

MALGRÉ LES EXPÉRIENCES DÉSASTREUSES DE CERTAINS PARTENARIATS PUBLIC-PRIVÉ, malgré l'analyse sévère de la Cour des comptes¹, les amateurs de ce type de marchés continuent d'en faire la promotion.



Gilbert Ramus, Ch. ONM
Architecte – Commission juridique de l'Unsa
Administrateur de l'Office général du bâtiment

TÉMÉRITÉ D'UN ACCORD CADRE DE PPP

Et, pour faire encore plus fort, pourquoi ne pas corser les risques générés par ce type de contrat en traitant une pelletée sur la base d'accords cadres, comme l'envisage la Ville de Marseille ! L'enjeu justifie d'analyser les avantages et dangers d'une telle initiative.

1 - Heurs et malheurs des marchés de partenariat

C'est sans doute parce que l'utilisation du marché de partenariat présente des risques majeurs pour les personnes publiques que le droit de la commande publique a doté cette procédure de dispositifs exigeants, notamment sur les conditions de recours².

1.1 - Première caractéristique du marché de partenariat

Le marché de partenariat présente diverses spécificités, mais il en est une qui rend sa passation et le contrôle de son exécution particulièrement complexes : c'est la concentration, dans un seul contrat, d'un patchwork d'actions et de prestations très différentes, telles que la mise en place des ressources financières, la conception même des ouvrages à réaliser, le nettoyage régulier des locaux, la maîtrise des énergies pendant des décennies, etc !

De ce fait, les critères susceptibles de guider la personne publique pour le choix de l'attributaire d'un marché « volettent » dans toutes les directions : prétendre en établir une pondération sérieuse... n'est pas sérieux.

Les promoteurs des PPP balaient l'objection d'un revers de mains, puisque les discussions porteront principalement sur les conditions financières et très peu (voire pas du tout) sur les qualités de l'ouvrage et des services pendant la durée du contrat : la personne publique devra se contenter de ce que le titulaire du marché lui livrera, car on verra qu'aucun cahier des charges ne peut être objectivement exigeant sur tous ses aspects et sur toute la durée du marché !

1.2 - Marché de partenariat, quel avantage ?

Les promoteurs des PPP mettent en exergue l'avantage qu'il y aurait à confier la conception d'un ouvrage à celui qui aura à l'exploiter et à l'entretenir pendant la durée du contrat.

C'est vraiment regarder le bâtiment par le mauvais bout de la loupe, comme si l'exploitation technique et l'entretien d'un bâtiment étaient plus importants que la qualité des services au bénéfice de la collectivité. La personne publique qui sera responsable de l'efficacité de ces services et de la satisfaction de tous ceux pour lesquels l'ouvrage a été réalisé, devra le faire dans des espaces dont la création lui aura grandement échappé et dont les adaptations ultérieures seront contractuellement problématiques.

Dans un immeuble administratif, que doit-on préférer : Le strict calcul de la capacité des ascenseurs³ ? Ou la juste place du bâtiment dans la cité, la fluidité des déplacements et l'agrément des espaces de travail et de convivialité ?

Dans un établissement sanitaire, qu'est-ce qui est le plus important ? Les économies sur les robinets et les chasses d'eau ? Ou le bon accueil des patients et des familles, l'aisance et l'agrément du cadre de travail des soignants, et, in fine, la qualité des soins ?

Dans une université, l'enjeu d'un amphithéâtre est-il : l'économie de ses installations de ventilation⁴ ? Ou la "noblesse" de sa configuration et le choix approprié de ses décors, qui rendront les étudiants et les professeurs fiers d'y travailler et d'y enseigner, et même, permettront la tenue de colloques internationaux ?

Il n'est pas indispensable de multiplier les exemples : quelle que soit la nature de l'ouvrage, les promoteurs des PPP sont bien incapables de préciser comment la personne publique pourrait imposer au titulaire du marché qu'il lui livre un ouvrage :

- qui enrichira la ville ou le paysage par ses qualités urbanistiques et environnementales,
- qui favorisera le bien-être individuel et le bien-vivre collectif,
- qui pourra être reconfiguré autant que nécessaire,
- qui favorisera la productivité de ceux qui auront à y travailler,

1) Dans un rapport du 13 décembre 2017, la Cour des comptes déplore le coût considérable des contrats de partenariat qui obèrent, à long terme, les finances publiques.

2) Voir notamment les articles 66 à 90 de l'ordonnance 2015-899 du 23 juillet 2015 et les articles 143 à 166 du décret 2016-360 du 25 mars 2016.

3) Les ingénieurs et industriels ont-ils besoin d'un marché de partenariat pour étudier un trafic ?

4) D'ailleurs, pourquoi le titulaire d'un PPP saurait-il faire mieux en matière de traitement de l'air que les ingénieurs engagés dans un contrat de maîtrise d'œuvre ?

– en résumé : un ouvrage qui satisfera toutes les valeurs de l'architecture⁵ et sera digne de constituer un nouveau maillon du patrimoine d'un pays.

1.3 – La maîtrise d'ouvrage échappe à la personne publique

Une fois le marché conclu, la personne publique perd le pouvoir et les moyens dont dispose habituellement tout maître d'ouvrage (agissant dans le cadre de la loi MOP), puisque c'est le titulaire du marché qui devient maître d'ouvrage ! Et pourtant, ce sera bien la personne publique qui aura à assurer le service public dans l'ouvrage... créé sans elle, ou si peu.

1.4 – L'école mérite toute l'attention des collectivités territoriales

Les écoles sont, avec les maternelles, les premiers lieux où les enfants évoluent dans des espaces créés pour eux. C'est l'occasion, pour eux, de découvrir un cadre avantageusement "décalé" par rapport à leur habitat, cadre qui devrait être culturellement signifiant. **Comment une municipalité peut-elle prendre le risque de commander des établissements stéréotypés où le moindre coût aura guidé les constructeurs ?**

1.5 – À propos du prix

Il y a au moins un point sur lequel la plupart des analystes sont d'accord, c'est que **le coût du financement souscrit par le titulaire du marché sera toujours plus élevé que celui du financement obtenu par la personne publique** : en effet, les personnes publiques peuvent bénéficier d'emprunts à taux avantageux en raison de leur solvabilité, alors que les organismes prêtant à un opérateur privé demanderont à celui-ci des garanties d'autant plus onéreuses que l'exécution du marché comporte des risques difficilement cernables et porte sur de très longues durées.

Au risque de simplifier le sujet, on peut dire qu'en faisant l'économie d'un financement plus onéreux en renonçant au marché de partenariat, la personne publique peut s'offrir une construction présentant des « qualités » de toutes sortes, telles que celles données ci-dessus en exemples, et qui, rappelons-le, ne sauraient être, dans un cahier des charges, décrites, évaluées et contrôlées sur la base de critères objectivement quantifiables !

1.6 – La complexité mal comprise

L'une des justifications avancées par les promoteurs des PPP pour le choix de ce type de marché, serait que la complexité de certains ouvrages dépasserait les capacités des maîtres d'ouvrage et de leurs maîtres d'œuvre. Injure grave qu'on ne commentera pas.

À notre avis, ce type de marché peut trouver sa justification quand les moyens à mobiliser par les entreprises pour l'exécution des travaux peuvent déterminer significativement la conception même des ouvrages, sans en compromettre les finalités.

Sans être certain de la pertinence de ce qui suit, on pourrait dire qu'une reprise en sous-œuvre d'existants importants, ou le percement d'un tunnel, sont largement conditionnés par les matériels que les entreprises possèdent ou feront fabriquer, et par les méthodes adéquates qu'elles maîtrisent (travail en taupe par exemple, tunnelier, etc).

Par contre, évoquer la complexité d'un établissement hospitalier pour justifier un marché de partenariat est une stupidité absolue⁶, en raison notamment des réflexions et recherches permanentes indispensables pendant toute la durée de la concep-



tion et de la réalisation, entre le maître d'ouvrage, les maîtres d'usage (personnel soignant, services techniques hospitaliers), les maîtres d'œuvre, les fabricants de matériels, et quelques autres acteurs.

Avec un peu d'audace provocatrice, on dira que **le marché de partenariat pourrait être jugé pertinent pour commander un vaste réseau d'égoût destiné à un nouveau quartier, et pas du tout pour la création d'une crèche** avec l'imagination et la délicatesse requises pour l'accueil de jeunes enfants.

1.7 – Autre avatar des marchés de partenariat : leur durée

Puisque l'une des raisons qui pourraient justifier le recours aux marchés de partenariat est de répartir sur de nombreuses années le paiement, par la personne publique, des coûts de réalisation des ouvrages, **ces marchés sont toujours de longue durée** (parfois des décennies). Remarquons au passage, qu'un emprunt souscrit par une personne publique peut aussi être de longue durée !

Pour faire croire que ce type de marché fait supporter au titulaire des risques significatifs, le marché doit être truffé de performances à garantir pendant toute sa durée.

Pure mystification, car personne ne peut nier que les repères d'évaluation sont "volatiles", et de plus en plus rapidement⁷. À propos d'énergie, qui peut dire si les systèmes sophistiqués (y compris en exploitation) mis en œuvre aujourd'hui ne seront pas démodés au regard de besoins différents ou par de nouveaux modes de production ou de stockage⁸ ? Souvenons-nous par exemple des échelons de câbles dont on a encombré les bâtiments et que la fibre et le Wifi ont déclassés.

2 – Bons et mauvais usages des accords-cadres

2.1 – Quelques rappels réglementaires

L'article 4 de l'ordonnance 2015-899 du 23 juillet 2015 définit les accords-cadres :

"Les accords-cadres sont les contrats conclus par un ou plusieurs acheteurs soumis à la présente ordonnance 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."

Le décret 2016-360 du 25 mars 2016 leur consacre principalement trois articles :

- l'article 78 du décret édicte quelques conditions d'emploi ;
- l'article 79 décrit la procédure à appliquer lorsqu'un accord-cadre, qui n'a pas pu préciser complètement les caractéristiques et les modalités d'exécution des prestations demandées, nécessite l'attribution de marchés subséquents ; l'article distingue l'accord-cadre passé avec un seul opérateur économique et celui passé avec plusieurs opérateurs, qui nécessite la mise en concurrence de ceux-ci pour la conclusion des marchés subséquents ;
- l'article 80 prévoit la simple émission, au fur et à mesure des besoins, de bons de commande aux conditions fixées par l'accord-cadre, lorsque celui-ci a défini exhaustivement les prestations à fournir⁹.

On s'intéressera à l'article 79.

Les marchés subséquents précisent les caractéristiques et modalités d'exécution des prestations demandées, mais **ils ne peuvent pas modifier substantiellement les termes de l'accord cadre.**

Cela impose donc à l'accord-cadre de définir suffisamment les prestations demandées, puisque les marchés subséquents ne peuvent que les préciser, sans remettre en cause l'équilibre des clauses contractuelles initiales.

2.2 - Application éventuelle d'accords-cadres à des marchés de partenariat subséquents

Toute la première partie de la présente étude a conduit à constater :

- que, pour la plupart des ouvrages de bâtiment, il était impossible de définir, au stade de la programmation (et même au terme d'un dialogue compétitif), non pas seulement les besoins matériels d'un cahier des charges, mais surtout toutes les qualités et valeurs¹⁰ que l'ouvrage devra satisfaire et qui ne sauraient être décrites, évaluées et contrôlées sur la base de critères objectivement quantifiables !

- qu'en conséquence, tout marché de travaux conclu prématurément faisait, de facto, l'impasse sur la satisfaction de valeurs essentielles aux qualités attendues de chaque élément de notre cadre de vie.

Espérons que le lecteur aura compris l'incompatibilité entre des accords-cadres qui nécessitent une description robuste des prestations à effectuer **et les marchés de partenariat** qui doivent être conclus avant que les études définitives d'un projet ne soient engagées.

3 - Conclusion

La conclusion n'est pas difficile.

Laissons aux personnes publiques la maîtrise totale des ouvrages dans lesquels ils ont vocation et responsabilité de rendre des services à la collectivité.

À commencer par leur participation à la conception des ouvrages aux côtés de leurs maîtres d'œuvre (loi MOP).

Et, par la suite, évitons-leur de devoir, pendant deux décennies, mendier à un opérateur unique (négociation déséquilibrée) les adaptations et modernisations petites ou grandes (voire les changements d'affectation) dont tout bâtiment est l'objet, aussi souvent que la vie l'impose.

5 } Lire dans la revue *Marchés publics* n° 176, pages 41 à 47 : "Les valeurs de l'architecture"

6 } Démonstration aisée sur demande.

7 } À propos d'éclairage (éclairage, consommation, cycle de vie) : incandescence hier, fluo, halogène, leds... et demain ?

8 } Les coûts (y compris environnementaux) de fabrication et d'exploitation de certains systèmes pourraient vite dépasser la valeur de l'énergie économisée !

9 } Pour donner un exemple simple, un acheteur public (qui a toute liberté de ne pas recourir à une centrale d'achat) peut conclure à bon escient un accord-cadre avec un fournisseur pour la livraison de ramettes de papier dont les caractéristiques sont totalement définissables (format, grammage, blancheur, conditions de passage en machine, etc).

10 } On rappellera les termes de l'article de la revue *Marchés publics* n°176, cité en note 5 : "Pour qu'un bâtiment à créer engendre la satisfaction d'y vivre et enrichisse le patrimoine d'un pays, ses concepteurs doivent avoir réussi la synthèse architecturale des objectifs et des contraintes de tous ordres : culturels, sociaux, urbanistiques, environnementaux, esthétiques, fonctionnels, techniques, économiques, réglementaires et normatifs." On peut affirmer qu'aucun de ces objectifs et exigences n'est accessoire ou superflu.