

Accord-cadre de marchés de partenariat : un montage à bien préparer

Dans le cadre d'un montage contractuel, il est possible de lier les deux outils que sont l'accord-cadre et le marché de partenariat. Cependant, au stade de la préparation et de la passation, les acheteurs doivent prendre en compte un certain nombre d'éléments car ce montage suscite des questions spécifiques...

Cela fait maintenant quelques années qu'elle est ouverte⁽¹⁾, mais il semble que la voie ait été pour l'heure assez peu empruntée.

L'accord-cadre de marchés de partenariat offre pourtant de belles opportunités : s'il est bien préparé en amont et correctement ficelé, il peut constituer un outil efficace à la disposition des acheteurs publics pour satisfaire certains projets bien spécifiques.

Les avantages de cet outil allient ceux du marché de partenariat lui-même, à ceux de la technique d'achat que constitue l'accord-cadre de marchés publics « classique ». Au titre des avantages attachés au marché de partenariat, le dispositif permet de conclure des contrats globaux qui associent, le cas échéant, financement, conception, construction et exploitation ; des contrats qui transfèrent la maîtrise d'ouvrage et les risques qui y sont attachés et qui permettent (en conséquence) d'optimiser les délais et maîtriser les (sur)coûts... En tant qu'accord-cadre, c'est un outil qui peut être sollicité par un acheteur public pour gagner du temps, optimiser les coûts en les mutualisant, promouvoir l'innovation grâce à l'acquisition, par le ou les titulaires, d'une expertise technique aiguë... Les deux dispositifs réunis, le montage contractuel permet ainsi à l'acheteur public de massifier, de planifier et d'organiser de manière souple et rapide un nombre important d'opérations, qui doivent parfois être réalisées tout à la fois pour une part simultanément et sur une durée courte.

Naturellement le montage emporte aussi avec lui les inconvénients du marché de partenariat, et ceux de l'accord-cadre. En particulier, le montage emporte des coûts spécifiques, notamment en considération de ce

Auteur

Astrid Boullaut
Avocat à la Cour
Seban et associés

(1) Ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015 et décret n° 2016-360 du 25 mars 2016.

que le financement est essentiellement privé, et de ce que le transfert des risques sur les épaules du titulaire du marché emporte des provisions parfois mal calibrées... Et le dispositif y associe la lourdeur de l'accord-cadre et ses propres complexités.

Mais, comme il advient respectivement du marché de partenariat et de l'accord-cadre pris isolément, il est des projets pour lesquels les avantages du dispositif peuvent l'emporter sur ses inconvénients. Et l'efficacité du montage tient parfois précisément de ce mariage entre le marché de partenariat et la technique de l'accord-cadre. Mais, comme il advient souvent d'une union, le montage emporte sa propre complexité, à tout le moins une exigence de rigueur, qui tient notamment à ce que ces deux dispositifs sont souvent complexes à façonner puis à mettre en œuvre, et qui tient aussi à ce que les textes ne traitent pour ainsi dire jamais du montage en lui-même. Il est vrai qu'il est bien une disposition qui porte sur les accords-cadres de marchés de partenariat, mais elle est bien isolée. L'article R. 2212-3 du Code de la commande publique se contente ainsi d'indiquer que l'évaluation du mode de réalisation du projet et l'étude de soutenabilité budgétaire doivent être réalisées avant le lancement de la procédure de passation de l'accord-cadre, et non pas avant chaque marché de partenariat subséquent⁽²⁾. Pour le reste, il faut s'en tenir aux textes attachés au marché de partenariat d'une part, et à ceux qui concernent les accords-cadres d'autre part, et veiller en conséquence à leur compatibilité.

Ainsi, à l'instar d'un accord-cadre de marchés publics « classique », l'accord-cadre de marchés de partenariat « permet de présélectionner un ou plusieurs opérateurs économiques en vue de conclure un contrat établissant tout ou partie des règles relatives aux commandes à passer au cours d'une période donnée »⁽³⁾. Et, dans la mesure où un accord-cadre de marchés de partenariat ne porte pas sur des prestations pleinement anticipables et ne peut pas, en conséquence, fixer à l'avance toutes les stipulations contractuelles des futurs contrats (même s'il devra en fixer l'essentiel, *infra*), il s'exécutera par la voie de la conclusion de marchés subséquents⁽⁴⁾, et non de bons de commande.

Par ailleurs, comme tout accord-cadre, l'accord-cadre de marchés de partenariat est conclu pour une durée qui ne dépasse pas, en principe quatre ans⁽⁵⁾. La durée d'exécution des marchés subséquents de partenariat se prolongera en revanche le plus souvent au-delà de cette durée, comme le permettent les textes⁽⁶⁾.

Si les grands axes du dispositif peuvent sans doute être facilement arrêtés, il est clair en effet que l'accord-cadre

de marchés de partenariat requiert tout de même d'être façonné dans le plus grand détail possible en amont, pour sécuriser sa conclusion comme son exécution, et optimiser les avantages qu'il présente.

Confronté à un projet qui s'y prête, l'outil peut être très gratifiant. Mais il commande, pour atteindre son objectif d'efficacité, de neutraliser un ensemble de sujets qu'il est possible, pour les besoins de l'exercice, de réunir en deux grandes catégories : il est des sujets attachés non pas tant à la technique contractuelle particulière que le montage emporte mais bien plus à une exigence de choix stratégiques préalables qui s'imposent à l'acheteur public.

Des sujets « stratégiques » que le montage appelle

Au titre des sujets « stratégiques » qu'il convient d'avoir à l'esprit avant d'envisager la passation d'un accord-cadre de marchés de partenariat, il faut d'abord s'arrêter sur l'objet de l'accord-cadre lui-même.

En effet, l'accord-cadre de marchés de partenariat ne paraît pas adapté à toutes les opérations.

D'abord, contrairement à une idée qui s'est apparemment répandue dans l'esprit de certains acheteurs publics, l'accord-cadre ne pourrait pas, de notre point de vue, uniquement porter par exemple sur le financement et la « maîtrise d'ouvrage globale » des opérations objets des marchés subséquents (c'est-à-dire, concrètement, la réalisation d'études préalables, la sélection de prestataires...).

Il semble acquis, en effet que la compétition, au stade de l'accord-cadre lui-même, doit porter sur toutes les prestations qui devront ensuite être satisfaites dans le cadre des marchés subséquents : une mission globale qui renferme *a minima*⁽⁷⁾ des prestations de construction, transformation, rénovation... et de financement, ainsi que le cas échéant, des prestations de maîtrise d'œuvre, de maintenance, d'exploitation...⁽⁸⁾ Il paraît ainsi peu concevable que l'accord-cadre de marchés de partenariat subséquents n'ait pas pour objet l'ensemble des prestations qui sont attachées aux marchés de partenariat subséquents, puisqu'(i) un accord-cadre de marchés de partenariat subséquents demeure un marché de partenariat et (ii) que les acheteurs publics ne doivent pas solliciter des accords-cadres de manière à restreindre ou fausser le jeu de la concurrence⁽⁹⁾.

(2) CCP, art. R. 2212-3.

(3) CCP, art. L. 2125-1.

(4) CCP, art. R. 2162-2, qui renvoie aux articles R. 2162-7 à R. 2162-12 du Code de la commande publique.

(5) CCP, art. L. 2125-1.

(6) CCP, art. R. 2162-55. Voir également le considérant 62 de la directive 2014/24/UE du 26 février 2014 sur la passation des marchés.

(7) Sous l'empire des anciens textes, le Conseil d'État avait jugé, et le raisonnement est transposable aujourd'hui, qu'un marché de partenariat devait nécessairement porter sur une mission globale qui renferme *a minima* les prestations concernées alors (CE 29 avril 2015, Syndicat de valorisation des déchets de la Guadeloupe, req. n° 386748).

(8) CCP, art. L. 1112-1.

(9) CCP, art. R. 2162-1.

En conséquence, il n'est pas absurde de penser que les candidats à l'accord-cadre doivent être mis en concurrence sur chacune des prestations qui font l'objet des marchés subséquents, au risque sinon d'exclure de la compétition des « blocs » de prestations pourtant essentiels, et qui sont, du reste, intrinsèques à la définition même du marché de partenariat, et de ne pas juger en conséquence les candidats sur ces sujets dès le stade de l'accord-cadre.

Ensuite, il est fort probable que la mise en œuvre pratique d'un accord-cadre de marchés de partenariat s'avérera difficile lorsque les opérations qui seront l'objet de ses marchés subséquents ne seront pas des opérations « standards », reproductibles à l'identique ou presque d'un objet à l'autre et, donc, d'un marché subséquent à l'autre (en termes de coûts, de procédés techniques, de performances atteignables...).

Partant, et c'est ici un autre sujet stratégique qu'il faut avoir à l'esprit, il nous semble que l'accord-cadre de marché de partenariat doit concerner des projets qui permettent l'identification, dès le stade de l'accord-cadre, de critères de sélection des offres (des candidats à l'accord-cadre) qui portent sur l'ensemble des prestations qui seront sollicitées au stade des marchés de partenariat subséquents.

Il est vrai que l'exercice ne pose sans doute pas de réelles difficultés lorsque les marchés de partenariat subséquents ont pour objet la réalisation d'opérations « reproductibles à l'identique » ou d'opérations « standards » (la construction de « bâtiments types » de logements ou bien la réalisation d'infrastructures routières classiques dans un secteur géographique homogène...). Dans ce cas, en effet, les marchés de partenariat subséquents impliqueront alors des prestations uniformes, qu'il sera possible de juger dès le stade de l'accord-cadre (un seul et même procédé constructif, des matériaux pour l'essentiel identiques à chaque opération, une méthodologie et un planning des travaux reproductibles sur toutes les opérations...). Et il sera possible de déterminer l'essentiel du coût des prestations dès le stade de l'accord-cadre (coût au m², à l'ouvrage ou au mètre linéaire, hors indexation et frais financiers...). En clair, dans cette situation, il sera en principe possible d'exiger des candidats qu'ils prennent des engagements fermes et précis sur l'essentiel de l'objet des marchés subséquents à venir (engagements de performance, mode constructif, coûts...). En conséquence, il sera en principe également possible de fixer des critères de sélection fiables sur l'ensemble de ces prestations (critère technique, critère prix...).

En revanche, il sera nettement plus difficile d'imposer, dès l'accord-cadre, des engagements fermes et précis et d'identifier des critères de sélection attachés aux prestations qui seront l'objet des marchés de partenariat subséquents, lorsque l'objet de ces marchés sera substantiellement différent selon les caractéristiques propres à chacune des opérations qu'ils renfermeront (la construction d'un collège/internat en campagne diffère clairement de la construction d'un collège en milieu urbain dense, avec des contraintes architecturales,

techniques, d'accès, de nuisances... particulières). Dans ce cas de figure, d'un marché subséquent à l'autre, la nature des prestations à satisfaire et le coût afférent ne seront pas les mêmes : il sera alors difficile d'identifier des critères de sélection attachés aux prestations objets des marchés subséquents, puisque ces prestations, non homogènes d'une opération à une autre, seront fatalement « incertaines » au stade de l'accord-cadre.

En somme, le montage de l'accord-cadre de marchés de partenariat subséquents semble adapté lorsqu'il s'agit, pour un acheteur, de procéder à des opérations d'ampleur plus ou moins importante, dans une logique de « massification », opérations qui sont quelque peu « répétitives » et homogènes : la rénovation énergétique du patrimoine d'un acheteur (écoles, collèges, lycées, casernes...), la construction de plusieurs ouvrages de même nature (des résidences universitaires, des EHPAD, des infrastructures routières...). Pour ces opérations, l'outil permet ainsi de neutraliser quelque peu la lourdeur qui consiste à conclure plusieurs marchés de partenariat pour plusieurs opérations ou groupes d'opérations.

À l'inverse, s'il est sollicité par un acheteur public pour mener plusieurs opérations qui pourraient, prises isolément, faire l'objet de marchés de partenariat, mais qui sont totalement disparates, qui ne présentent aucun lien particulier entre elles et qui ne renferment aucune homogénéité dans les prestations confiées au titulaire, ... alors l'accord-cadre de marchés de partenariat sera sans doute peu efficace, parce qu'il ne permettra pas d'obtenir des offres optimales de la part des candidats.

Pour prendre un autre sujet structurant qui influe sur l'ensemble du montage, le recours à un accord-cadre de marchés de partenariat (pour les opérations qui s'y prêtent), implique que l'acheteur se prononce au préalable sur le caractère mono-attributaire, ou multi-attributaires du montage. On sait que le choix entre ces deux formes « relève de la libre appréciation de l'acheteur »^[10].

Dans le premier cas, l'accord-cadre sera conclu avec un seul opérateur économique, et l'ensemble des marchés de partenariat subséquents seront conclus avec cet opérateur économique (ou sans doute plutôt, à chaque fois avec une société dédiée au projet, dont l'actionariat sera constitué à 100 % par les actionnaires d'une société titulaire de l'accord-cadre lui-même, auxquels pourraient s'ajouter la participation d'organisme publics « extérieurs »).

Dans le second cas, l'accord-cadre sera conclu avec plusieurs opérateurs, lesquels seront brièvement remis en concurrence pour l'attribution des marchés subséquents (et lesquels créeront par ailleurs un ou plusieurs

[10] fiche de la direction des affaires juridiques du Ministère de l'Économie et des Finances dans une fiche juridique consacrée aux accords-cadres https://www.economie.gouv.fr/files/files/directions_services/daj/marches_publics/conseil_acheteurs/fiches-techniques/preparation-procedure/accords-cadres-2019.pdf.

société(s) dédiées à l'exécution de l'accord cadre et/ou du marché subséquent).

Il est clair que, du point de vue de l'optimisation des offres, l'accord-cadre multi-attributaires présente des avantages certains : les opérateurs économiques sont mis en concurrence une première fois au stade de la passation de l'accord-cadre (et jugés sur la base de critères rattachés à l'objet des marchés subséquents). Puis leurs meilleurs efforts doivent se poursuivre au stade de l'attribution des marchés subséquents, puisqu'ils sont remis en compétition et à nouveau jugés sur la base de critères annoncés dès l'accord-cadre (mais qui peuvent différer de ceux attachés à l'attribution de l'accord-cadre lui-même⁽¹¹⁾). Appliqué au marché de partenariat, le caractère multi-attributaires requiert ainsi des candidats d'établir des prix plafonds au stade de l'accord-cadre, de s'engager sur des délais maximums, des caractéristiques techniques et architecturales minimum, de proposer des engagements de performance énergétiques minimums... engagements qu'ils sont ensuite amenés à surpasser lors de la remise de leur offre complémentaire, au titre de chaque marché subséquent. Revers de la médaille, la remise en concurrence des opérateurs au stade des marchés subséquents emporte en revanche des délais et une complexité supplémentaire, qui neutralisent quelque peu certains effets bénéfiques du montage (massification des opérations, rapidité de leur mise en œuvre, mutualisation des coûts et du savoir-faire...).

Lorsque l'accord-cadre est mono-attributaire, la conclusion des marchés subséquents est en principe nettement plus simple à mener (puisque le titulaire se contente de « compléter » son offre rendue au stade de l'accord-cadre), et l'outil peut, en principe, permettre de mener un nombre important d'opérations dans des délais très serrés.

Mais il emporte une série de difficultés. Déjà, s'il est difficile d'obtenir des candidats, au niveau de l'accord-cadre, des engagements fermes et précis sur les prestations à satisfaire au titre des marchés subséquents (à raison de leur objet qui ne serait pas suffisamment uniforme ou « standardisé »), l'acheteur public se trouvera alors dans une situation inconfortable lorsqu'il souhaitera conclure les marchés subséquents. En effet, il n'existera pas de compétition sur les marchés subséquents et le caractère optimal de l'offre proposée par le titulaire au titre du marché subséquent sera donc, si l'on peut dire, laissée pour partie à sa discrétion.

Il est vrai qu'il est sans doute possible d'imaginer des mécanismes de nature à diminuer quelque peu cet effet « position de force » du titulaire. Par exemple, il est possible de construire un mécanisme d'intéressement/de pénalisation du titulaire de l'accord-cadre en considération de l'efficacité économique de ses offres sur

chacun des marchés subséquents. Mais il est clair qu'un mécanisme de cette nature demeure limité : on voit mal notamment comment il pourrait porter sur autre chose que sur les coûts.

Pour prendre un autre exemple, il est aussi possible de diminuer cet effet indésirable en exigeant, dès la signature de l'accord-cadre, un niveau élevé de prestations techniques attendues, puis en faisant ensuite de ce niveau élevé le seuil minimal en deçà duquel il n'est pas possible de descendre lors de la remise de l'offre complémentaire pour chaque marché subséquent. Concrètement, l'acheteur peut ainsi juger les candidats à l'accord-cadre au regard notamment d'un modèle de marché subséquent type (projet de contrat lui-même, mais également toutes ses annexes), et annexer ensuite ce modèle très détaillé à l'accord-cadre. Puis il peut imposer au titulaire de l'accord-cadre de respecter *a minima* ce modèle type lors de la remise de son offre complémentaire attachée à chaque marché subséquent, sous peine de sanction (pénalités, voire résiliation pour faute).

L'accord-cadre mono-attributaire de marchés de partenariat peut présenter d'autres écueils encore. Ainsi, il est vrai qu'en théorie, l'absence de remise en concurrence au stade de l'attribution des marchés subséquents permet d'optimiser les délais. Il reste toutefois qu'en pratique, pour pouvoir remettre son offre complémentaire, le titulaire aura sans doute besoin de réaliser une série d'études préalables, de consulter plusieurs établissements bancaires susceptibles de financer le marché concerné et de respecter les délais de validation internes spécifiques à ces établissements (comités d'engagements...),... Et il est probable en conséquence que le titulaire ne pourra remettre son offre complémentaire que dans un délai qui n'est finalement pas sensiblement différent de celui qui est attaché à la remise des offres par les titulaires d'un accord-cadre multi attributaire.

En revanche, il est un mal que l'on pourrait prêter à première vue à l'accord-cadre mono attributaire de marchés subséquents de partenariat, mais qui peut sans doute être écarté. Il est souvent reproché en effet au marché de partenariat de concentrer des opérations dans les mains d'un ou plusieurs « géants du BTP », et le caractère mono attributaire de l'accord-cadre ne devrait en principe que renforcer cet effet. En réalité, l'association de l'accord-cadre et du marché de partenariat peut, à certains égards, neutraliser ces critiques : outre que l'accord-cadre multi attributaire neutralise pour une bonne part le sujet, il est sinon possible de trouver, dans un accord-cadre mono attributaire, un dispositif qui permet de « servir » un grand nombre d'entreprises, en particulier des PME. On peut ainsi imaginer un mécanisme qui imposerait au titulaire de l'accord-cadre, à tout le moins pour certaines prestations, de solliciter, pour chaque marché subséquent, des prestataires distincts, qui ne présentent aucun lien entre eux, et qu'il doit mettre en concurrence au préalable.

En somme, la sollicitation d'un accord-cadre de marchés de partenariat appelle une série de considérations essentielles qu'il faut au préalable analyser, dont il faut

(11) https://www.economie.gouv.fr/files/files/directions_services/daj/marches_publics/conseil_acheteurs/fiches-techniques/preparation-procedure/accords-cadres-2019.pdf

mesurer les implications techniques, juridiques, financières, et qu'il faut arbitrer.

Des sujets techniques que le montage suscite

Indépendamment de ces sujets structurants, l'accord-cadre de marchés de partenariat pose par ailleurs des sujets plus techniques, dont il est possible de donner quelques exemples, mais, ici aussi, sans prétendre à l'exhaustivité.

On pense, par exemple, au contenu du contrat d'accord-cadre lui-même, qui renferme certaines caractéristiques qu'on ne retrouve pas nécessairement dans un accord-cadre de marchés « classique ».

Une illustration : dans la mesure où les marchés subséquents ont seulement pour objet de « préciser les caractéristiques et les modalités d'exécution des prestations demandées qui n'ont pas été fixées dans l'accord-cadre » et qu'ils « ne peuvent entraîner des modifications substantielles des termes de l'accord-cadre »^[12], l'accord-cadre doit sans doute comporter en annexe un modèle de marché subséquent de partenariat qu'il ne sera pas possible de modifier par la suite autrement qu'en complétant certaines occurrences laissées ouvertes (compléter les délais de travaux, préciser les coûts...). Et ce modèle sera d'autant plus intangible que l'accord-cadre sera mono-attributaire : dans un tel cas de figure, il est sûrement souhaitable que la quasi-totalité des clauses du modèle de marché de partenariat subséquent (sur lequel les candidats à l'accord-cadre auront été mis en compétition) ne puisse pas être modifiée par le titulaire au stade de la conclusion des marchés subséquents (prise en charge des risques, montant des garanties, liste des causes légitimes, clauses de résiliation...).

L'accord-cadre de marchés de partenariat est donc un outil qui ne peut sans doute pas être réellement mis en œuvre en deux temps hermétiques : il faut, dès la passation de l'accord-cadre, avoir déjà bien façonné ce que seront les futurs marchés subséquents.

Au titre des clauses essentielles de l'accord-cadre, figureront également des clauses attachées à la définition et à la modification du périmètre envisagé des marchés subséquents : s'il a été demandé aux candidats, au stade de l'accord-cadre, de s'engager fermement sur un modèle type de marché subséquent « minimum »

(*supra*), ils n'auront alors probablement pu le faire qu'au regard d'un périmètre préalablement défini pour chaque marché subséquent et porté à leur connaissance au stade de la passation de l'accord-cadre. Et il faut alors envisager, dans l'accord-cadre lui-même, les conséquences éventuelles de toute modification du périmètre sur les marchés subséquents.

Pour que le dispositif soit efficace, il faut aussi apporter un soin tout particulier à la rédaction des clauses de l'accord-cadre relatives aux modalités de remise des offres par le ou les titulaires, au stade des marchés subséquents : il faut anticiper les délais de remise d'offre, identifier les documents que les titulaires devront remettre, organiser le cas échéant une obligation pour le titulaire de mettre en concurrence les prestataires qu'il sollicitera pour les marchés subséquents (*supra*), prévoir la possibilité de déclarer sans suite la passation d'un marché subséquent et anticiper les conséquences indemnitaires associées, organiser des sanctions en cas d'absence de remise d'une offre, ou bien de remise d'une offre incomplète ou irrégulière, régler le sort des marchés subséquents en cas de disparition de l'accord-cadre...

Pour prendre un autre exemple encore, lorsque l'acheteur public sera particulièrement pressé de conclure le premier marché de partenariat subséquent, il pourra être envisagé de conclure ce premier marché de partenariat dans la foulée immédiate de la conclusion de l'accord-cadre. Mais il faudra alors, dès le stade de la passation de l'accord-cadre, organiser cette conclusion immédiate, ce qui pose de nombreuses questions juridiques (peut-on attribuer l'accord-cadre en considération de critères pour partie attachés au jugement de l'offre sur le premier marché subséquent ? Comment organiser, dans l'accord-cadre, les modalités de conclusions du premier marché subséquent ? *Quid* du sort du premier marché subséquent en cas de recours contre l'accord-cadre lui-même ?...).

Pour conclure, il faut souligner que la liste des sujets précités n'est évidemment pas exhaustive, mais elle permet de mettre quelque peu en lumière une partie des questions spécifiques qu'un accord-cadre de marchés de partenariat suscite. Cet exercice fait également apparaître que l'accord-cadre de marchés de partenariat n'est pas un outil destiné à couvrir un grand nombre de situations, mais qu'il peut en revanche être optimal lorsqu'il est sollicité pour des opérations qui s'y prêtent, et lorsqu'il est bien anticipé et ficelé.

[12] CCP, art. R. 2162-7.