

Cadre juridique des partenariats public-privé

Les propositions de la Confédération Construction



Confédération Construction



Avant-propos

Le recours au partenariat public-privé (PPP) pour la réalisation de travaux de construction suscite un intérêt croissant auprès des pouvoirs publics. Cet intérêt est sans doute lié à la satisfaction de besoins importants en travaux que le recours au PPP peut faciliter dans un contexte où la capacité de financement des pouvoirs publics est faible.

Pour les projets qui s'y prêtent, à savoir ceux qui reposent sur une approche globale et de long terme, le concept de partenariat public-privé offre au pouvoir public à la fois une solution de financement et une dynamique de gestion fondée sur l'expérience d'un partenaire privé. La Confédération Construction peut souscrire à cette évolution qui ouvre des perspectives en matière d'investissements, d'innovation et de développement économique. Elle souligne toutefois, dans le même temps, la nécessité d'encadrer cette évolution par un ensemble de mesures légales et de règles de bonnes pratiques.

L'organisation professionnelle a mené ces derniers mois un long travail de réflexion sur le cadre légal et les règles de bonnes pratiques à retenir pour le développement harmonieux des PPP, réflexion qui a été nourrie par une étude scientifique confiée à deux universitaires¹. Le comité de pilotage de la Confédération qui a conduit cette réflexion sous la présidence de Monsieur Etienne Dewulf, membre du Comité directeur, a réuni en son sein toutes les expertises nécessaires au bon aboutissement de sa mission.

Les orientations proposées dans ce mémorandum sont le résultat des échanges de qualité entre experts dans les différentes matières concernées - juridique, technique, économique, financière, ... Elles traduisent ainsi non seulement la réalité de l'approche multidisciplinaire qui a été suivie pour leur élaboration mais aussi la recherche d'un bon équilibre entre les intérêts des parties concernées dans les solutions qu'elles préconisent.

La Confédération invite les pouvoirs publics à reprendre à leur compte ce travail de réflexion et à adopter les outils juridiques et pratiques souhaités. Ils s'inspireront à cet effet des propositions concrètes qui leur sont suggérées dans ce mémorandum.

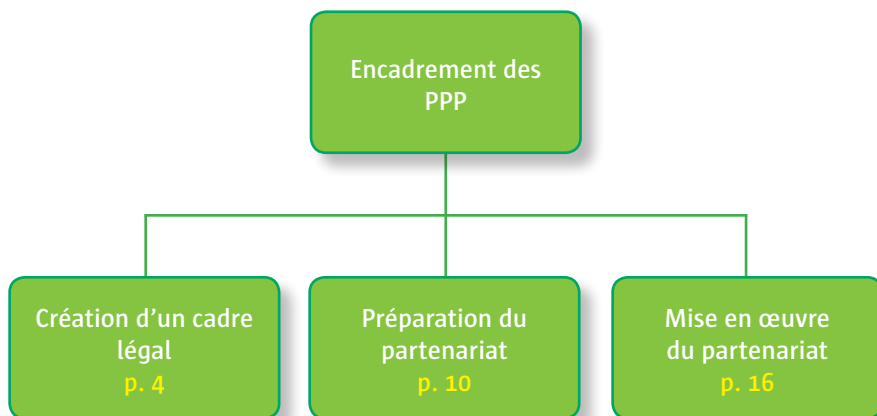
Jean Biesmans
Président
Vlaamse Confederatie Bouw

Philippe Gillion
Président
Confédération Construction
Bruxelles-Capitale

Marc Lefebvre
Président
Confédération Construction
Wallonne

Jacques De Meester
Président
Confédération Construction

Propositions pour un encadrement juridique des PPP

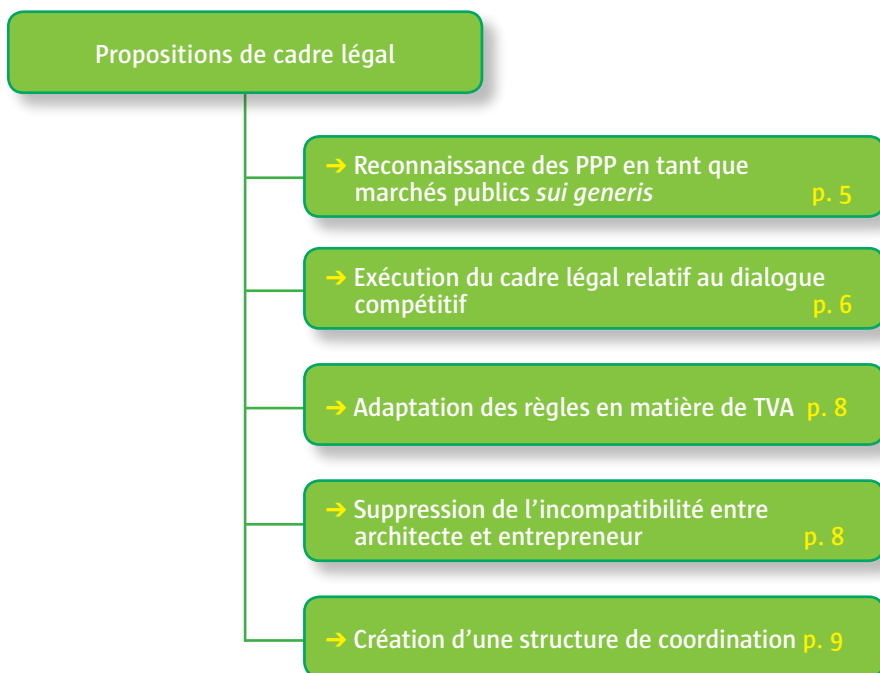


.....
¹ Etude sur le développement harmonieux des partenariats public-privé en Belgique, 2009. Etude menée pour le compte de la Confédération par madame Yseult MARIQUE, chercheur et doctorante à l'ULB, pour ce qui est du volet juridique, et par monsieur Raymond GHYSELS, professeur au centre de recherche de comptabilité et contrôle de gestion de l'ULB, pour ce qui concerne le volet économique et financier.



I. La création d'un cadre légal adapté

Les PPP sont des opérations spécifiques pour lesquelles le cadre juridique actuel ne donne pas entière satisfaction. Des dispositions légales et réglementaires doivent être prises ou adaptées pour permettre un développement harmonieux de ces opérations, dans le respect de leurs spécificités.



RECONNAISSANCE DES PPP EN TANT QUE MARCHÉS PUBLICS *SUI GENERIS*

La reconnaissance des spécificités des opérations de partenariat public-privé dans la loi sur les marchés publics est une démarche nécessaire. Cette reconnaissance n'a pas pour effet de sortir les opérations de partenariat de la réglementation sur les marchés publics, ni de créer une nouvelle catégorie de commandes publiques. L'objectif est uniquement de réserver aux PPP un traitement juridique différencié des autres marchés publics en raison des particularités de ce type d'opérations.

Deux actions doivent être menées pour assurer la reconnaissance légale des PPP:

→ **L'insertion d'un titre spécifique dans la loi du 24 décembre 1993 relative aux marchés publics**

Ce nouveau titre regroupera toutes les dispositions applicables aux marchés publics qui sont passés sous la forme d'un partenariat public-privé. Parmi les dispositions à insérer dans ce titre spécifique, on retiendra notamment:

- **La définition légale d'un PPP²;**
- **L'identification d'un PPP** par la détermination de ses composantes (D-Design; B-Build; F-Finance; M-Maintain; O-Operate; P-Promote);
- **La création d'un véhicule spécialement affecté à l'exécution d'un PPP (SPV³).**
- **L'organisation des conséquences et effets de ce véhicule sur les procédures de sélection et d'attribution.**
- **L'exigence pour le pouvoir adjudicateur concerné de mener une évaluation préalable complète et positive de son projet de PPP avant le lancement de la procédure.**
- **Les règles spécifiques en matière de délai d'engagement.**
- ...

→ **La rédaction de clauses spécifiques du Cahier général des charges**

Le cadre juridique des PPP doit être complété par l'adoption d'un cahier général des charges adapté aux marchés passés sous la forme de partenariats et qui traitera des dispositions spécifiques applicables à ce type de marché⁴.

.....
² La définition suivante est proposée: "le PPP est un ensemble complexe d'opérations, basées sur la coopération entre un pouvoir adjudicateur et un entrepreneur, fournisseur ou prestataire de services comprenant plusieurs phases de réalisation d'un projet, notamment la conception et/ou la réalisation et/ou l'exécution et/ou la maintenance, et/ou le financement et ayant pour objet de fournir des services publics et/ou un ouvrage public, s'inscrivant dans une longue durée et dans une logique d'allocation des risques".

³ "Special purpose vehicle" (société de projet dotée d'une personnalité juridique distincte des partenaires public et privé, constituée à l'occasion d'un PPP).

⁴ Ces clauses doivent néanmoins constituer des dispositions de principe auxquelles il pourra être dérogé par le pouvoir adjudicateur moyennant due motivation.



Ces dispositions spécifiques porteront notamment sur les mécanismes de suivi et de contrôle de l'opération, notamment le rôle du fonctionnaire dirigeant, sur les clauses de paiement, sur les situations de force majeure, sur les pénalités, sur les cas de dissolution du contrat, sur les conséquences des changements législatifs, ...

L'objectif n'est pas de créer un nouveau cahier général des charges qui se substituerait au Cahier général des charges des marchés publics de travaux, de fournitures et de services et des concessions de travaux publics⁵. Les dispositions du cahier général des charges existant, dont l'application ne soulève pas de difficultés pour les PPP, doivent en effet rester applicables à ces opérations.

EXÉCUTION DES DISPOSITIONS DE LA LOI DU 15 JUIN 2006 RELATIVES AU DIALOGUE COMPÉTITIF

Le pouvoir adjudicateur choisit la procédure qu'il mettra en œuvre dans le cadre de l'attribution d'un marché PPP. Dans ce contexte, il est généralement admis que les procédures ouvertes ou restreintes, d'appel d'offres ou d'adjudication, ne laissent pas suffisamment de marge de manœuvre pour développer un projet de PPP qui présente nécessairement un haut degré de technicité.

La détermination du contrat comme les modalités d'exécution devront faire l'objet d'interactions entre l'autorité publique et son futur cocontractant. Deux procédures subsistent dès lors pour organiser ces interactions: la procédure négociée et la nouvelle procédure dite du dialogue compétitif⁶.

Sans vouloir mettre en avant cette procédure du dialogue compétitif ni plaider pour son application plutôt que pour celle de la procédure négociée, il s'impose de réglementer les aspects essentiels de cette nouvelle procédure de manière à ce que les choses soient bien établies chaque fois que l'administration décidera d'y recourir. Il est opportun, dans ce contexte, de tenir compte des principes mis en œuvre en France et aux Pays-Bas et des retours d'expérience positifs et négatifs.

→ Le balisage de la procédure

Plusieurs notions utilisées dans la directive européenne doivent être précisées: c'est le cas, par exemple, de la notion de "complexité", des critères de sélection opérés au cours de la procédure ou encore de la présence d'une limite budgétaire dans les critères d'attribution. On veillera aussi à préciser le cadre dans lequel le choix de l'autorité adjudi-

⁵ Annexe à l'arrêté royal du 26 septembre 1996 établissant les règles générales d'exécution des marchés publics et des concessions de travaux publics.

⁶ La Directive 2004/18/CE a introduit le dialogue compétitif parmi les procédures d'attribution des marchés, lorsque l'opération est "complexe". Cette directive arrête le cadre général dans lequel le dialogue compétitif est mis en œuvre par le pouvoir adjudicateur. La loi belge du 15 juin 2006 définit en son article 3, 9° le dialogue compétitif comme étant "... la procédure de passation à laquelle tout entrepreneur, fournisseur ou prestataire de services peut demander à participer et dans laquelle le pouvoir adjudicateur conduit un dialogue avec les candidats sélectionnés à cette procédure, en vue de développer une ou plusieurs solutions aptes à répondre à ses besoins et sur la base de laquelle ou desquelles les candidats retenus seront invités à remettre une offre".

catrice se déroule, la marge d'appréciation de cette autorité et la solution par rapport à laquelle les offres devront être remises. Il faudra également préciser le moment auquel le cahier des charges est établi (sous une forme fonctionnelle), la méthode d'identification des éléments substantiels et fondamentaux qui ne pourront pas être modifiés au cours de la procédure, le stade de "preferred bidder", le moment où les mécanismes de *standstill* devront intervenir, ...

→ L'organisation de la transparence du dialogue

Il est essentiel d'organiser le dialogue dans des conditions de transparence et de respect de l'égalité de traitement entre les entreprises participantes. A cet effet, il faudra notamment prévoir l'application des procédures suivantes:

- Une information préalable et la plus complète possible des entreprises participantes sur la manière dont le dialogue sera structuré: l'objet et la portée précis du dialogue, la durée de la procédure, le nombre de réunions, leur caractère éliminatoire ou non, l'acceptation de variantes, ...
- Une information intermédiaire, après chaque réunion, comportant une synthèse des principaux points traités de manière à s'assurer de la bonne compréhension des parties lors des réunions de travail.
- La rédaction d'un procès-verbal après chacune des étapes du dialogue compétitif.
- Le respect de la confidentialité de certains documents et l'engagement de ne pas divulguer ou communiquer aux autres parties les idées d'un candidat.
- L'interdiction d'insérer dans le cahier spécial des charges joint à l'invitation à remettre une offre finale, des clauses susceptibles de modifier l'objet du dialogue compétitif.

→ Le contrôle de la procédure

Le contrôle du bon déroulement de la procédure doit être confié à un tiers qui agira dans le cadre de compétences à définir. Son rôle est de veiller à ce que la procédure d'attribution se déroule de manière correcte et dans le respect des mesures qui assurent la transparence des opérations et l'égalité de traitement des candidats (par exemple, rédaction et transmission des PV de réunions, respect de la confidentialité, etc.).

Remarque: *les principes qui viennent d'être développés peuvent aussi s'appliquer "mutatis mutandis" à l'attribution d'un marché de PPP dans le cadre de la procédure négociée.*



ADAPTATION DU CADRE LÉGAL EN MATIÈRE DE TVA

La réglementation en matière de TVA sur les travaux immobiliers n'est pas adaptée aux projets de PPP. La notion de "DBFM" n'étant pas inscrite dans la réglementation, l'administration analyse le projet de PPP d'après ses composantes (conception et construction, financement, maintenance) et applique à chacune d'elle son propre régime de taxation. L'une des principales difficultés de cette approche réside dans l'obligation qu'a la SPV de préfinancer la TVA sur la phase de la conception-construction, ce qui entraîne une charge supplémentaire qui est reportée sur l'autorité publique.

Il importe de modifier la réglementation en matière de TVA afin de permettre, comme l'article 66 de la Directive européenne 2006/12/CE l'autorise, l'étalement du paiement de la TVA de la partie construction au fur et à mesure de la facturation de la redevance correspondante, en recourant à une autre notion de "fait générateur" que celle de la livraison.

LA RÉVISION DU PRINCIPE DE L'INCOMPATIBILITÉ ENTRE LES PROFESSIONS D'ARCHITECTE ET D'ENTREPRENEUR

La réussite d'un PPP passe nécessairement par une collaboration étroite entre les partenaires, à commencer par le concepteur et le constructeur du projet. Cette collaboration est entravée et rendue compliquée du fait de l'incompatibilité entre les professions d'architecte et d'entrepreneur inscrite dans la loi du 20 février 1939 (art. 6) sur la protection du titre et de la profession d'architecte.

L'évolution harmonieuse des PPP suppose de revoir ce principe d'incompatibilité, qui n'a d'ailleurs quasiment pas d'équivalent dans les autres pays européens, et, à tout le moins, d'en supprimer l'application dans le cadre des opérations de partenariat.

L'ÉTABLISSEMENT D'UNE STRUCTURE DE COORDINATION DES PPP

De nombreux pays ont créé des institutions spécifiques dans le domaine des PPP, qui ont notamment pour objet de réfléchir aux développements des partenariats, de formuler des avis, d'énoncer des bonnes pratiques, de prendre en charge la standardisation, de collecter diverses informations, de dialoguer sur le plan international, ...

La Région flamande s'est dotée d'institutions spécifiques en matière de PPP, dont le "Kenniscentrum PPS", qui a notamment une fonction de conseil et a vocation à développer un encadrement normatif des opérations de PPP.

Il appartient aux autorités fédérales et régionales du pays d'apprécier l'opportunité de créer au plan fédéral, de préférence par un accord de coopération entre elles, une structure coordinatrice en matière de PPP. Elle devrait être composée des représentants de l'Etat fédéral, des Régions et Communautés, des organismes ou établissements ayant recours aux PPP et des professionnels du secteur.

Les compétences de cette structure devront s'étendre à la constitution de banques de données sur les PPP, à la formation et au développement d'expertise dans le domaine des opérations complexes, à l'échange et à la diffusion d'informations, notamment entre les différents pouvoirs adjudicateurs du pays, à l'analyse systématique des obstacles à la réalisation de PPP (fiscalité, subventions, permis de bâtir, responsabilités, ...) et à la formulation de propositions de solutions.

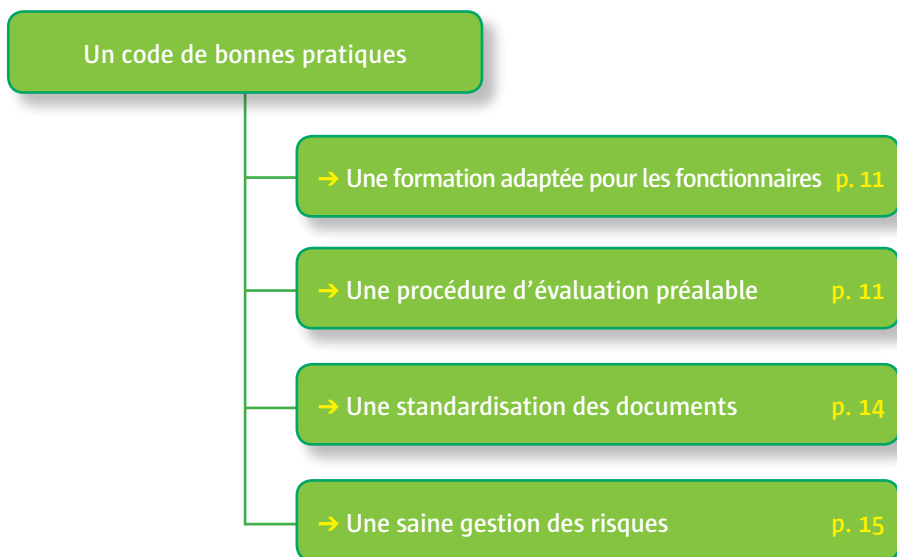
Cette structure constituera également un lieu d'échanges et de retour d'expérience de projets de partenariat. A titre d'exemple, les pouvoirs adjudicateurs du pays seront invités à lui communiquer les raisons des abandons de procédure, qu'elle pourra analyser et diffuser auprès des autres pouvoirs, contribuant ainsi à éviter des pertes de temps, d'argent, de moyens dans des projets ultérieurs.



II. La préparation d'un projet de partenariat

Le succès d'un projet de partenariat dépend avant tout de la manière dont le projet aura été pensé et conçu durant sa phase préparatoire. Le pouvoir adjudicateur doit être invité à mettre en œuvre un ensemble de règles et de bonnes pratiques qui contribueront au bon aboutissement du projet.

Ces règles et bonnes pratiques peuvent être résumées comme suit :





LA FORMATION DES FONCTIONNAIRES

Des compétences internes en matière de PPP se sont développées au sein des entreprises privées et des équipes pluridisciplinaires y ont été progressivement mises en place. Une évolution similaire est indispensable au sein du pouvoir adjudicateur particulièrement lorsque ce dernier n'est pas assisté par des conseils extérieurs.

Le "fonctionnaire dirigeant", responsable d'un projet, et l'ensemble de l'équipe des fonctionnaires qui prendra en charge la préparation d'un PPP et son suivi doivent pouvoir disposer du temps et des compétences que l'élaboration et la gestion de contrats complexes de longue durée demandent.

Il importe dès lors d'organiser de manière structurée la formation interne du personnel chargé de suivre les PPP. Il devra disposer non seulement des connaissances classiques, techniques et administratives, relatives aux marchés publics, mais également de compétences financières et comptables et d'une connaissance des pratiques des marchés financiers pour être à même de comprendre les problèmes générés par le projet et d'y réserver une suite adéquate.

Une politique doit par ailleurs être arrêtée en cas de départ du fonctionnaire dirigeant ou de la personne responsable d'un projet de manière à conserver la mémoire du projet et la continuité dans le suivi de ce dernier, d'autant plus que les opérations de PPP dépassent la période de négociations pour s'étendre sur la période d'exécution du contrat.

L'INSTAURATION D'UNE PROCÉDURE D'ÉVALUATION PRÉALABLE

L'instauration d'une procédure d'évaluation préalable de tout projet de PPP est une clé fondamentale du succès du projet. Cette procédure, qui se déroule en amont de la procédure d'attribution, doit permettre de s'assurer de la pertinence de la solution retenue par rapport à l'objectif recherché par l'administration.

Cette évaluation doit aussi permettre de déterminer avec précision les besoins à rencontrer et les moyens disponibles (en ce compris l'acceptation sociale du projet), une bonne maîtrise et une connaissance anticipée de ces éléments devant permettre d'éviter le blocage ultérieur de la procédure.



Portée de l'évaluation

Le pouvoir adjudicateur, avant de lancer la procédure relative au projet de PPP, doit s'interroger de manière approfondie sur tous les aspects essentiels de son projet. La réflexion doit notamment porter sur les points suivants:

→ *La définition de l'objet du marché et la détermination précise et exhaustive de ses diverses composantes*

→ *L'opportunité du recours à un PPP*

Il convient de vérifier que le recours à la formule de PPP est bien adapté au cas d'espèce et qu'il apporte une plus-value sociale ou économique que n'aurait pu générer le recours à la procédure classique.

→ *L'acceptation sociale du projet*

Il importe de s'assurer du soutien de la population ou des usagers au projet.

→ *La fixation d'un planning*

→ *L'analyse juridique*

Celle-ci englobe notamment:

- o Le choix de la formule - contractuelle ou institutionnelle - du PPP et de ses aspects connexes, comme le type de collaboration et sa durée.
- o Le choix de la procédure (appel d'offres, procédure négociée, dialogue compétitif) et de son organisation, notamment la détermination des critères de sélection et d'attribution ainsi que la détermination des phases de procédure (une ou plusieurs offres, BAFO, ...).
- o L'analyse des principes contractuels retenus, comme les principes et modalités d'exécution envisagés, les conséquences pour le cocontractant des options retenues, les justifications des choix opérés, l'examen des manquements potentiels aux obligations contractuelles avec l'analyse de leurs conséquences selon le moment de leur survenance, le régime des pénalités à prévoir, le mode de gestion des situations imprévisibles, ...

→ *L'analyse des éléments techniques*

Il s'agit en particulier de définir avec précision le programme fonctionnel des exigences du projet et de réfléchir à la situation et à l'état du projet en fin de contrat.

→ *L'analyse des risques et de leur répartition*

Cette approche se fait en tenant compte des exigences liées au financement (pratiques du marché financier international) et idéalement de celles en matière de SEC 95, la possibilité de débudgétisation ne pouvant pas être l'objectif premier du recours au PPP.

→ *L'analyse des questions liées à la délivrance des permis d'urbanisme*

Les incertitudes liées à la délivrance des permis nécessaires à la réalisation du projet constituent un point récurrent de difficultés dans le PPP. Il conviendra d'approfondir la réflexion sur le sujet et de s'efforcer de dégager des solutions à ces difficultés. Plusieurs pistes peuvent être explorées, comme par exemple l'introduction de certificats préalables obtenus par le maître d'ouvrage qui devront ensuite être affinés après désignation du bénéficiaire ou encore l'intervention du fonctionnaire délégué dans la procédure pour définir les conditions en phase de négociation.

→ *L'examen des aspects budgétaires et financiers*

Les vérifications à mener ont trait aux diverses questions relatives aux aides financières, au contrôle des dépenses et à l'examen des critères "d'optimisation de la dépense publique". Il importe également de vérifier la conformité des mécanismes de subventions avec le régime des aides d'état, en ce compris la procédure de notification éventuelle à la Commission européenne du régime de subventions utilisé.

→ *L'examen de la "bancabilité" du projet*

Il s'agit plus particulièrement d'analyser les mécanismes et les garanties qui permettront de trouver les financements nécessaires à la réalisation du projet.

→ *L'organisation humaine*

La réflexion sur ce point a pour objet de mettre en place une équipe pluridisciplinaire chargée de la procédure et de son suivi.



Méthodes d'évaluation

Des pays comme la France, l'Angleterre et les Pays-Bas ont développé des méthodes spécifiques, sous la forme de documents ou de techniques, pour baliser l'évaluation préalable ou pour comparer certains aspects d'un projet. Ces méthodes pourraient également servir de base pour organiser le suivi de l'évaluation préalable des projets de PPP en Belgique.

De manière complémentaire, la méthode "SMART"⁷ peut être mise en œuvre dans le cadre d'une évaluation *a posteriori* des objectifs du projet.

Remarque: Quelle que soit la méthode d'évaluation retenue par le pouvoir adjudicateur, il est important qu'une institution tierce, disposant d'une expertise et indépendante du pouvoir adjudicateur et des parties concernées par le partenariat, intervienne à la fin de la phase d'évaluation préalable de chaque projet de PPP. Son rôle est de s'assurer que toutes les étapes de l'évaluation ont été menées correctement et intégralement. Cette institution se prononcera par voie d'avis non contraignant, le pouvoir adjudicateur étant seul responsable de son projet.

L'ÉTABLISSEMENT DE DOSSIERS ET DOCUMENTS-TYPES

La mise à disposition par le pouvoir adjudicateur de documents nécessaires à l'ensemble des parties privées et une standardisation plus poussée des documents sont des principes de bonne gouvernance en matière de PPP.

→ La mise à disposition de documents

La mise à disposition de documents permet d'éviter la reproduction par chacun des soumissionnaires d'actes ou de prestations similaires qui n'ont pas de valeur ajoutée. Ce faisant, elle permet de réaliser des économies en termes de coûts et de temps qui profiteront en premier lieu à l'autorité publique.

Les documents suivants devraient ainsi être insérés dans les documents du marché:

- les pièces ou études techniques (plans et extraits cadastraux disponibles, relevés des imétrants, études de sols, ...);
- une traduction de certains documents, en particulier ceux qui sont utiles pour l'obtention du financement du projet, et dont il est acquis qu'ils doivent être traduits en an-

.....
⁷ S - specific, significant, stretching.
 M - measurable, meaningful, motivational.
 A - agreed upon, attainable, achievable, acceptable, action-oriented.
 R - realistic, relevant, reasonable, rewarding, results-oriented.
 T - time-based, timely, tangible, trackable.

glais. Une traduction unique par le maître d'ouvrage évite les coûts de traduction actuellement exposés par chaque candidat et favorise la compréhension univoque des termes du marché;

- les statuts-types de la personne morale intervenant dans le cadre d'un PPP participatif, notamment avec des clauses permettant de prendre en compte le risque de conflits d'intérêts, le capital, les règles de fonctionnement de l'entité, les méthodes de contrôle que l'autorité publique exercera, ...

→ La standardisation

Le recours systématique des pouvoirs adjudicateurs à des documents-types et clauses contractuelles standardisées contribuera au développement harmonieux des PPP en créant des règles standard bien connues des divers acteurs.

Ces documents-types arrêtent, en conformité avec les pratiques et les exigences nationales et internationales, un certain nombre de principes récurrents, communs à tous les marchés (ex. modification législative, risques liés à l'attribution et aux recours contre les autorisations et permis, cas de force majeure, mise en place de plafonds financiers pour les responsabilités, ...).

UNE SAINE GESTION DES RISQUES

Le mécanisme des PPP repose sur la délimitation des risques et sur leur attribution à l'un ou l'autre des partenaires. Les risques peuvent être classés selon leur objet: risques techniques, risques de changement législatif, risques liés à la disponibilité de l'infrastructure ou risques liés à son usage, ... et leur attribution doit être fonction des qualités et compétences de chaque partie.

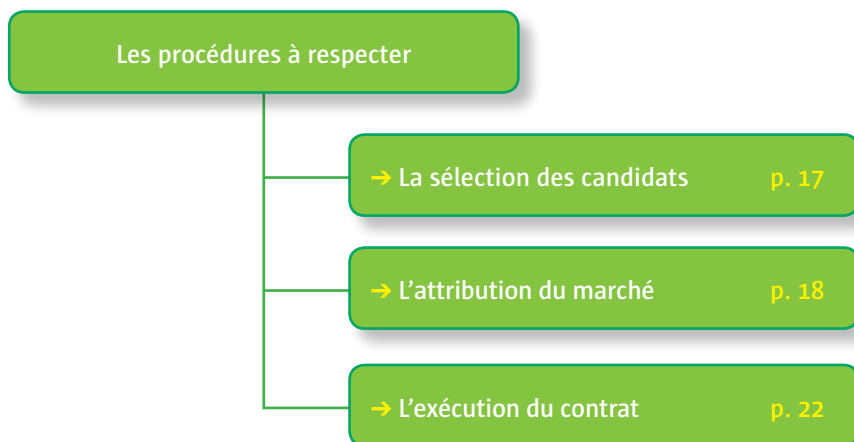
La procédure d'évaluation préalable doit être mise à profit par le pouvoir adjudicateur pour préparer de manière objective et motivée le débat sur la répartition des risques au cours de la procédure d'attribution. Divers mécanismes de standardisation de l'identification et de l'analyse des risques (matrices) existent et doivent être utilisés par le pouvoir adjudicateur, qui optera pour la matrice la mieux adaptée aux particularités du projet à réaliser.

Certains risques peuvent être systématiquement attribués à l'un ou à l'autre des partenaires. Le recours à des contrats-types permet d'éviter de rouvrir à chaque marché un débat sur les mêmes points en organisant un régime standard en conformité avec les pratiques et les exigences nationales et internationales. D'autres risques doivent au contraire faire l'objet d'une négociation ou d'une répartition spécifique, éventuellement moyennant paiement.



III. La mise en œuvre du projet de partenariat

Le projet de partenariat, une fois sa préparation complètement achevée et contrôlée, doit être soumis aux candidats intéressés dans des conditions qui assurent à la fois efficacité, transparence et égalité de traitement pendant tout le déroulement des procédures de sélection des candidats et d'attribution du marché.



LA SÉLECTION DES CANDIDATS

Le dossier de candidature est un élément important puisqu'une fois introduit il fixe l'identité du candidat qui pourra déposer une offre. Il est donc essentiel que les entreprises intéressées puissent présenter un dossier de candidature qui soit parfaitement en phase avec les caractéristiques du marché.

→ L'objet précis du marché

Le pouvoir adjudicateur doit communiquer aux futurs candidats, dès l'appel à candidature, toutes les informations complètes sur l'objet précis du marché, sur les éléments essentiels de sa structuration, sur l'état final de l'ouvrage à la fin du contrat et, de manière générale, sur tous les éléments pertinents pour la détermination de la composition du candidat⁸. Il est essentiel de ne pas reporter la communication de ces informations au moment de la remise du cahier des charges, sous peine de favoriser l'introduction de candidatures qui ne répondront pas aux besoins du marché.

→ La qualification des candidats

Le pouvoir adjudicateur doit s'abstenir, dans la description qu'il donne du candidat, d'exiger que tous les intervenants nécessaires à la réalisation du PPP (architecte, constructeur, financier, chargé de la maintenance, exploitant) se qualifient en un groupe, alors même que ces derniers mettent leurs compétences à différents moments à disposition d'une structure commune et ne sont pas tous appelés à rester dans le projet pour toute sa durée⁹.

→ Les critères de sélection

Le pouvoir adjudicateur doit accorder une grande importance à la détermination claire des critères de sélection et à leur motivation au regard des objectifs du projet. Les critères de sélection actuels sont souvent peu pertinents par rapport à l'objet du marché ou mettent l'accent sur des éléments qui ne sont pas pertinents au regard de l'ensemble du projet. Ils conduisent dès lors à la constitution de consortiums qui ne sont pas les mieux à même de répondre aux objectifs à atteindre.

⁸ Ainsi, si le pouvoir adjudicateur a l'intention d'investir dans une SPV, il doit en arrêter la participation.

⁹ Le pouvoir adjudicateur est invité à recourir systématiquement aux dispositions de l'article 18 de l'arrêté royal du 8 janvier 1996 relatif aux marchés publics de travaux, de fournitures et de services et aux concessions de travaux.



LA PROCÉDURE D'ATTRIBUTION DU MARCHÉ

Il est essentiel, comme la Cour de Justice des Communautés européennes l'a d'ailleurs rappelé dans son arrêt 'Lianakis' du 24 janvier 2008, que tous les soumissionnaires potentiels soient informés, au moment de la préparation de leur offre, de tous les éléments pris en considération par le pouvoir adjudicateur pour identifier l'offre économiquement la plus avantageuse et l'importance relative des critères et sous-critères.

Les critères d'attribution doivent donc être définis de manière préalable et complète sans aucune possibilité pour le pouvoir adjudicateur d'ajouter des règles de pondération ou des sous-critères après le dépôt des offres.

Au-delà, il importe de régler de manière précise les questions relatives:

- *à la confidentialité des informations et idées et à la protection des droits intellectuels;*
- *au délai d'engagement;*
- *aux frais d'étude et de participation;*
- *aux procédures laissées sans suite.*

→ Confidentialité et protection des droits intellectuels

L'obligation de confidentialité du pouvoir adjudicateur à l'égard des solutions proposées par les entreprises participantes et des informations confidentielles émanant d'elles est organisée en droit, tant au plan européen qu'au niveau national¹⁰.

Ce cadre juridique semble suffisant pour garantir la protection des idées et des droits intellectuels mais il est important toutefois de le compléter par un ensemble de dispositions pratiques.

Il n'est pas toujours simple en effet de déterminer les pratiques acceptables de celles qui ne le sont pas dans le cadre d'un dialogue compétitif, tout particulièrement si l'on tient compte d'une élaboration progressive et d'une évolution des demandes des pouvoirs publics. La question se pose dès lors de savoir quelle information ou proposition doit être considérée comme confidentielle.

Pour répondre à cette question, il est proposé que les documents du marché permettent aux soumissionnaires d'identifier, durant la procédure, les idées, données et informations qu'ils considèrent comme confidentielles et qui tombent dès lors sous la protection.

¹⁰ Directive 2004/18/CE, art. 29, (3), al. 3 et loi belge du 15 juin 2006.

NB: En France, la "*charte du dialogue compétitif*" précise que le secret des propositions couvre: *les idées originales, le montage juridique et financier, les études spécifiques, le savoir-faire, les concepts technologiques, le projet architectural, les solutions innovantes, les méthodes et organisations propres à l'entreprise ou au groupement, la propriété intellectuelle. Le non-respect de ce secret est susceptible d'engager la responsabilité du pouvoir adjudicateur.*

Au-delà, il importera de préciser les conditions éventuelles de cession des droits sur les œuvres créées durant le travail de conception.

→ Délai d'engagement

Le pouvoir adjudicateur demande généralement en cours de procédure des engagements fermes et de longue durée, ce qui contraint les candidats à obtenir, pour se couvrir, des engagements fermes ayant un coût important.

Le pouvoir adjudicateur a également tendance à demander la prolongation des engagements des organismes financiers, qui sont établis aujourd'hui pour des durées très courtes. Cette attitude pose d'importants problèmes dans la mesure où l'acceptation de cette prolongation nécessite une renégociation d'accords déjà pris.

Ces difficultés peuvent être résolues, d'une part, en limitant l'exigence d'engagement ferme aux seuls éléments qui peuvent sans difficulté excessive faire l'objet de pareil engagement, le solde étant à figer ultérieurement, et d'autre part, en veillant à ce que le pouvoir adjudicateur respecte les délais qu'il a lui-même imposés.

Par ailleurs, l'exigence d'un engagement à long terme ferme se heurte à la réalité de la fluctuation des prix et de l'évolution des coûts. En formulant ce type d'exigence, le pouvoir adjudicateur provoque une majoration artificielle des prix, puisqu'il contraint ses interlocuteurs à anticiper et à intégrer dans leurs offres des augmentations allant parfois au-delà de la réalité économique.

Il est justifié dès lors de plaider pour une adaptation des offres à la fluctuation des prix par une formule commune applicable à toutes les offres et reflétant l'évolution réelle des prix.



→ Frais d'étude et de participation

Les frais d'étude et de participation exposés par les entreprises dans le cadre d'une procédure PPP sont généralement très élevés (de l'ordre de 2% du coût des travaux). Les frais sont influencés par la nature et l'importance des consultations juridiques, fiscales, financières et techniques que chaque entreprise est tenue de mener. Deux approches doivent être suivies dans ce contexte: d'une part, celle de la réduction des frais exposés par les entreprises durant la procédure et, d'autre part, celle du remboursement de ces frais.

Réduction des frais

Les frais des entreprises participantes peuvent être limités de plusieurs manières cumulatives:

- En limitant la durée de la procédure d'attribution au délai le plus court possible¹¹ et en respectant les délais de procédure annoncés¹².
- En adoptant des mesures de standardisation de la documentation.
- En organisant de manière progressive, en fonction de l'avancement de la procédure, le niveau d'élaboration des documents à remettre par le candidat. Le niveau de détail des documents dont la remise est exigée a un impact direct sur les frais exposés par le candidat. Le pouvoir adjudicateur doit donc se limiter, à chaque stade d'avancement de la procédure, à exiger des documents dont le niveau d'élaboration lui permet de juger à ce stade de l'offre. Plus la procédure sera avancée, et donc le nombre de candidats réduit, plus le niveau d'élaboration des documents pourra être élevé.
- En abandonnant les discussions avec un candidat dès qu'il est acquis que sa proposition ne sera pas retenue en phase finale.

Remboursement des frais de procédure

Le principe du versement d'une indemnité au titre de remboursement des frais est reconnu, tant au plan européen¹³ que dans la pratique des marchés publics en Belgique où le remboursement se fait sur la base d'un montant forfaitaire fixé à l'avance. La solution d'un forfait fixé à l'avance a le mérite de la clarté et de la transparence. Ne prenant pas en compte la réalité des frais exposés, cette solution peut toutefois manquer son objectif, à

¹¹ En France, le *Guide du dialogue compétitif* précise comme durée indicative six à neuf mois entre la remise du programme fonctionnel et l'annonce du candidat retenu.

¹² L'allongement des délais en cours de procédure et le report des dates préalablement annoncées induisent des frais (par ex. au niveau des financements mis en place) pour les candidats et participent à la désorganisation de leur travail.

¹³ La Directive 2004/18/CE prévoit explicitement cette possibilité dans le cas du dialogue compétitif et la fiche explicative précise que cette possibilité n'est pas réservée au seul dialogue compétitif.

tout le moins si le forfait n'est pas significatif ou s'il n'est pas calculé en fonction des expériences acquises en la matière.

Il est dès lors préférable d'opter pour une solution de remboursement effectué à concurrence d'un *prorata* prédéterminé des frais réellement encourus et faisant l'objet de factures. Dans ce cas, les frais acceptés devront être déterminés dès le départ de la procédure, et le stade auquel le candidat est arrivé dans la procédure d'attribution sera pris en compte pour déterminer la part de frais remboursables.

→ Procédures laissées sans suite

L'abandon de procédures par le pouvoir adjudicateur n'est pas chose rare. Certes, les partenariats sont des opérations complexes dont l'ampleur et les difficultés précises ne sont pas connues à l'avance, mais ceci ne saurait justifier que ces procédures soient abandonnées par le pouvoir adjudicateur en cours de route sans bonne raison et juste réparation.

Il est dès lors justifié d'imposer au maître d'ouvrage qu'il motive de manière particulièrement étayée sa décision d'abandonner la procédure. Cette approche permettra d'éviter que de telles pratiques nuisent à la participation du secteur privé dans les procédures lancées ultérieurement et entraînent des recours.

S'il est acquis que le pouvoir adjudicateur a le droit de ne pas attribuer le marché en vertu de son pouvoir discrétionnaire, il convient toutefois de tracer une ligne entre les opérations de PPP qui ne peuvent être réalisées pour des raisons de bonne gestion et celles qui sont abandonnées faute d'une préparation suffisante pour permettre la présentation de projets corrects.

Pour ce dernier cas, il convient de prévoir un dédommagement pour cause d'abandon "fautif" d'un projet. La crédibilité des pouvoirs publics ainsi que l'engagement des partenaires privés dans les PPP s'en trouveront renforcés.

On notera par ailleurs que l'introduction d'une procédure d'évaluation préalable doit permettre d'éviter l'abandon des procédures de PPP du fait d'une mauvaise préparation du projet.



L'EXÉCUTION DU CONTRAT

La longue durée des opérations rend nécessaire des mécanismes de suivi de l'exécution du contrat et de gestion des situations imprévisibles d'une manière qui permette de maintenir l'intérêt et les avantages du PPP pendant toute sa durée de vie.

Il convient, à cet effet, de prévoir, dans les documents du marché, des mécanismes de modification du contrat afin de s'assurer que le projet continue de rencontrer les besoins de la collectivité sur le long terme, tout en préservant les droits et attentes du contractant privé.

Outre les mécanismes légaux d'ajustement prévus pour les marchés publics et pour les concessions, il conviendrait de préciser l'application de mécanismes d'ajustement dans le contrat initial de PPP. Ces mécanismes devront respecter les règles de la concurrence (cfr. communication de la Commission européenne) et ne pas porter sur des termes essentiels du contrat (par exemple, l'objet des travaux ou des services à fournir par l'adjudicataire ou les redevances imposées aux utilisateurs du service fourni par l'adjudicataire).

La Confédération Construction, porte-parole du secteur

La Confédération Construction est l'organisation coupole de l'ensemble du secteur de la construction en Belgique.

Elle représente et regroupe plus de 15.000 indépendants et entreprises de construction, actifs dans les domaines de la construction, l'environnement et l'énergie. La Confédération défend leurs intérêts tant au niveau local, que régional, fédéral, européen ou international, ensemble avec ses trois confédérations régionales, ses 17 confédérations locales et ses 19 fédérations professionnelles. La Confédération Construction a acquis depuis 65 ans une solide réputation en tant qu'organisation de défense des intérêts des entreprises de construction mais aussi d'un secteur dynamique tourné vers l'avenir, qui est le moteur de l'économie et le garant de la croissance de notre bien-être.

Confédération Construction

Rue du Lombard 34-42 – 1000 Bruxelles

Tél: 02/545.56.00 – Fax: 02/545.59.00

info@confederationconstruction.be

www.confederationconstruction.be

www.produbatiment.be

www.journeechantiersouverts.be

www.formalis.be

Confédérations régionales

Confédération Construction Wallonne (CCW)

Rue du Lombard 34-42 – 1000 Bruxelles

Tél: 02/545.56.68 – Fax: 02/545.59.05

wallonie@confederationconstruction.be

www.confederationconstruction.be/wallonie

Confédération Construction Bruxelles-Capitale (CCB-C)

Rue du Lombard 34-42 – 1000 Bruxelles

Tél: 02/545.58.29 – Fax: 02/545.59.06

bruxelles.capitale@confederationconstruction.be

www.confederationconstruction.be/bruxellescapitale

Vlaamse Confederatie Bouw (VCB)

Lombardstraat 34-42 – 1000 Brussel

Tél: 02/545.57.49 – Fax: 02/545.59.07

info@vcb.be

www.confederatiebouw.be/vlaanderen

Vous trouverez les adresses de nos membres sur www.confederationconstruction.be





Cadre juridique des partenariats public-privé

Editeur responsable: Robert de Mûelenaere
rue du Lombard 34-42, 1000 Bruxelles

© 2010 – Tous droits réservés.

Aucun extrait de cette publication ne peut être reproduit, introduit dans un système de récupération ou transféré électroniquement, au moyen de photocopies ou sous toute autre forme, sans autorisation préalable et écrite de l'éditeur.