

# L'exploitation-maintenance dans les contrats de partenariat

- ▣ Les contrats de partenariat sont encore perçus comme des contrats dont la finalité première est de « produire » des ouvrages, des infrastructures ou des bâtiments, comme si la partie « entretien », « maintenance », « exploitation » ou « gestion » avait moins d'importance.
- ▣ Un certain rééquilibrage devient donc nécessaire entre la part construction et celle afférente à la maintenance, tant au niveau des critères de jugement des offres que du dialogue compétitif.
- ▣ En effet, la période de construction est de 1 à 2 ans tandis que la période d'exploitation est assurément longue, voire très longue...

## Auteur

Olivier Raymundie, avocat associé, Cabinet Matharan-Pintat-Raymundie

## Mots clés

contrat de partenariat • Coût de construction • Performance • Maintenance • Exploitation • Expression des besoins • Dialogue • Critère de jugement des offres • Service • Coût global • Partage des risques • Évaluation préalable • Programme fonctionnel •

Une des conclusions d'une étude consacrée à l'examen d'une cinquantaine d'avis de publicité relatifs à des contrats de partenariat est que les critères de jugement des offres mis en œuvre par les personnes publiques portent d'abord sur « les coûts de construction », moins sur « les performances », tandis que les missions de « maintenance » et d'« exploitation » des ouvrages pèsent encore moins dans le choix du titulaire du contrat. Cet article a pour objet de s'interroger sur ce point peu exploré dans l'abondante doctrine consacrée aux contrats de partenariat. La question est de savoir si les contrats de partenariat ne sont pas utilisés comme s'appliquant d'abord à des opérations de construction, tandis que les opérations de « maintenance » et d'« exploitation », pourtant essentielles, puisque s'appliquant à la phase post-construction, ne passent pas au second plan. Les opérations « maintenance » et « exploitation » sont-elles appréciées justement à tous les stades de la procédure ? Pourtant, si la « performance » (dans la construction, mais également dans la maintenance) est au cœur des contrats de partenariat – l'expression revient en effet de nombreuses fois dans l'ordonnance modifiée – elle nous paraît encore insuffisamment appréhendée dans l'expression des besoins, au cours de dialogue, et dans les critères de jugement des offres.

Il nous semble, à cet égard, que les contrats de partenariat sont encore perçus, et en pratique appréhendés, comme des contrats dont la finalité première (mais non ultime) est de « produire » des ouvrages, des infrastructures ou des bâtiments, comme si la partie « entretien », « maintenance », « exploitation », « gestion » visée à l'article 1<sup>er</sup> de l'ordonnance modifiée avait moins d'importance. Car, une fois achevé, l'ouvrage devra être entretenu, renouvelé en tout ou partie sur une longue durée. C'est dire que les contrats de partenariat doivent s'insérer dans une logique de services (celle de la maintenance et de l'exploitation du bâtiment), ce, dans une vision de long terme.

Il semble qu'un certain rééquilibrage soit nécessaire entre la part construction et celle afférente à la maintenance, tant au niveau des critères de jugement des offres que du dialogue compétitif, les

## Extrait

### Art. 1<sup>er</sup> de l'ordonnance modifiée n° 2004-559 du 17 juin 2004

« I. - Le contrat de partenariat est un contrat administratif par lequel l'État ou un établissement public de l'État confie à un tiers, pour une période déterminée en fonction de la durée d'amortissement des investissements ou des modalités de financement retenues, une mission globale ayant pour objet le financement, la construction ou la transformation, l'entretien, la maintenance, l'exploitation ou la gestion d'ouvrages, d'équipements ou de biens immatériels nécessaires au service public. Il peut également avoir pour objet tout ou partie de la conception de ces ouvrages, équipements ou biens immatériels ainsi que des prestations de services concourant à l'exercice, par la personne publique, de la mission de service public dont elle est chargée ».

textes consacrant une place importante à l'ensemble « entretien », « maintenance », « exploitation », « gestion ».

## I. La part « entretien » et « maintenance » est fortement présente dans les textes

### A) Les missions d'entretien, de maintenance et d'exploitation ou de gestion : éléments centraux des contrats de partenariat

Aux termes de l'article 1<sup>er</sup> de l'ordonnance modifiée n° 2004-559 du 17 juin 2004 (voir extrait ci-contre), trois éléments sont associés à la définition même des contrats de partenariat :

1. le financement d'investissements immatériels, d'ouvrages ou d'équipements nécessaires au service public;
2. la construction ou la transformation des ouvrages ou équipements ou d'autres investissements, y compris immatériels;
3. leur entretien et/ou leur maintenance et/ou leur exploitation et/ou leur gestion. Ce dernier élément doit être examiné de près puisque, de lui, va dépendre la pérennité de l'ouvrage au sens large sur toute la durée du contrat.

Le droit communautaire, de son côté, définit les partenariats public-privé au travers la définition qu'en donne le Livre vert de la Commission européenne du 30 avril 2004 comme « des formes de coopération entre les autorités publiques et le monde des entreprises qui visent à assurer le financement, la construction, la rénovation, la gestion ou l'entretien d'une infrastructure ou la fourniture d'un service » (souligné par nous).

Notons d'emblée que la définition donnée par la Commission, met en exergue l'alternative de construction et d'entretien d'une infrastructure ou la fourniture d'un service. Ajoutons que le Conseil constitutionnel saisi de la conformité à la constitution française de l'article 6 de la loi n° 2003-591 du 2 juillet 2003 (CC n° 2003-473, DC du 26 juin 2003) avait rappelé que les contrats de partenariat avaient pour objet la gestion et le financement de services, ou une combinaison de ces différentes missions [...]. Celui-ci avait pu indiquer : « 13. Considérant que l'article 6 autorise le gouvernement à modifier la loi du 12 juillet 1985 susvisée en instituant de nouvelles formes de contrats portant sur « la conception, la réalisation, la transformation, l'exploitation et le financement d'équipements publics, ou la gestion et le financement de services (souligné par nous), ou une combinaison de ces différentes missions » ; [...] 15. Considérant, en premier lieu, qu'il ressort des travaux parlementaires que l'habilitation contestée a pour finalité d'alléger les règles régissant la commande publique en vue de rendre plus aisées la conclusion et l'exécution des contrats passés avec des personnes privées pour la réalisation d'équipements ou la fourniture de services (souligné par nous) ; [...] 18. [...] que, dans ces conditions, les ordonnances prises sur le fondement de l'article 6 de la loi déferée devront réserver de semblables dérogations à des situations répondant à des motifs d'intérêt général tels que l'urgence qui s'attache, en raison de circonstances particulières ou locales, à rattraper un retard préjudiciable, ou bien la nécessité de tenir compte des caractéristiques techniques, fonctionnelles ou économiques d'un équipement ou d'un service déterminé (souligné par nous). »

On revient ainsi aux principes fondateurs de ce contrat qui poursuivent deux objectifs majeurs :

- procéder à un étalement des coûts budgétaires dans le temps par la recherche d'un lissage de la dette afin (i) de parer aux hypothèses de pression fiscale trop brutale et (ii) éviter un endettement excessif des décideurs publics;
- procéder, au profit d'un opérateur unique, à la dévolution d'un projet global de conception, de construction et d'exploitation-maintenance d'un ouvrage ou d'un bâtiment.

Cette recherche d'un coût global et de performances se retrouve d'ailleurs dès le stade de l'évaluation préalable prévue à l'article 2 de l'ordonnance : « I- Les contrats de partenariat donnent lieu à une évaluation préalable [...]. Cette évaluation comporte une analyse comparative de différentes options, notamment en termes de coût global hors taxes, de partage des risques et de performance, ainsi qu'au regard des préoccupations de développement durable. Lorsqu'il s'agit de faire face à une situation imprévisible, cette évaluation peut être succincte ». Ainsi, pour la première fois en droit français, le choix d'un contrat doit être précédé d'une évaluation préalable assise sur trois éléments : le coût global, la performance et le partage des risques.

Or, alors même qu'il constitue un contrat spécial (et dérogatoire) au sein des contrats administratifs français parce que devant faire la démonstration de son utilité économique au travers de l'évaluation préalable, il nous semble que ces contrats sont appréhendés comme ayant pour objet de produire des ouvrages, des infrastructures, ou des bâtiments, alors même que leur définition les conduit nécessairement à fournir, *in fine*, des services, à assurer l'exploitation de bâtiments, leur maintenance et leur renouvellement. En d'autres termes, alors que par leur objet, les contrats de partenariat sont globaux, axés notamment sur la notion de « performance », ils demeurent encore emprunts d'une logique d'externalisation axée sur la construction d'un bâtiment. La logique des services, qui procède de l'après-construction, apparaît encore mise entre parenthèses, comme si l'attention se focalisait sur la construction et l'achèvement du bâtiment qui, on le sait, permettent la mise en loyer.

### B) La notion de « performance » ne s'arrête pas à la construction

L'observateur est frappé par la présence, dans l'ordonnance, de mots empruntés au vocabulaire économique puisqu'on a pu y relever à plusieurs reprises l'expression « performance », de sorte que pour la première fois la « performance » est inscrite en droit français au cœur d'un contrat public. Performance dans la construction du bâtiment, mais également dans son exploitation, les deux étant liées étroitement évidemment.

Ainsi, l'article 1<sup>er</sup> précise que : « La rémunération du cocontractant fait l'objet d'un paiement par la personne publique pendant toute la durée du contrat. Elle peut être liée à des objectifs de performance assignés au cocontractant. » Au titre des critères de jugement des offres, l'article 8 indique que : « Parmi les critères d'attribution, figurent nécessairement le coût global de l'offre, des objectifs de performance définis en fonction de l'objet du contrat, en particulier en matière de développement durable, et la part d'exécution du contrat que le candidat s'engage à confier

à des petites et moyennes entreprises et à des artisans.» L'article 11 quant à lui, concerne le contenu du contrat de partenariat. Il comporte, à cet égard, des clauses relatives à la performance en ces termes : « Un contrat de partenariat comporte nécessairement des clauses relatives : c) aux objectifs de performance assignés au cocontractant, notamment en ce qui concerne la qualité des prestations de services, la qualité des ouvrages et équipements, les conditions dans lesquelles ils sont mis à la disposition de la personne publique, et, le cas échéant, leur niveau de fréquentation [...] ; f) aux modalités de contrôle par la personne publique de l'exécution du contrat, notamment du respect des objectifs de performance, ainsi que des conditions dans lesquelles le cocontractant fait appel à d'autres entreprises pour l'exécution du contrat, et notamment des conditions dans lesquelles il respecte son engagement d'attribuer une partie du contrat à des petites et moyennes entreprises et à des artisans ; g) aux sanctions et pénalités applicables en cas de manquement à ses obligations, notamment en cas de non-respect des objectifs de performance, de la part du cocontractant. »

La performance doit être entendue, à notre sens, dans sa globalité c'est-à-dire portant tant sur la construction que l'exploitation de l'ouvrage. Les contrats qui ont été passés concernent principalement le secteur des infrastructures, des bâtiments et des travaux, mais peu celui des services de sorte que l'aspect *facility management* semble insuffisamment mis en avant. En outre, il semble que même pour des contrats dans lesquels la place de l'exploitation et de la maintenance est fondamentale, puisque les contrats sont conclus pour de longues années, l'importance réservée à l'exploitation et à la maintenance s'avère encore insuffisante.

### ☞ Passer d'une logique « d'achat » d'un bien immobilier à celle d'exploitation

Jusqu'à présent, la pratique des contrats de partenariat a peut-être donné lieu à « l'achat » de bâtiments, d'ouvrages ou d'infrastructures laissant un rôle plus accessoire à la fourniture des services (ceux de la maintenance et de l'exploitation). Or, force est de constater que ces contrats pour lesquels la période de construction est de 1 à 2 ans sont de longue durée, tandis que la période d'exploitation est assurément longue, voire très longue (un contrat d'une durée de 20 ans pourra ainsi avoir une durée d'exploitation de 18 ans). La pratique invite alors à faire un double constat au titre des procédures diligentées :

1. La très forte présence des entreprises de construction ce qui se comprend au vu de l'objet des contrats.
2. Les « performances » n'ont pas la place qu'elles méritent dans ce type de contrats alors même que l'évaluation préalable qui leur donne naissance est fondée également sur la démonstration qu'ils sont en capacité d'apporter plus de performances dans l'appréciation globale des coûts. Ainsi, la place pour le moment insuffisamment centrale de la performance met en exergue un certain nombre de paradoxes : – la définition même des contrats de partenariat qui fait explicitement référence à la notion (non définie) de « performance » ; – l'évaluation préalable qui porte sur les performances ; – la durée des contrats pour lesquels la durée d'exploitation constituera l'enjeu majeur puisqu'ils inscriront l'entretien, la maintenance, l'exploitation et la gestion des infrastructures dans le

temps (ce qui pose la question des clauses d'évolutivité, des avenants, de l'adaptation de ces contrats à l'évolution législative et réglementaire, et aux mutations technologiques) ; – les motifs qui ont présidé à l'institutionnalisation des contrats de partenariat qui, outre la recherche d'un lissage budgétaire et d'une moindre pression fiscale à court terme, repose sur le caractère « global » du contrat ; – le principe selon lequel ces contrats reposent sur la recherche de la *best value for money* en réponse au Public Sector Comparator (PSC).

Force est de constater que les contrats de partenariat jusque-là utilisés l'ont été dans des domaines à forte dimension « construction » (hôpitaux, construction de bâtiments, de roclades, de collèges, de stades, etc.). Des évolutions ont pu néanmoins être constatées puisque ces contrats s'inscrivent peu à peu dans les métiers où la dominante « service » devient plus importante (collecte par voie pneumatique de déchets, secteur des NTIC avec la mise en place de mise à disposition d'accès aux documents administratifs en ligne, missions d'informatisation, etc.

Sur le plan prospectif, pour de nouveaux secteurs comme celui de l'université, il pourra être relativement aisé de se fonder sur le coût et sur le délai de construction ou de réhabilitation d'un bâtiment universitaire. Il sera, en revanche, plus délicat de se projeter dans l'avenir pour réaliser des bâtiments ou des salles de cours tenant compte de l'évolution de la démographie étudiante ou d'imaginer la façon dont les cours seront enseignés dans les prochaines années, et partant, de concevoir un bâtiment en fonction de ce que sera l'université de demain. L'avantage concurrentiel des contrats de partenariat passera par cet effort d'anticipation qui nécessitera que la personne publique ait identifié cette problématique en amont. Il reste que cet effort sera nécessaire.

## II. La maintenance est-elle suffisamment prise en compte dans l'appréciation des offres ?

Les risques en matière de maintenance dépendent de la qualité de la construction. Ils sont tributaires de son utilisation, de sa destination, des choix de matériaux. Ils dépendent également de la politique mise en place au niveau du renouvellement des installations. Si le constructeur fait le choix de matériaux qualitatifs élevés, les charges de renouvellement seront moindres. Or, il nous semble que ce rapport étroit entre le risque de maintenance et la qualité de l'ouvrage dont dépend le degré des performances n'est qu'insuffisamment mis en avant lors de l'analyse des offres, mais également au niveau des critères de jugement des offres. L'article 8 de l'ordonnance modifiée dispose : « I. - [...] Parmi les critères d'attribution, figurent nécessairement le coût global de l'offre, des objectifs de performance définis en fonction de l'objet du contrat, en particulier en matière de développement durable, et la part d'exécution du contrat que le candidat s'engage à confier à des petites et moyennes entreprises et à des artisans. On entend par coût global de l'offre la somme des coûts actualisés générés par la conception, le financement, la construction ou la transformation, l'entretien, la maintenance, l'exploitation ou la gestion d'ouvrages, d'équipements ou de biens immatériels, les prestations de services prévus pour la durée du contrat ».

Or, il résulte de l'analyse d'avis d'appel public à la concurrence publiés au BOAMP, que les critères liés aux objectifs de performance et à l'exploitation-maintenance, sont encore faiblement mis en valeur :

- les critères concernant la construction, la qualité architecturale et le coût de la construction se sont avérés prédominants par le poids qu'ils représentent dans les critères de jugement des offres ;
- le critère de performance est, dans la majorité des cas, pondéré parmi d'autres critères concernant la qualité technique et architecturale (ex : « Respect de la qualité technique globale, d'intégration des cibles environnementales et des objectifs de performance »), ce qui le rend moins lisible, donc moins pertinent ;
- inversement, le critère de la performance est rarement lié aux prestations de services concernant l'exploitation et la maintenance (ex : « Exploitation intégrant en particulier la pertinence des objectifs de performance proposés et le respect des objectifs de développement durable »). Cela est d'autant plus paradoxal que les prestations de services se déroulent sur une durée beaucoup plus longue que la construction ;
- la performance n'est pas toujours définie explicitement, donc pas toujours lisible ;
- il ressort des avis analysés que le critère de performance est pondéré en moyenne à 27% : ce critère étant dilué avec d'autres, sa part représentative est donc plus faible. Il doit être rappelé que le critère de performance tel qu'il est annoncé dans les avis ne concerne jamais exclusivement des prestations de maintenance, mais renvoie à d'autres prestations attendues telles que la qualité technique des ouvrages ou leur délai de réalisation.

La formulation précise des critères s'avère d'autant plus nécessaire que le travail d'expression et de quantification des critères constitue la conséquence de l'expression des besoins de la personne publique. Cela est d'autant plus important que :

- c'est généralement la maintenance qui va supporter le jeu du mécanisme des pénalités, et ce, durant toute la durée d'exploitation ;
- les clauses de stabilité de l'actionnariat de la société dédiée prévoient généralement une sortie anticipée du constructeur de ladite société.

### III. Le dialogue compétitif doit permettre d'arrêter le périmètre de l'exploitation-maintenance

#### A) Définir la maintenance souhaitée et ses niveaux dès le début du dialogue

Le dialogue peut être rendu difficile en raison d'une mauvaise expression des besoins au titre du périmètre de la maintenance. Le périmètre de l'exploitation-maintenance peut, en outre, être variable selon les projets et aller de la maintenance du bâtiment lui-même, à celle de la maintenance des installations techniques, voire des équipements et des services. Or, il s'avère que la définition même du terme « maintenance » donne lieu parfois à débat, si bien qu'il est parfois difficile de connaître les

niveaux de maintenance demandés (niveau 1, niveau 2, etc.). Il est donc indispensable que la notion même de maintenance et ses niveaux soient définis dans le programme fonctionnel des besoins, celle-ci étant souvent sous-estimée. Notons qu'il peut arriver qu'en cours de dialogue les exigences de maintenance évoluent pour des raisons budgétaires, et/ou de mauvaise estimation des besoins, de sorte que le périmètre de cette dernière soit revu. Or, la maintenance qui constitue un des éléments du dialogue participe de la notion de « coût global » du contrat de partenariat, ce qui peut avoir pour intérêt que la personne publique s'oriente vers des systèmes de maintenance étendue. De la même façon, il peut, en cas de doute, être utilement recouru à la notion de variante (dès lors qu'elle a été prévue initialement) afin de permettre aux personnes publiques de recourir à la maintenance étendue si elle le souhaite et ainsi bénéficier d'un chiffrage de cette prestation.

#### B) La nécessaire stabilisation du programme fonctionnel des besoins

Un des rôles majeurs de ces contrats est de permettre aux personnes publiques de définir et d'exprimer leurs besoins dans le cadre de programmes fonctionnels. Outre le fait que les programmes s'expriment, non par des prescriptions techniques, mais par des performances, celui-ci doit être stabilisé afin que le dialogue puisse se dérouler dans des conditions équitables. Certains programmes ont été non stabilisés, ce qui a conduit les personnes publiques à les faire évoluer en cours de dialogue, voire à les modifier, au détriment de la progressivité attendue de celui-ci et de l'exhaustivité des clauses du contrat à aborder. De ce point de vue, il apparaît que les programmes fonctionnels des besoins peuvent être stabilisés avant le lancement du dialogue compétitif.

### Conclusion

Les textes relatifs aux contrats de partenariat consacrent une part importante aux missions d'« entretien », de « maintenance », d'« exploitation » et de « gestion ». Pourtant, tant au niveau des critères de choix que du dialogue compétitif, il semble que ces missions soient encore insuffisamment prises en compte. Un rééquilibrage s'avère donc nécessaire au risque de faire des contrats de partenariat des contrats de financement et de construction, et accessoirement des contrats portant sur l'exploitation d'ouvrages. ■