



NOTE

DE : FIN INFRA

OBJET : Réalisation d'une opération de réhabilitation / reconstruction d'un établissement médico-social au travers d'un marché de partenariat

Cette note n'engage pas ni le Ministère de l'économie, des finances et de la relance, ni la Direction générale du Trésor, ni les services de l'Etat d'une manière générale. Elle exprime uniquement l'avis de la Mission d'appui au financement des infrastructures (FIN INFRA).

Le parc public et privé non lucratif des EHPAD étant particulièrement vieillissant, un important effort d'investissement doit être mené dans les prochaines années pour procéder à des opérations d'ampleur de rénovation lourde ou déconstruction / reconstruction de ces établissements. La présente note a pour but de présenter détailler les conditions financières et juridiques usuelles de l'un des montages qui peut être utilisé pour procéder à ces opérations : le marché de partenariat. Elle présente également les conséquences pour le gestionnaire du recours à ce type de montage et quelques points d'attention.

Le marché de partenariat (*Article L 2211 et suivants du code de la commande publique*) est un contrat de la commande publique par lequel une personne publique confie, après mise en concurrence, tout ou partie de la conception, la construction, le financement, l'entretien-maintenance (éventuellement certains services) et le gros entretien et renouvellement d'un bien à une entreprise ou à un groupement d'entreprises. A la fin du contrat, le titulaire remet gratuitement à la personne publique l'ouvrage dans un état d'entretien convenu à l'avance. Le marché de partenariat permet donc un transfert temporaire de la gestion du bâti à un tiers usuellement sans transfert de propriété et en sécurisant la qualité des travaux et l'entretien du bâti dans le temps.

Dans le cadre du recours à un marché de partenariat, le fonctionnement du montage est le suivant :

- (i) Le gestionnaire de l'établissement (ci-après le « gestionnaire ») établit un cahier des charges détaillant les attendus de l'opération. Le cahier des charges est rédigé du point de vue des fonctionnalités et laisse aux opérateurs le choix des solutions techniques à mettre en œuvre.
- (ii) Une fois le cahier des charges établi, le gestionnaire lance une procédure d'appel d'offres ou, le plus souvent, de dialogue compétitif, afin de sélectionner, à la fin de la procédure, l'opérateur ayant proposé la meilleure offre au regard des critères définis dans le cadre de la procédure (le « titulaire » ou « lauréat »). Les foncières médico-sociales ainsi que les bailleurs sont susceptibles de présenter leur candidature dans ce cadre.

1. Conditions juridiques du recours au marché de partenariat

Les développements ci-après s'adressent aux établissements médico-sociaux à statut public et/ou soumis au code de la commande publique et souhaitant réaliser un projet d'investissement (rénovation globale ou reconstruction).

Le marché de partenariat est un contrat global qui permet de confier au titulaire une mission comprenant la conception, la réalisation des travaux, l'entretien-maintenance des ouvrages construits, ainsi que le financement de tout ou partie des investissements. En raison du caractère dérogatoire des marchés de partenariat au droit des marchés publics traditionnel (du fait de la présence de financement privé et de la globalisation des prestations), le recours à ces contrats est soumis à certaines conditions définies aux articles L. 2211-5 et L. 2211-6 du Code de la commande publique.

Il ressort de ces dispositions que, pour avoir recours au marché de partenariat deux conditions doivent être réunies : (i) que le recours au marché de partenariat n'est possible que sous réserve du respect de certains seuils de montant minimal du marché (toutes rémunérations confondues) correspondant à (a) 5 millions d'euros si le contrat ne comprend pas de prestation de maintenance et (b) 10 millions d'euros si le contrat comprend une telle prestation et (ii) qu'il soit démontré que le recours au marché de partenariat présente un bilan coût-avantage supérieur à celui d'un montage avec un autre procédé contractuel.

Sur le second point, le bilan coût avantage ou critère de l'efficacité économique permet de justifier le recours au marché de partenariat lorsque ce dernier présente un bilan avantages/inconvénients plus favorable que celui des autres contrats de la commande publique pouvant être utilisés pour la réalisation du projet.

Ce bilan tient compte : « 1° De l'étendue du transfert de la maîtrise d'ouvrage du projet au titulaire de ce marché, 2° Du périmètre des missions susceptibles d'être confiées au titulaire, 3° Des modalités de partage de risques entre l'acheteur et le titulaire, 4° Du coût global du projet compte tenu notamment de la structure de financement envisagée »¹. Le Code de la commande publique précise par ailleurs que « le critère du paiement différé ne saurait à lui seul constituer un avantage »².

Une telle démonstration devra ainsi être faite pour le contrat envisagé, notamment au regard des autres montages envisageables au moyen notamment d'une analyse opérationnelle, technique et financière des avantages que représenterait cette solution. Il peut à cet égard s'agir d'avantages pour le gestionnaire en termes de libération des effectifs pour d'autres missions, de possibilité d'affiner le partage des risques avec le titulaire du contrat en lui fixant des objectifs de performance, etc. Une telle analyse est réalisée dans le cadre de la préparation d'un document appelé évaluation préalable du mode de réalisation du projet, obligatoire avant tout lancement d'une procédure d'attribution d'un marché de partenariat. Cette évaluation préalable est obligatoirement soumise pour avis à Fin Infra, qui rend son avis dans un délai de six semaines.

Par ailleurs, l'acheteur est tenu à la réalisation d'une étude de soutenabilité budgétaire, soumise à l'avis, selon les cas, de la DRFIP ou de la Direction du budget.

Enfin, l'article L. 2211-1 du Code de la commande publique dispose que « tout acheteur est autorisé à conclure un marché de partenariat, à l'exception des acheteurs mentionnés au second alinéa ». En particulier, ne sont pas considérés comme acheteurs autorisés « les établissements publics de santé et les structures de coopération sanitaire dotées de la personnalité morale publique ». Dans le cas de ces derniers, l'Etat peut néanmoins conclure un marché de partenariat pour leur compte, après autorisation du ministère de tutelle de l'établissement. Il ressort ainsi de ces dispositions que les établissements autonomes ou dépendants de collectivités territoriales peuvent librement avoir recours à ce montage (sous réserve des conditions rappelées plus haut), tandis que les établissements qui dépendent de centres hospitaliers ne pourront le faire qu'après accord du Ministère de la Santé.

¹ Article R. 2211-4 du Code de la commande publique.

² Article L. 2211-6 du Code de la commande publique.

2. Conditions financières consécutives au recours à un marché de partenariat et conséquences pour le gestionnaire

2.1. Modalités habituelles de rémunération du titulaire et d'allocation des risques d'un marché de partenariat

En contrepartie de la réalisation par le titulaire du marché des missions prévues au contrat, ce dernier perçoit, à compter de la livraison de l'ouvrage et jusqu'à la fin du contrat, une redevance, versée par le gestionnaire, et qui se décompose ainsi :

- Une part « investissement et financement de l'investissement » (loyer financier) couvrant les investissements initiaux et le financement de ces derniers ;
- Une part « entretien-maintenance » couvrant les coûts de d'entretien et de maintenance courante ;
- Une part « gros entretien et renouvellement » couvrant les coûts de gros entretien et renouvellement, qui permet d'alimenter un compte de réserve au travers duquel le titulaire finance les opérations de GER lorsqu'elles sont nécessaires. Si le solde de ce compte de réserve est positif en fin de contrat, il peut être reversé en tout ou partie au gestionnaire ; et
- Une part « gestion », couvrant les frais de gestion du titulaire et notamment les coûts de commissariat aux comptes, les frais d'agent bancaire, ainsi que les impôts et taxes payés par le titulaire du contrat.

Ainsi la décomposition de la redevance dans le cadre d'un marché de partenariat est très proche de celle qui est proposée dans le cadre d'un schéma de cession / location³. **Le marché de partenariat, de part son inscription dans le code de la commande publique, permet néanmoins une répartition des rôles plus claire.**

Les responsabilités respectives du titulaire et du gestionnaire sont définies par le contrat. Les risques sont répartis entre le titulaire et le gestionnaire en fonction de la capacité de l'une ou l'autre des parties à prendre ou pas ce risque ainsi qu'au coût que cela représente de transférer tel ou tel risque.

Ainsi, les risques liés au respect des délais et des coûts de construction et d'exploitation sont usuellement transférés en totalité au titulaire du contrat. Certains risques tels que le risque de taux ne sont usuellement pas transférés au titulaire du contrat et restent portés par le gestionnaire. Dans ce cas, le gestionnaire dispose néanmoins d'une plus grande marge de manœuvre pour concevoir sa politique de gestion du risque⁴.

Le contrat donne également une capacité de contrôle des travaux ainsi que des performances attendues au gestionnaire, par exemple ce dernier vérifie lors de la réception des travaux que les ouvrages sont conformes au cahier des charges qu'il a établi ou, en phase d'exploitation que les objectifs de performances fixés au titulaire du contrat (performance énergétique, délai de réparation, durée de vie des équipements, etc.) sont respectés.

2.2. Conséquences pour le gestionnaire du recours au marché de partenariat

S'agissant du montant de la composante de la redevance couvrant l'investissement et le financement de l'investissement, il est usuel que ce dernier soit fixé de façon définitive à la date de fin des travaux, date la plus tardive à laquelle les taux sont définitivement fixés. A compter de cette date, le taux de la dette associée au marché de partenariat est fixé pour toute la durée du contrat. Avant cette date, le taux de la dette est susceptible de varier et donc de renchérir ou réduire le coût du projet suivant son évolution. Ce type de clause peut néanmoins être modulée dans le cas d'un recours à un financement sur fonds d'épargne dont le taux est assis sur le taux du livret A (crédit PLS par exemple), variable par nature, ou en présence d'un crédit à taux fixe. Les autres composantes de la redevance (en € constants) sont déterminées préalablement à la signature du marché pour toute la durée du contrat.

La part de la redevance couvrant l'investissement et le financement de l'investissement est généralement non révisable car correspondant à des charges non indexées (remboursement du principal de la dette et paiement des frais financiers ainsi que remboursement des fonds propres et rémunération de ces derniers). Les autres composantes de la redevance, couvrant des charges indexées, le sont donc également, en général selon des

³ Voir Fiche – Cession et location_vclean

⁴ Par exemple, s'agissant des taux, le gestionnaire garde la main sur la date souhaitée de fixation des taux ainsi que ses modalités.

paniers d'indices représentatifs des charges couvertes⁵.

Le gestionnaire dispose de la possibilité d'affecter les crédits du PAI ou une éventuelle trésorerie à sa disposition au financement de l'investissement en phase de construction par le biais du versement au titulaire de subventions ou d'avances sur redevances. Ce mécanisme permet de réduire le montant annuel de la composante investissement et financement de la redevance. Il permet en outre aux ARS de s'assurer que la totalité de la subvention versée dans le cadre du PAI est affectée à la diminution de la redevance payée par le gestionnaire par comparaison de la rentabilité attendue du titulaire dans un scénario avec et sans subventions.

Des clauses peuvent également être introduites afin de prévoir un partage des gains en cas de refinancement de la dette afin de faire bénéficier le gestionnaire d'une éventuelle amélioration des marges bancaires en cours de contrat⁶.

Enfin, s'agissant des rémunérations couvrant l'entretien-maintenance et le gros entretien et renouvellement, le gestionnaire peut prévoir la possibilité d'appliquer des pénalités lorsque les critères de performance définis au contrat ne sont pas respectés, par exemple en cas de retard dans la livraison des travaux ou en cas de dépassement des cibles de consommation énergétique.

3. Eléments de cadrage du recours à ce montage

3.1. Avantages et inconvénients du recours au marché de partenariat

Le recours à un marché de partenariat pour la rénovation ou la reconstruction d'un établissement médico-social permet de transférer de façon temporaire à un tiers (le titulaire) la gestion du bâti. En fonction du contrat, les missions transférées peuvent inclure la conception, la construction ou rénovation, l'entretien courant, la maintenance, certains services⁷, ainsi que le financement de l'opération. Ainsi, **le recours à ce marché permet au gestionnaire de déléguer de façon temporaire toutes les problématiques liées à l'entretien du patrimoine bâti ainsi qu'à son financement pour se concentrer sur sa mission première à savoir l'accueil, l'hébergement et le soin des personnes âgées ou des handicapés.**

S'agissant des avantages on peut en identifier plusieurs fréquemment mentionnés :

- L'externalisation du suivi des opérations de construction tout en conservant la maîtrise fine de ces dernières au travers de la définition du cahier des charges fonctionnel ;
- La mise en œuvre d'un contrat global permettant (i) l'association de l'architecte et du constructeur, afin d'optimiser le déroulement du chantier, (ii) de faciliter la coordination du projet du point de vue de la personne publique qui n'a qu'un seul cocontractant et pas plusieurs, comme en maîtrise d'ouvrage publique et (iii) la prise en compte, dès la conception, des enjeux de performance liés à l'exploitation et à la maintenance de l'ouvrage dans la durée. Ainsi, des arbitrages peuvent être réalisés par le titulaire entre les coûts d'investissement et les coûts de maintenance permettant d'optimiser le coût global du projet ;
- Le contrat permet de mobiliser un certain nombre de garanties en plus des garanties légales, activables par le gestionnaire en cas de non-respect par le titulaire de ses engagements ;
- L'externalisation de la recherche de financement (consultations et contractualisation bancaire) sans surcoût pour le gestionnaire. En effet, les modalités de financement du titulaire et du gestionnaire sont très proches (prêts PLS dans les deux cas, par exemple) ;
- Le contrat peut prévoir un contrôle par le gestionnaire des travaux de gros entretien et renouvellement à effectuer chaque année par le titulaire ainsi que le reversement, à la fin du contrat, du solde du compte de provision pour gros entretien et renouvellement dans le cas où ce dernier d'aurait pas été totalement consommé ;

⁵ Par exemple BT01 et BT40 s'agissant des coûts de gros entretien et renouvellement (maintenance de niveau 4 et 5), ICHT s'agissant des coûts de gestion, etc.

⁶ Nous attirons néanmoins l'attention du lecteur sur le fait que, à compter de la date de fixation définitive des taux, le gestionnaire ne pourra bénéficier d'une évolution des taux. Les éventuels refinancements ne peuvent donc porter que sur les marges bancaires.

⁷ Comme par exemple les services de restauration

- Le lissage de la charge locative dans le temps au travers d'un loyer constant en euros constants.

Dès lors qu'il s'inscrit dans le cadre de la commande publique, ce montage permet au gestionnaire de déterminer les caractéristiques des travaux à réaliser ainsi que les objectifs de performance attendus et la sanction du titulaire en cas de non-respect de ces performances⁸ et rend le gestionnaire propriétaire des ouvrages construits ou réhabilités dès la livraison des ouvrages. A la fin du contrat, l'établissement récupérera un ouvrage, libre de loyer et dans un « bon⁹ » état d'entretien.

A l'inverse, le marché de partenariat est un montage qui présente certains inconvénients :

- Le marché de partenariat est un contrat de la commande publique qui ne peut être utilisé que dans des cas précis, limités par la loi (voir ci-dessus conditions juridiques). Ces conditions sont susceptibles d'allonger les délais de contractualisation par rapport notamment à la cession / location mais également aux autres montages de la commande publique ;
- Le marché de partenariat est un contrat qui lie le titulaire au gestionnaire pour une durée longue ce qui rend le contrat rigide. Une attention particulière doit donc être apportée aux clauses prévoyant les conditions de modification du contrat et d'évolution des prestations ;
- Indépendamment des seuils fixés par le code de la commande publique (voir ci-dessus), le recours à ce montage implique d'engager en amont des frais importants, notamment des frais de conseil¹⁰ et nécessite d'envisager le projet sur l'ensemble de sa durée de vie. Ainsi, l'établissement doit, dans la mesure du possible, imaginer dès la signature du contrat les attendus relatifs à la fois à la construction mais également à l'entretien-maintenance du bâtiment. Compte tenu du coût d'entrée important¹¹, ce montage ne présente probablement un intérêt que pour les projets de plus grande ampleur ;
- S'agissant d'un contrat de durée longue et présentant un certain degré de complexité, ce contrat implique également que l'établissement se dote des moyens humains pour assurer le suivi de son exécution. Un marché de partenariat n'est, en effet, pas une externalisation, contrairement au schéma de cession/location, mais un mode de réalisation du projet par un tiers au même titre que les marchés publics classiques. La personne publique doit donc pouvoir vérifier que le titulaire du contrat respecte ses engagements.

3.2. Points d'attention identifiés

Compte tenu des éléments présentés ci-dessus, la réalisation du projet au travers d'un marché de partenariat doit faire l'objet d'une attention particulière.

L'attention du gestionnaire est attirée notamment sur les points suivants :

- (i) S'agissant du loyer financier, couvrant l'investissement et le financement, si celui-ci est assis sur des crédits à taux variable, il est recommandé de procéder au plus tôt à la fixation des conditions financières au travers de la souscription d'instruments de couverture (swaps), afin de se protéger contre le risque d'évolution défavorable des taux d'intérêts. Cette couverture peut se faire en deux temps, une première partie (80% par exemple), à la fin de la période de recours et de retraits contre le Marché et le reste à la livraison de l'ouvrage¹² ;
- (ii) Il est recommandé de transférer au titulaire les risques liés à l'évolution des indices applicables aux coûts

⁸ Le gestionnaire définit le cahier des charges des attendus de la conception et de la construction ainsi que les objectifs de performance (y compris s'agissant des délais de réalisation). Il valide la conformité de la réalisation au cahier des charges lors de la livraison de l'ouvrage et peut, le cas échéant, émettre des réserves préalables à la réception de l'ouvrage.

⁹ La définition du bon état doit être prévue le plus en amont possible

¹⁰ Conseil financier, conseil juridique et conseil technique à minima

¹¹ Ce coût pouvant représenter entre 100-200K€/projet et ce indépendamment de la taille du projet

¹² A noter que la souscription d'instruments de couverture protège d'une éventuelle hausse des taux mais limite la possibilité pour le gestionnaire de bénéficier d'une baisse des taux futures. Une évaluation du risque d'évolution défavorable du taux peut être envisagée.

d'investissement et de demander aux candidats de proposer un prix ferme et non révisable¹³ ;

- (iii) Le montant des sommes provisionnées et dépensées du compte de réserve pour gros entretien et renouvellement doit faire l'objet d'un suivi et d'une restitution à la fin du contrat au gestionnaire de l'établissement. Des réunions annuelles doivent être prévues entre le gestionnaire et le titulaire pour définir précisément quels sont les travaux qu'il est nécessaire de réaliser chaque année ;
- (iv) Le gestionnaire doit mettre en place une équipe de suivi juridique, financier et technique du contrat capable de suivre les critères de performance afin d'être en mesure de sanctionner le titulaire, en cas de non-respect de ces derniers, y compris après la réception des travaux. A noter qu'une équipe est également nécessaire en phase de procédure ;
- (v) Il est recommandé de retenir une durée de contrat proche de la durée d'amortissement des investissements. Ainsi, à la fin du contrat le titulaire disposera des marges de manœuvres (fin du loyer financier) pour réaliser les travaux de remise à niveau nécessaires. Il est également recommandé d'aligner la durée des prestations de maintenance sur la durée du contrat pour permettre le bon entretien de l'ouvrage dans le temps. En revanche, les prestations d'entretien courant et de services peuvent être de durée plus courte permettant ainsi des remises en concurrence périodiques (par exemple ménage, restauration, etc.).

¹³ Compte tenu des conditions de marchés actuelles relativement défavorables s'agissant de l'indice des travaux publics ce point peut néanmoins être étudié plus précisément au regard de chaque situation. Un partage de ce risque peut éventuellement être envisagé.

Annexe 1 : Matrice SWOT du schéma en marché de partenariat

