque préconisation.

Dans le cas du montage en contrat de partenariat, trois sont clairement définis (lire en note 3).



## Le critère fondé sur la complexité

*Ce motif tend à prévaloir dans la justification du recours au contrat de partenariat, sans doute parce qu'il est peu difficile à argumenter par la Personne Publique ou à défendre en cas de contestation de sa décision.*

*Les textes retiennent qu'il y a complexité lorsque la Personne Publique n'est pas objectivement en mesure de définir seule et à l'avance les moyens techniques pouvant répondre à ses besoins en matière de conception, construction et exploitation, et/ou d'établir le montage juridique et/ou financier du projet.*

*La complexité du projet concerne les données intrinsèques de l'opération, c'est-à-dire les caractéristiques objectives de l'ouvrage et/ou du service. L'impossibilité de la Personne Publique à définir les moyens aptes à satisfaire ses besoins ou d'évaluer ce que le marché peut offrir en termes de solutions techniques et/ou financières et/ou juridiques doit être objective, et non être due seulement à une carence de la Personne Publique.*

## Le critère fondé sur l'urgence

*Un deuxième critère, l'urgence, est défini en ces termes : « le projet présente un caractère d'urgence, lorsqu'il s'agit de rattraper un retard préjudiciable à l'intérêt général affectant la réalisation d'équipements collectifs ou l'exercice d'une mission de service public, quelles que soient les causes de ce retard, ou de faire face à une situation imprévisible » (lire en note 4).*

*Ce motif a été traduit de la façon suivante dans le guide sur les contrats de partenariat édité par le ministère de l'économie, des finances et de l'industrie (lire en note 5) : « il y a urgence quand le besoin en construction ou rénovation d'équipements ou d'ouvrages résulte d'une cause extérieure à l'administration ».*

*Une réponse ministérielle a par ailleurs précisé que l'urgence « en la matière n'est pas différente de celle traditionnellement admise par les juridictions administratives ».*

*Ainsi, une Personne Publique ne peut invoquer, au titre de l'urgence, une situation résultant de carences manifestes de sa part, ou le seul souci d'aller (plus) vite. La jurisprudence du Conseil constitutionnel et du Conseil d'État conduit à penser que l'urgence peut résulter du constat d'un retard grave et préjudiciable, auquel la Personne Publique est incapable de remédier dans des délais raisonnables par les voies classiques de la commande publique autres que le contrat de partenariat (CP).*

## Le critère fondé sur l'efficacité

*La Loi de Juillet 2008 introduit un troisième motif susceptible de justifier le recours par la Personne Publique au CP.*

*Ce critère a une dimension économique nettement plus marquée puisqu'il introduit explicitement l'efficacité, qu'on peut aussi traduire par efficience économique. Cela suppose que la solution du CP présente un bilan plus favorable que les formes alternatives, en particulier en termes de coût global actualisé et/ou de performance attendue.*

*Bien que visant des objectifs louables, la mise en œuvre de ce critère reste à ce jour problématique.*

*Justifier le recours à une forme contractuelle au motif de son efficacité supérieure avant qu'elle ne soit effectivement mise en œuvre est en effet une entreprise complexe, susceptible d'ouvrir la voie à de possibles recours et contentieux. C'est d'autant plus vrai que nombre de projets comprennent des enjeux politiques et sociaux, dont certains sont légitimes et susceptibles d'influencer certains choix méthodologiques.*

*Les enjeux entourant le recours à ce critère d'efficacité se révèlent donc considérables.*

## Y-a-t-il un critère prépondérant ?

*Dans le cas du CP, le choix de ce mode contractuel susceptible afin de satisfaire le critère d'efficacité n'est pas aléatoire. On peut même retenir ce critère comme prépondérant, voire unique en cas d'absence des critères d'urgence et de complexité (lire en note 6).*



Si on part du constat que les décideurs publics cherchent à minimiser leurs coûts tout en ayant le meilleur usage des deniers publics, ils sont alors fortement incités à choisir l'arrangement contractuel le plus adéquat par rapport à ce double objectif. La notion de coût global est alors au centre du critère d'efficacité attaché au CP. On peut, sur cette notion, relire l'une de nos lettres d'information sur ce thème (lire en note 6).

Parallèlement, un reproche fréquemment adressé aux rédacteurs des évaluations préalables est d'omettre ou ne pas développer les aspects socio-économiques, pourtant partie intégrante de l'efficacité.

## De l'importance de l'évaluation préalable

Pour rendre l'évaluation préalable opposable, la MAPPP encourage le recours à l'expertise externe (lire en note 6). Ainsi elle « recommande le recours à des assistants externes communément appelés assistants à personne publique (APP) », distincts de l'« AMO (assistant à maîtrise d'ouvrage) du fait du transfert, inhérent au contrat de partenariat, de la maîtrise d'ouvrage au partenaire privé ».

L'évaluateur peut être soit l'un des organismes experts créés par décret pour les partenariats envisagés par l'Etat, soit un opérateur externe pour ceux envisagés par les collectivités territoriales.

Ces APP externes appartiennent principalement aux catégories suivantes : experts technico-économiques (lire en note 8), juristes spécialisés, conseils financiers et assistants au montage et pilotage de projets, choisis séparément ou en groupement par la Personne Publique.

L'évaluation préalable doit donc être un élément clé de l'arbitrage conduisant la Personne Publique à choisir ou à rejeter la solution du contrat de partenariat. Sa qualité, et donc sa crédibilité, sont de ce point de vue essentiels si on compte sur elle en tant qu'instrument efficace de la décision 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](mailto:denis.chambrier@dcr-consultants.fr)

**Note N°1** : <http://chaire-eppp.org/node/62>

**Note N°2** :

[https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexteArticle.do;jsessionid=21B06ECE6E70A765A0FD1FC03673F7F.tpdila17v\\_3?idArticle=LEGIARTI000030922187&cidTexte=LEGITEXT000030921938&dateTexte=20160401](https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexteArticle.do;jsessionid=21B06ECE6E70A765A0FD1FC03673F7F.tpdila17v_3?idArticle=LEGIARTI000030922187&cidTexte=LEGITEXT000030921938&dateTexte=20160401)

**Note N°3** : en vertu de l'art. 2 de la Loi de Juillet 2008 et conformément à la décision du Conseil constitutionnel n° 2008-567 du 24 Juillet 2008, ces critères peuvent être mobilisés de façon alternative.

**Note N°4** : ce deuxième critère, présent lui aussi dans l'ordonnance de 2004, est précisé dans la Loi du 28 Juillet 2008 (art. 2 - paragraphe II - alinéa 2)

**Note N°5** : [http://www.economie.gouv.fr/files/files/directions\\_services/ppp/GuideContratPartenariat.pdf](http://www.economie.gouv.fr/files/files/directions_services/ppp/GuideContratPartenariat.pdf)

**Note N°6** : Le Conseil constitutionnel a conforté ce point (DC n°2008-567) en reconnaissant que le recours au contrat de partenariat peut être justifié par des considérations fondées sur le bon usage des deniers publics, même en l'absence d'urgence et/ou de complexité.

**Note N°7** : [http://www.dcr-consultants.fr/telechargement/Lettre\\_info24\\_fevrier\\_2015.pdf](http://www.dcr-consultants.fr/telechargement/Lettre_info24_fevrier_2015.pdf)

**Note N°8** : dont DCR Consultants se réclame pour tout ce qui relève du coût global d'usage regroupant l'exploitation, la maintenance technique et bâtementaire, la performance énergétique, les services à la personne, les systèmes d'information liés à l'immobilier et les opérations de gros entretien renouvellement (GER) sur des contrats à durée longue (de 15 à 30 ans).