

## Fiche explicative : Le recours aux Assistants à Personne Publique

Les PPP en général et les contrats de partenariat (CP) en particulier sont des contrats complexes et qui engagent durablement la personne publique pour des montants importants. Leur préparation et leur mise en œuvre requièrent de la part de la personne publique pouvoir adjudicateur la réunion de compétences multiples à un haut degré d'expertise. Afin de disposer d'une évaluation préalable de qualité, et de conforter sa capacité à piloter les phases d'attribution, de contractualisation et de mise en œuvre d'un projet, la personne publique qui envisage le contrat de partenariat doit se donner les moyens d'être entourée de ces compétences.

A cette fin la MAPPP, qui apporte un appui méthodologique sans pour autant prendre en charge l'élaboration de cette évaluation préalable, ni le pilotage des phases suivantes, recommande le recours à des assistants externes communément appelés assistants à personne publique (APP)<sup>1</sup>. En effet, les donneurs d'ordre publics disposent très rarement en interne de toutes les ressources nécessaires pour des prestations d'une telle technicité. Pourtant la clé de la réussite d'un PPP passe avant tout par une bonne maîtrise de tous les aspects du projet (techniques, financiers, juridiques). Et ce d'autant plus, qu'il y a asymétrie de l'information de part et d'autre : en face des personnes publiques, vont souvent se retrouver des entreprises très expérimentées, ayant déjà eu l'expérience de la négociation d'un PPP en France ou à l'étranger et accompagnées d'assistants de haut niveau.

Les questions suivantes se posent alors : **De quels types d'APP a-t-on besoin ? A quel moment ? Et comment les recruter ?**

### I- De qui la personne publique a-t-elle besoin pour l'assister dans un projet de CP ?

Le recours aux APP ne doit surtout pas entraîner la mise à l'écart des services de la personne publique. En effet la désignation d'un chef de projet en interne, éventuellement soutenu par un APP « pilote », est fondamentale. D'autre part, l'association des équipes internes dans la mission d'évaluation préalable et leur formation pour le suivi et le contrôle de l'exécution du contrat sont tout à fait indispensables.

A chaque besoin, son assistant :

#### 1) Un expert économique-technique

Type de cabinet conseil : par exemple bureaux d'études techniques ou économistes de la construction (BET).

L'assistant aura ici pour mission l'étude de l'économie du projet ou de la construction, la définition des performances attendues, la répartition optimisée des risques de construction et d'exploitation, la conception de dispositifs de contrôle et d'un système de pénalités correspondant. L'expert technico-économique peut également contribuer au chiffrage des recettes annexes envisagées, ainsi qu'à la valorisation des principaux risques de construction et d'exploitation.

<sup>1</sup> Et non (pour éviter toute confusion) AMO (assistant à la maîtrise d'ouvrage) du fait du transfert, inhérent au contrat de partenariat, de la maîtrise d'ouvrage au partenaire privé .

Il joue un rôle clé pour « fiabiliser » les estimations de coûts d'investissement initial et d'entretien/maintenance en menant les « due diligences » techniques à partir des avant-projets sommaires ou solutions de référence définis par la personne publique (le plus souvent avec l'aide d'un bureau d'études avec lequel il conviendra de maintenir un lien durant cette phase). Au-delà de la comparaison des coûts relatifs entre schémas en maîtrise d'ouvrage publique classique et contrat de partenariat, pour faire apparaître la solution la plus avantageuse, le chiffrage précis en valeur absolue de ces coûts est en effet un élément essentiel de la crédibilité de la procédure et de sa soutenabilité budgétaire.

Il permet dans la phase d'attribution de faire connaître aux candidats les grandes masses financières attendues tirées de l'évaluation préalable, et de donner à la personne publique une référence pour l'appréciation des offres.

L'APP technique assure la cohérence de ces chiffres avec le programme fonctionnel qu'il aura le plus souvent contribué à mettre au point.

La personne publique gagnera ainsi du temps lors du dialogue compétitif car les candidats pourront alors faire une première proposition assez proche de ce qu'elle attend.

L'APP technique apportera tout au long de la procédure son concours à l'analyse des offres des candidats, et au respect par celles-ci des critères relevant de sa compétence (qualité architecturale, développement durable).

## **2) Un juriste spécialisé**

Type de cabinet conseil : avocats et autres conseils juridiques

En phase d'évaluation préalable, il pourra tout d'abord justifier le recours au contrat de partenariat au regard des critères d'éligibilité juridiques prévus par la loi (ces critères étant complétés depuis la loi du 28 juillet 2008 réformant l'ordonnance de 2004 par un critère purement économique de bilan).

Puis il va répertorier et comparer les différents outils de la commande publique susceptibles d'être utilisés. Cette comparaison l'amènera à sélectionner les schémas qui feront effectivement l'objet de l'évaluation comparative.

Il examinera chacun des points particuliers qui relèvent de son domaine de compétence (situation domaniale, champ éventuellement couvert par les prestations générant des recettes annexes, questions procédurales diverses).

S'agissant de la procédure de passation, s'il s'agit d'un dialogue compétitif il aura successivement pour tâche :

- de préparer l'AAPC (avis d'appel public à concurrence) puis d'assister la personne publique dans la procédure de choix des candidats ;
- de préparer les pièces à caractère juridique du DCE (dossier de consultation des entreprises) : règlement du dialogue, projet de contrat, matrice des risques et de contribuer à la mise au point définitive du programme fonctionnel ;
- pendant toute la procédure de passation et en particulier lors de la demande d'offres finales, il aura pour rôle de traduire contractuellement les exigences de la personne publique en relation avec l'APP technique et l'APP financier.

## **3) Un financier**

Type de cabinet conseil : cabinets d'audit, d'expertise-comptable ou banques-conseils

Le financement privé des contrats de partenariat implique une bonne maîtrise des enjeux financiers et fiscaux du projet, et de l'ingénierie financière associée, une bonne connaissance de l'état du marché des financements de projets, ainsi qu'une capacité à valoriser financièrement les risques répertoriés en fonction des schémas de comparaison retenus et de l'affectation de ces risques. L'objectif étant de chiffrer les coûts complets selon les différents schémas, en incluant ou non la

valorisation des risques. Il s'agit pour ce faire de concevoir et « faire tourner » un modèle retraçant les flux financiers prévisionnels, de procéder à leur actualisation et aux analyses de sensibilité. L'APP examinera en détail les points particuliers qui relèvent de son domaine de compétence (fiscalité, mécanismes d'intéressement).

En phase de procédure de passation, l'APP aura à expertiser et comparer les propositions financières des candidats, en particulier celles relatives au financement du contrat.

En phase de mise au point, il sera amené à contrôler étroitement la rédaction des annexes financières au contrat, ainsi que les formules contractuelles de couverture de risque de taux (fixation des taux d'intérêt par « swap »).

#### **4) Divers**

Lorsque des recettes principales ou annexes liées au projet sont envisageables, il conviendra de s'assurer l'assistance des personnes compétentes pour réaliser des chiffrages aussi réalistes que possible.

#### **5) Un assistant au pilotage ?**

En complément de la responsabilité de coordination propre au chef de projet interne à l'équipe de la personne publique, il convient d'assurer au quotidien la coordination du travail des APP. Cette tâche peut revenir à l'un d'entre eux, en pratique c'est souvent l'assistant juridique qui l'assume. Mais certains projets particulièrement complexes ou de grande envergure peuvent rendre nécessaire le choix d'un assistant au pilotage ou « APP référent » qui coordonnera les APP et servira d'interface avec la personne publique.

Ces personnes extérieures sont sollicitées pour leurs compétences organisationnelles, pour leur talent de coordinateurs ou enfin leur expérience dans la définition d'une stratégie de projet. L'assistant au pilotage doit expliquer à la personne publique les enjeux importants déterminés à partir des expertises techniques, juridiques et financières, pour lui permettre de prendre une décision.

## **II- Quand faut-il avoir recours aux services des APP ?**

### L'évaluation préalable et l'élaboration du contrat

La première mission des APP est principalement de réaliser l'évaluation préalable obligatoire et d'assister la personne publique pendant la phase d'attribution et de négociation du contrat. En réalité ils sont utiles, voire indispensables en amont et en aval de cette mission principale.

#### En amont de l'évaluation préalable :

Sans une vision précise du projet, il est impossible de répondre à la question du choix d'un mode de réalisation. Afin de permettre aux APP de réaliser l'évaluation préalable dans de bonnes conditions, il est utile de leur demander de participer, en amont, à des études qui permettront de dégager un projet clair et réaliste, par le biais notamment du préprogramme fonctionnel.

#### En aval de l'élaboration du contrat :

La difficulté que représente le suivi de l'exécution d'un contrat de partenariat ne doit pas être sous-estimée. La nouveauté du cadre juridique, la procédure de dialogue compétitif et surtout le caractère global du contrat font de celui-ci un objet pour l'instant « taillé sur mesure » dont la mise en œuvre exigera un suivi particulier. Citons pour exemple l'évaluation des performances qui impactent la rémunération du titulaire, la possibilité pour le titulaire de générer des recettes annexes, ou encore l'association obligatoire de PME à l'exécution du contrat. Or, les personnes les mieux à même d'assurer le suivi de telles clauses sont finalement celles qui les ont conçues. Il faut prévoir si possible que ces APP assurent une assistance au début d'exécution du contrat et que, le cas échéant, ils puissent par la suite apporter une assistance ponctuelle. En tout état de cause il faudra que les équipes

compétentes en interne aient été totalement associées à la procédure et formées en conséquence afin de pouvoir suivre de façon pertinente l'exécution du contrat.

### **III Comment recruter les APP dont la personne publique a besoin ?**

La personne publique peut choisir de recruter ces APP par le biais d'un groupement : elle met en concurrence plusieurs cabinets ou BET qui se seront préalablement regroupés. Une autre possibilité est de segmenter ses besoins, il s'agira de lancer plusieurs marchés distincts pour recruter chaque type de conseil nécessaire.

Il faut rappeler que l'article 10 du code des marchés publics pose le principe de l'allotissement, c'est à dire de marchés distincts. Toute dérogation à ce principe doit être dûment justifiée: « *Le pouvoir adjudicateur peut toutefois passer un marché global, avec ou sans identification de prestations distinctes, s'il estime que la dévolution en lots séparés est de nature, dans le cas particulier, à restreindre la concurrence, ou qu'elle risque de rendre techniquement difficile ou financièrement coûteuse l'exécution des prestations ou encore qu'il n'est pas en mesure d'assurer par lui-même les missions d'organisation, de pilotage et de coordination.* »

Si on ne peut pas recommander ici la meilleure façon de procéder, on peut exposer les avantages et inconvénients de chaque solution.

#### **1) Recruter les APP en groupement**

##### Deux avantages majeurs

Les membres du groupement se sont choisis mutuellement, ce qui laisse présager un travail efficace puisqu'ils ont la volonté de collaborer.

Cela simplifie la tâche de la personne publique dans la mesure où elle n'aura qu'un seul marché à passer pour un panel de conseils différents.

Le mandataire du groupement sera particulièrement désigné pour exercer la fonction de coordination des APP.

##### Les inconvénients

Les meilleurs conseils de chaque domaine ne seront pas nécessairement dans le même groupement. Il s'agira donc de juger une prestation globale dans laquelle peut se poser un problème de répartition du travail entre APP<sup>2</sup>.

De plus sur le marché des APP, les BET compétents sur le secteur correspondant au projet à réaliser sont souvent la ressource rare (les avocats et les financiers étant par nature plus généralistes). Exiger des candidatures en groupement, c'est alors risquer d'assurer le marché à celui qui s'associera en premier au technicien en situation de monopole, ce qui conduit à restreindre la concurrence. Sans compter qu'il devient alors difficile de justifier une dérogation au principe d'allotissement.

---

<sup>2</sup> Il faut accorder une attention particulière à l'avocat dans le cadre de son adhésion à un groupement. Si les groupements interprofessionnels lui sont permis, il résulte toutefois du règlement intérieur national de la profession d'avocat (RIN) que son indépendance doit être préservée. Ceci implique que les avocats ne doivent jamais se retrouver, du fait de leur participation à un groupement, dans une situation de subordination hiérarchique. Tout lien mettant en péril l'indépendance de cette profession est proscrit. En outre, le RIN précise que si l'avocat peut participer à un groupement, celui-ci ne doit pas prévoir une clause de responsabilité solidaire entre ses membres puisque cela entraînerait l'avocat à exercer une activité commerciale. Enfin si l'avocat est mandataire non solidaire du groupement, il ne pourra pas recevoir de rémunération. En conclusion, l'avocat ne pourra répondre à un appel d'offres pour une mission d'APP que dans la mesure où la personne publique n'exige pas la constitution d'un groupement solidaire. Sa déontologie ne lui permettra de répondre à une telle offre que dans le cadre d'un groupement conjoint

## 2) Sélectionner les APP séparément

En principe, la mise en concurrence directe des APP d'une même catégorie va permettre de retenir le meilleur conseil. Il sera alors rémunéré à la juste valeur de son travail et non en fonction de sa position au sein d'un groupement.

Cependant, cela implique un surcroît de travail pour la personne publique qui devra publier deux à trois AAPC (ou un seul, mais avec deux à trois lots séparés) et conclure autant de marchés, alourdissant la procédure.

## 3) Quelques remarques pour aider au choix

Le caractère complexe et souvent innovant du CP rend le choix de l'expert économique-technique crucial, or on a vu que dans certains domaines très techniques il s'avère être une ressource rare. Imposer le groupement conduit alors mécaniquement à assécher la concurrence entre financiers et juristes.

Une première solution consiste alors à conclure un premier marché intégrant les prestations juridiques et financières et à conclure un second marché séparé pour la partie « technique ». C'est une formule très couramment employée.

Un appel d'offres unique comportant plusieurs lots est également envisageable.

Pour les projets très complexes (par leur technicité ou leur ampleur), mieux vaut sans doute privilégier la solution d'APP séparés pour être assuré de s'entourer des meilleurs et surtout de bien calibrer les missions de chaque APP.

### **Conclure un marché continu ou un marché pour chaque phase du projet ?**

#### L'hypothèse d'un marché à tranches

La première tranche ou tranche ferme concernerait la mission de conseil en amont et de rédaction de l'évaluation préalable.

Puis, des tranches conditionnelles seraient levées pour les phases suivantes :

- l'élaboration de l'AAPC et du DCE, la conduite du dialogue compétitif, et la négociation et rédaction du contrat ;
- éventuellement la mission d'assistance au suivi de son exécution.

L'avantage est que les conseils, imprégnés du sujet, connaissent parfaitement le projet et ainsi la logique initiale ne sera pas rompue. Des économies peuvent en être retirées, surtout en cas de budget global forfaitaire.

L'inconvénient est que la perspective d'affermissement des tranches complémentaires qu'ouvre la poursuite d'un schéma sous forme de CP peut inciter ceux-ci à exagérer son intérêt, quitte à biaiser l'évaluation préalable.

Une solution à envisager est d'introduire en tranches conditionnelles la poursuite du projet quel que soit le montage retenu. Mais il faudra alors bien préciser les prestations en cas d'abandon du CP au profit d'un autre mode contractuel puisque les APP choisis ne sont pas forcément les plus à même de poursuivre l'opération qui prendrait une autre forme.

A l'inverse, le marché à tranches permet de dénouer sans problème à l'issue d'une phase un collaboration estimée insatisfaisante.

Une variante : le marché décomposé en phases (en application de l'article 18 du CCAG prestations intellectuelles (PI) du code des marchés publics)

Le marché est alors décomposé en phases (selon une grille plus fine que celle relative à une tranche ferme/tranche conditionnelle). Au terme de chaque phase du marché, la personne publique se réserve le droit de prendre, sans préavis, la décision d'arrêter l'exécution des prestations, laquelle décision emporte résiliation du marché sans indemnité.

L'hypothèse de marchés distincts

Il est par ailleurs possible de passer plusieurs marchés successifs : par exemple, un premier pour les études amont et l'évaluation, puis un second pour conduire le dialogue et assurer le suivi du contrat de partenariat si c'est la solution retenue par l'évaluation.

L'inconvénient du recours aux marchés distincts, outre la lourdeur de la procédure (encore accrue si l'on sélectionne chaque APP séparément), est de mettre éventuellement la personne publique devant une situation délicate (bien connue cependant en marchés publics) : remettre en concurrence un prestataire qui a donné toute satisfaction et qui a l'avantage de bien connaître le dossier. Le choix devra donc être fait au cas par cas par la personne publique, en fonction de l'appréciation qu'elle porte sur ses compétences et ressources internes comme sur le marché des conseils à mobiliser au vu du projet concerné.