



ENSP
ÉCOLE NATIONALE DE
LA SANTÉ PUBLIQUE

RENNES

Elève Directeur d'Hôpital

Promotion 2007

Les risques liés à la passation d'un bail emphytéotique hospitalier

L'exemple du Centre de soins des Tilleroyes à Besançon

Cyril GUAY

Remerciements

Je tiens à exprimer mes remerciements aux personnes qui à divers titres ont participé à l'élaboration de ce mémoire :

M. Jean Camus, directeur du Centre de soins des Tilleroyes qui a accepté de m'ouvrir les portes de son établissement et a su se rendre disponible afin de répondre à mes nombreuses sollicitations.

M. Yves Mamie, Directeur du Centre Hospitalier Louis Pasteur de Dole,

Mlle Christine Jacquinot, Directrice des ressources humaines du Centre Hospitalier de Dole, mon maître de stage, qui m'a apporté son soutien dans la rédaction de ce mémoire,

Mme Dominique Brasleret, directrice des travaux du Centre Hospitalier de Dole, qui a accepté d'effectuer une lecture critique de cette étude,

Je tiens enfin à signifier ma gratitude envers l'ensemble des personnes, dirigeants hospitaliers et représentants de sociétés privées qui ont accepté de me recevoir à l'occasion de ce travail pour leur disponibilité et la franchise de leurs propos qui ont grandement alimenté ma réflexion.

Sommaire

Introduction	3
Partie I : La définition du BEH passe par une approche croisée des données théoriques et celles issues de la pratique	8
Chapitre 1 : Le bail emphytéotique hospitalier est à la fois l’aboutissement d’une démarche intellectuelle et d’une évolution historique	8
1.1 En France, le BEH est le résultat d’un continuum historique et d’évolutions législatives récentes	8
1.2 Avantages et définition du BEH	13
Chapitre 2 : La procédure de passation d’un BEH : lecture croisée des préconisations officielles et de la pratique du Centre de soins des Tilleroyes	21
2.1 Présentation du Centre de soins des Tilleroyes et de l’opération réalisée	21
2.2 Le déroulement de la procédure du BEH	23
Partie II : L’analyse des premières expériences de partenariats public-privé permet d’identifier plusieurs facteurs de risques	37
Chapitre 1 : La complexité du montage d’une opération globale entraîne des risques pour l’établissement	37
1.1 Les risques liés aux étapes préalables au lancement du dialogue	37
1.2 Le risque de perte partielle de la maîtrise de l’opération par les dirigeants hospitaliers	43
Chapitre 2 : Les risques liés au dialogue avec les candidats	53
2.1 Les limites du dialogue	53
2.2 les risques liés aux candidats	57
Chapitre 3 : Les perspectives d’évolution du BEH au regard des risques observés	60
3.1 Les premiers retours d’expériences françaises de BEH et PPP laissent percevoir un risque de contestation de la procédure	60
3.2 L’analyse des expériences étrangères en matière de PPP, notamment hospitaliers, peut être une source d’amélioration de la procédure du BEH.....	66
Conclusion	72

bibliographie	73
Liste des annexes	I

Liste des sigles utilisés

AAPC	: Avis d'appel public à la concurrence
APP	: Assistant à la personne publique
ARH	: Agence régionale de l'hospitalisation
BEA	: Bail emphytéotique administratif
BEH	: Bail emphytéotique hospitalier
BOAMP	: Bulletin officiel d'annonce des marchés publics
BTP	: Bâtiment Travaux publics
CA	: Conseil d'administration
CH	: Centre hospitalier
CHU	: Centre hospitalier universitaire
CSP	: Code de la santé publique
CST	: Centre de soins des Tilleroyes
DHOS	: Direction de l'hospitalisation et de l'organisation des soins
DRAC	: Direction régionale des affaires culturelles
EPS	: Etablissement public de santé
GE	: Groupement d'intérêt économique
HQE	: Haute qualité environnementale
LOPSI	: Loi d'orientation et de programmation sur la sécurité intérieure
MAINH	: Mission d'appui à l'investissement hospitalier
METP	: Marché d'entreprise de travaux publics
MOP	: Maîtrise d'ouvrage publique
PFI	: Private finance initiative
PME	: Petites et moyennes entreprises
PPD	: Programme prévisionnel définitif
PPO	: principe partenarial et organisationnel
PPP	: Partenariat public-privé
PPS	: Programme prévisionnel sommaire
PTD	: Programme technique détaillé
SEM	: Société d'économie mixte

Introduction

Les baux emphytéotiques hospitaliers (BEH) constituent depuis 2003 une procédure nouvelle dans le monde hospitalier et s'inscrivent dans le cadre du développement au niveau national des partenariats public-privé (PPP). Ces nouveaux contrats sont largement inspirés du droit anglo-saxon, mais tendent à se développer dans la plupart des pays d'Europe. Les partenariats public-privé ne constituent pas une catégorie juridique parfaitement délimitée, certains auteurs y intégrant les délégations de service public. Cependant, depuis quelques années, à l'exemple des pays anglo-saxons, ce terme a été réservé en France à la désignation de contrats globaux, intégrant construction financement et maintenance d'équipements publics. Le bail emphytéotique hospitalier n'est qu'un des outils juridiques relevant de cette qualification.

Le BEH peut se définir comme « *un contrat de location de longue durée compris entre dix-huit et quatre-vingt-dix-neuf ans concernant un bien immobilier du domaine public hospitalier, les ouvrages construits restant la propriété du bénéficiaire du BEH jusqu'à l'expiration du bail*¹ ». Concrètement, il permet de confier à un consortium d'entreprises privées regroupant concepteur, constructeur, financeur, voire mainteneur, la construction et le financement d'infrastructures sur un bien immobilier donné à bail emphytéotique. Ces équipements sont réalisés pour les besoins de l'EPS. Le bailleur (l'établissement de santé) peut confier à l'emphytéote certaines compétences relatives à l'exploitation (ex. : cuisine, lingerie...) et à la maintenance (entretien...) du bâtiment. Les domaines pouvant faire l'objet d'une délégation de gestion sont cependant limités par la jurisprudence². Ainsi, l'hébergement des malades dont l'état justifie une hospitalisation complète constitue « *un des éléments essentiels indissociable de la mission de service public qui doit être assurée par l'établissement public de santé lui-même* »³. De ce fait, seul peut être confié à un tiers l'hébergement purement hôtelier et dépourvu de surveillance médicale pour des patients ne requérant pas d'hospitalisation complète.

Le mandataire du groupement, où la société créée par ce dernier (emphytéote), est le maître d'ouvrage et bénéficie de droits réels sur ces biens. A ce titre il les loue à l'établissement de santé ou à l'organisme en charge d'exécuter la mission d'intérêt générale contre le versement d'un loyer couvrant de manière identifiée l'investissement,

¹ Définition reprise du dossier Hôpital 2007, nouvelles modalités d'investissements des établissements de santé, C. Esper, D. Jaafar & alii, in Gestion hospitalière, février 2004 p. 97

² Conseil d'Etat, 8 octobre 1986 : « *Le caractère administratif d'un service public n'interdit pas à la collectivité compétente d'en confier l'exécution à des personnes de droit privé, sous réserve que les services ne soient pas au nombre de ceux qui, par leur nature ou la volonté du législateur, ne peuvent être assumés que par la collectivité locale elle-même* »

³ Avis du conseil d'Etat, ass. Générale, n°356101 du 16 juin 1994

les frais financiers et l'exploitation-maintenance. A l'issue du bail, les locaux et aménagements réalisés sur le bien objet du BEH reviennent en pleine propriété au bailleur. Les relations contractuelles contenues dans le BEH visent à régler à la fois les conditions de location du terrain à l'emphytéote par l'établissement, de construction, de maintenance et de financement des biens. Ces contrats, d'inspiration libérale, s'appuient sur le postulat d'une meilleure efficacité du secteur privé pour réaliser des équipements efficaces et assurer la gestion de certains risques.

Les outils de partenariat public-privé ont fait l'objet de controverses lors de leur mise place en France, d'abord dans les secteurs de la justice, de la police et hospitaliers puis lors de leur généralisation à l'ensemble des collectivités. J'ai été frappé que les points de vue des professionnels hospitaliers s'exprimant sur la pertinence et l'efficacité supposée des baux emphytéotiques hospitaliers soient généralement tranchés. Ils oscillent entre l'adhésion et l'impression qu'il s'agit d'un marché de dupe dont seuls les partenaires privés tirent profit, confortés dans leur opinion par les récents déboires d'hôpitaux britanniques financés en PPP. Sans préjugés sur le BEH, j'ai souhaité forger ma propre opinion à l'occasion de cette étude.

Le point de départ de la démarche d'analyse a été l'étude des différentes sources documentaires (textes réglementaires, doctrine juridique, articles de presse) relatives au bail emphytéotique hospitalier, et aux principes soutenant la création des partenariats public-privé, afin de mieux maîtriser le sujet et d'en dégager les problématiques principales pour un futur dirigeant hospitalier. L'étude portait sur la situation française, mais des exemples étrangers, essentiellement anglo-saxons, ont été analysés pour bénéficier d'une mise en perspective.

Dès cette phase de recherche il m'est apparu que le BEH me permettait d'aborder divers domaines de la gestion hospitalière : les travaux, les marchés, la domanialité, les finances. Il s'agit d'un sujet très vaste et, par bien des aspects, largement prospectif dans la mesure où les premiers baux emphytéotiques ont été signés fin 2005. L'étude concrète de certaines caractéristiques de ces contrats (bien fondé du recours au secteur privé par exemple) ne pourra pas intervenir avant plusieurs années. A contrario, plusieurs établissements publics de santé (EPS) ayant déjà signé des BEH, il m'a semblé plus intéressant de focaliser l'étude sur la procédure de passation du contrat, phase s'entendant comme la période écoulée entre de la décision d'étudier le recours à cette procédure à la signature du contrat.

Ce choix a été confirmé lors de la réalisation de mon stage en entreprise qui a été l'occasion de travailler concrètement sur la mise en place d'un bail emphytéotique administratif pour une gendarmerie et de rencontrer des candidats à un BEH. J'ai pu constater que la maîtrise des risques, mise en avant par les promoteurs des partenariats public-privé, n'était pas complète lors de la phase de passation du marché, m'incitant à

étudier cet aspect spécifique de la procédure.

Compte-tenu de l'importance du thème que représentent les risques liés à la procédure de passation, il était exclu de s'attacher de manière approfondie à l'étude de sujets annexes tels la pertinence du recours au BEH, le contenu du contrat (clauses juridiques, conditions financières), la bonne adéquation des clauses du BEH aux besoins de l'établissement, la répartition des risques et des tâches entre centre hospitalier et entreprise privée... qui chacun justifie la réalisation d'une analyse approfondie spécifique. Une telle étude contenait l'écueil potentiel d'une présentation descriptive, ou très juridique. Une analyse basée sur une expérience concrète et sur les conséquences à en tirer pour un futur dirigeant hospitalier limitait ce risque. De ce fait, ce travail se veut, dans la mesure du possible, essentiellement pratique.

La lecture des différents documents traitant du sujet et ma première expérience d'un partenariat public privé m'ont amené à formuler différentes questions et hypothèses de travail, testées dans le cadre de ce mémoire :

- La complexité de conception d'un contrat global, la nouveauté et les contraintes de la procédure de dialogue utilisée dans le cadre d'un BEH engendrent en phase de passation des risques procéduraux.
- Ces risques ne sont pas uniquement juridiques mais portent également sur la possibilité pour un établissement de mener dans des conditions satisfaisantes l'analyse de l'efficacité de la procédure (en terme de réponse aux besoins) compte-tenu de sa complexité.
- Les conditions d'encadrement du dialogue et de la remise des offres s'opposent à l'émergence de solutions innovantes proposées par les candidats.

La confirmation ou l'infirmité de la validité de ces hypothèses nécessitait la réalisation d'un travail s'appuyant sur une étude de cas. La direction du Centre de soins des Tilleroyes de Besançon ayant fait très tôt le choix de recourir au BEH, l'analyse de ce dossier m'a paru intéressante :

- il s'agit d'une opération importante pour l'EPS, qui est entièrement reconstruit.
- le BEH a été signé au second trimestre 2006, m'assurant une vision complète de la procédure et limitant les difficultés d'accès aux différents documents liés au secret du dialogue. Par ailleurs, les différents acteurs sont beaucoup plus libres de leur parole qu'en phase de dialogue, en particulier les candidats ;
- enfin, et ce n'est pas le moindre argument, les contacts préalables pris avec la direction de l'établissement et les différents candidats s'étaient déroulés dans un esprit d'ouverture et de confiance qui laissait présager de bonnes conditions d'étude, et la possibilité d'accéder librement à la totalité de la documentation relative à l'opération.

L'étude sur le terrain a consisté à dépouiller l'ensemble des pièces de la procédure (soit plus de 1,5 mètre linéaire de document) en lecture croisée avec les différents documents issus de la recherche bibliographique et à rencontrer divers acteurs de la procédure.

Compte tenu de mes futures fonctions, le choix de réaliser l'étude du point de vue du directeur d'hôpital s'est imposé. Mais il m'a semblé intéressant de passer « de l'autre côté de la barrière » afin de connaître la manière dont différents membres de groupements candidats à l'attribution d'un BEH ont vécu cette procédure et leur vision de ses faiblesses. Les candidats rencontrés étaient divers dans leurs métiers, certains appartenant au groupement lauréat, d'autres non. Au total sept entretiens ont été réalisés avec des acteurs de l'opération des Tilleroyes : la direction de l'établissement (à trois reprises), un représentant de l'Agence régionale d'hospitalisation de Franche-Comté (ARH), deux banquiers, deux mandataires, un architecte.

Afin de mettre en perspective le BEH du Centre de soins par rapport à d'autres opérations du même type, quatre entretiens téléphoniques avec des représentants d'établissements en procédure de BEH ont été menés. Afin de diversifier les approches j'avais fait le choix d'opérations de natures différentes : création d'une crèche hospitalière (CH de Chartres), reconstruction d'un établissement MCO (CH de St-Nazaire), construction d'une maison de retraite (CH de Laval), et réalisation d'un pôle technique (CHU de Dijon). Enfin, il m'a paru intéressant d'aller au-delà de l'univers hospitalier en contactant le représentant d'une association médico-sociale qui réalise la plupart de ses investissements dans le cadre de baux emphytéotiques et par un entretien avec le directeur d'une société mandataire d'un groupement titulaire d'un bail emphytéotique administratif.

Chaque entretien durait une heure en moyenne (deux dépassant les deux heures) et donnait lieu à la réalisation d'une grille de questions adaptée au positionnement de mon interlocuteur et renvoyant aux thèmes principaux à aborder. Je ne l'utilisais cependant qu'à titre de rappel, ayant choisi de mener des entretiens semi-directifs. Mes interlocuteurs étaient dans la plupart des cas très prolixes et abordaient spontanément la plupart des points prévus. Je n'avais souvent qu'à les réorienter sur les sujets non abordés par quelques questions ouvertes. Enfin, j'ai eu l'occasion d'aborder brièvement le BEH sur mon lieu de stage à travers deux dossiers en cours de négociation. D'une part, la négociation des conditions juridiques de mise à disposition d'un terrain de l'hôpital auprès d'une association intervenant dans le champ de la dialyse⁴ et d'autre part dans le cadre d'un projet de construction d'une crèche interhospitalière.

Cette étude des questions relatives aux risques liés à la procédure de passation d'un bail

⁴ Après avoir analysé le projet il est apparu que le cadre juridique du BEH ne convenait pas à ce type d'opération

emphytéotique hospitalier conduit à présenter dans un premier temps le BEH et ses modalités de conclusion dans leur contexte théorique, historique et juridique notamment à partir de l'exemple du Centre de soins des Tilleroyes, étape permettant d'identifier certains risques. Dans un second temps, il convient d'effectuer l'analyse approfondie des différents risques identifiés dans le cadre de l'étude de terrain, complétée par les enseignements tirés des articles de doctrine et des différentes expériences françaises et étrangères.

PARTIE I : LA DEFINITION DU BEH PASSE PAR UNE APPROCHE CROISEE DES DONNEES THEORIQUES ET CELLES ISSUES DE LA PRATIQUE

La définition du bail emphytéotique hospitalier s'avère relativement complexe puisque cette procédure s'inscrit dans un contexte réglementaire spécifique. C'est depuis peu que les premières expériences permettent d'en apprécier les aspects concrets. Il convient donc de mettre les textes relatifs au BEH en regard de leur mise en application, mais aussi des expériences antérieures de collaboration public-privé.

Chapitre 1 : Le bail emphytéotique hospitalier est à la fois l'aboutissement d'une démarche intellectuelle et d'une évolution historique

Il est intéressant de replacer le bail emphytéotique hospitalier à la fois dans le contexte intellectuel qui a prévalu lors de sa création et dans le paysage juridique actuel. Ce bref aperçu permettra de mettre en relief quelques risques liés à la procédure du BEH.

1.1 En France, le BEH est le résultat d'un continuum historique et d'évolutions législatives récentes

Le BEH n'est pas une création ex nihilo du législateur français, mais découle d'un processus inscrit dans l'historique des mécanismes mis à disposition des collectivités publiques afin de collaborer avec les sociétés privées

1.1.1 L'expérience française de partenariat entre secteur public et entreprises privées est antérieure à l'émergence de la notion de PPP

J. Boucher⁵ relève trois conditions essentielles à la mise en place d'un partenariat public-privé : l'intervention d'un tiers, la dévolution d'une mission publique ou d'une activité concourant à ces missions et le maintien de la maîtrise de la collectivité (dans le cas contraire, il s'agit d'une privatisation). Différents outils juridiques répondent à ces critères

⁵ in «*Le droit public à l'épreuve de l'externalisation*», Les cahiers de la fonction publique et de l'administration, n°251, décembre 2005, p.4

et sont classés par plusieurs auteurs⁶ comme des PPP avant la lettre. Ils permettaient, et permettent toujours, la réalisation de biens collectifs et d'assurer des services dans des conditions ne pesant pas trop, à court terme, sur les finances publiques.

A) Des formes de coopérations variées

Les précurseurs des partenariats public-privé sont nombreux en France. Ainsi, la concession représente un « PPP historique », les premiers exemples en France remontant au XV^e siècle, dont le XIX^e siècle constitue l'âge d'or. Il en va de même des affermages. Ces deux catégories, qui se distinguent par leur mode de rémunération, sont désormais regroupées sous le qualificatif de délégations de service publique. Par ailleurs, depuis les années quatre-vingt, les collectivités publiques ont la possibilité de nouer une relation pérenne avec des structures privées par la création de sociétés d'économie mixte et, plus récemment, dans le cadre de groupements d'intérêt économique (seule cette dernière modalité de coopération est ouverte aux hôpitaux publics). Enfin, une forme plus subtile de coopération consiste à confier à une association privée subventionnée des missions relevant de la politique publique.

B) Le bail emphytéotique rural et le bail emphytéotique administratif

Les différents baux emphytéotiques publics, qu'ils soient réservés aux collectivités locales, aux hôpitaux ou à certains services de l'Etat, tirent leur origine des dispositions du bail emphytéotique codifié aux articles L451-1-1 à L451-1-3 du code rural. L'article L451-1-1 indique que : « *Le bail emphytéotique de bien immeuble confère au preneur un droit réel susceptible d'hypothèque ; ce droit peut être prescrit et cédé dans les formes prescrites pour la saisie immobilière. Ce bail doit être consenti pour plus de 18 années et ne peut dépasser 99 ans. Il ne peut être prolongé par tacite reconduction* ». Cette définition fait apparaître les spécificités (attribution de droits réels au preneur et location de très longue durée) communes à l'ensemble des baux emphytéotiques. A l'issue de la location, les biens et les aménagements réalisés dessus par le preneur du bail (l'emphytéote) reviennent au bailleur. Les personnes publiques peuvent avoir recours à ce type de contrat sur leur domaine privé.

⁶ Voir notamment Y. Gaudemet, in "Les contrats de partenariat public-privé : étude historique et critique", Bulletin juridique des contrats publics, n° 36 (qui met en doute la portée des avancées des « PPP », estimant que certains montages purement contractuels s'approchent (les marchés « pseudo-concessifs », tel celui relatif au Stade de France) de près de ces contrats dans leurs stipulations et leurs effets), et X. Bezançon, « Essai sur les contrats de travaux et de services publics », LGDJ 1999.

La loi n°88-13 du 5 janvier 1988 dans son article 13⁷ a ouvert aux collectivités locales la possibilité de conclure des baux emphytéotiques administratifs (BEA), calqués sur les baux emphytéotiques ruraux, mais par lesquels les preneurs du bail s'engagent à construire un équipement nécessaire à la collectivité sur le terrain loué. Les BEA doivent donc être conclus en vue de l'accomplissement d'une mission d'intérêt général de la compétence de la collectivité. L'objectif est de permettre un financement privé d'infrastructures à vocation publique par l'attribution de droits réels au titulaire du marché⁸ qui sécurisent ses investissements. Le Conseil d'Etat a admis que cette formule soit utilisée en dehors du code des marchés publics⁹, en acceptant notamment que les BEA ne soient pas soumis aux obligations de publicité et de mise en concurrence. Quelques hôpitaux ont eu recours à cette formule¹⁰.

La loi n°88-13 constitue le fondement de l'actuel bail emphytéotique hospitalier.

C) Les leçons de l'expérience des Marchés d'entreprise de travaux publics (METP)

Lors de l'annonce de la création de partenariats public-privé permettant aux personnes publiques de confier à un unique contractant la construction, la maintenance et l'exploitation partielle d'ouvrages destinés à accueillir un service public, certains commentateurs ont annoncé la résurgence des METP. Ces marchés, inventés par la jurisprudence dans les années soixante¹¹, visaient à assurer la construction et l'exploitation par des entreprises privées d'ouvrages publics nécessitant des investissements importants, dont l'amortissement s'effectuait durant la période d'exploitation. Ces contrats accordaient au partenaire privé des garanties analogues à celles dont bénéficient les concessionnaires de services publics, mais ne pouvaient être qualifiés de concession dans la mesure où la rémunération était assurée par une redevance versée par la personne publique, et non par l'utilisateur.

Ces marchés spécifiques étaient, par leur objet, des partenariats public-privé. Bien que ne s'appuyant sur aucun texte, ces montages ont été à plusieurs reprises validés dans leur principe par le juge administratif¹² jusqu'au début des années quatre-vingt-dix. A cette

⁷ codifié aux articles L.1311-2 et suivants du code général des collectivités territoriales.

⁸ l'article 13 de la loi a été introduit par amendement parlementaire et visait à contrecarrer la jurisprudence Eurolat du Conseil d'Etat (CE, 6 mai 1985), comprise comme interdisant toute possibilité d'attribution de droits réels aux occupants du domaine public.

⁹ Conseil d'Etat, 25 février 1994, société SOFAP Marignan Immobilier

¹⁰ cf. O. Bachellery, « L'utilisation du bail emphytéotique administratif dans le secteur hospitalier. De l'exemple du Centre d'accueil et de soins Hospitaliers de Nanterre à l'esquisse d'un guide du bon usage » - ENSP, 1997

¹¹ Conseil d'Etat 11 décembre 1963, *Ville de Colombe*, Lebon p. 611

¹² Conseil d'Etat 26 novembre 1971, *société SIMA*, Lebon p. 723 ; Tribunal administratif de Lille, 16 janvier 1985, *Ville de Douai* ; Conseil d'Etat 11 juillet 1986, *Préfet de la Creuse*...

époque, plusieurs cas de marchés d'entreprise de travaux publics «truqués»¹³ sont médiatisés et remettent en cause la fiabilité de ce montage juridico-financier¹⁴. Par ailleurs, certains « faux » METP, n'incluant pas la dévolution de tâches d'exploitation aux partenaires privés, sont dénoncés comme des artifices de financement visant uniquement à différer le paiement des constructions, pratique interdite par le code des marchés publics. Dans le même temps, une tentative de rapporter le régime des METP à la réglementation du code des marchés publics fragilise ce montage. En effet, le code interdit l'insertion dans un marché de toute clause de paiement différé et prévoit l'allotissement obligatoire, contraire à la notion de contrat global véhiculée par les METP. Le juge administratif tire la conclusion de ces errements et incohérences en faisant disparaître les METP des contrats publics par une décision de 1999¹⁵.

Les METP sont riches d'enseignements pour les partenariats public-privé de par la proximité de leur objet, et bon nombre de reproches formulés contre les premiers montrent les risques existant pour le dispositif actuel. Des leçons ont été tirées. Ainsi, si les METP s'appuyaient sur une base uniquement jurisprudentielle, les outils de PPP, dont le BEH, bénéficient d'une assise juridique forte, de valeur législative. Cependant, leur inclusion à terme dans le code des marchés publics, sous une forme à définir, conforterait leur place au sein du droit français des marchés et limiterait certains risques liés à leur passation¹⁶.

Par ailleurs, l'exemple du METP montre que le recours au bail emphytéotique hospitalier pour des raisons purement financières pourrait fragiliser la légitimité du dispositif.

1.1.2 La création du BEH s'inscrit dans une démarche de développement de multiples outils de partenariats public- privé

A) Le BEH apparaît dans un contexte de création de contrats de partenariats sectoriels

Dès 2002, le gouvernement français a affiché son ambition de construire rapidement des prisons, gendarmeries et commissariats. Considérant que les procédures du code des

¹³ cf. l'affaire des lycées d'Ile-de-France

¹⁴ B. Noyer et F. Melleray, dans l'éditorial de l'actualité juridique du droit administratif (AJDA) n°16/2005 du 2 mai 2005 considèrent que les METP étaient un « *genre de contrats générant nécessairement des pratiques contraires aux standards du droit pénal* ».

¹⁵ Conseil d'Etat 8 février 1999, Préfet des Bouches-du-Rhône, Lebon p. 19

¹⁶ B. Noyer et F. Melleray, (cf. note 8) relèvent notamment que les partenariats public-privé échappent actuellement à l'article 432-14 du code pénal relatif au délit de favoritisme qui ne s'applique qu'aux marchés publics et aux délégations de services publics.

marchés publics ne permettaient pas de répondre à l'urgence, il a publié deux textes¹⁷ permettant, entre autre, la mise en œuvre de partenariats public-privé dits « sectoriels », dédiés à ces objets très précis. L'un des outils créés autorisait la passation de baux emphytéotiques administratifs, inspirés du BEA de la loi n°88-13 du 5 janvier 1988, sur un bien immobilier d'une collectivité territoriale. Les autres cadres juridiques mis en place (marchés publics dérogatoires, contrats de bail avec option d'achat entre Etat et titulaires d'une autorisation d'occupation temporaire du domaine public chargés de la construction de bâtiments) permettent également d'accélérer la création d'équipements.

C'est dans ce contexte, et celui du plan «Hôpital 2007 » faisant le constat d'un retard d'investissement important dans le secteur hospitalier, que le BEH a été créé en 2003, pour répondre à des préoccupations identiques à celles ayant motivé les BEA sectoriels « Police » et « Justice ».

B) Contrats de partenariat et BEH : vrais jumeaux ou doublon juridique ?

L'ordonnance n°2004-559 du 17 juin 2004, créant les contrats de partenariat, forme de PPP générique ouverte à l'ensemble des personnes publiques, y compris les établissements publics de santé, a suscité l'espoir d'une clarification par la suppression des contrats « sectoriels », voire des baux emphytéotiques administratifs issus de la loi de 1988. Ce ne fut pas le choix du législateur. Alors que de nombreux observateurs prédisaient la disparition du BEH au profit des contrats de partenariat¹⁸ du fait de la grande similitude existant entre les deux régimes, les EPS continuent à avoir le choix.

Bien que très proches par leur objet et leurs modalités, certaines différences subsistent entre les deux procédures. Ainsi, les clauses obligatoires dans chacun des contrats diffèrent légèrement. Le BEH doit contenir obligatoirement les conditions de financement de l'opération, pas le contrat de partenariat. A l'inverse, ce dernier autorise une cession partielle du contrat théoriquement prohibée dans le cadre d'un BEH. Enfin, seul le régime du contrat de partenariat spécifie l'obligation de préciser les conditions de partage des risques alors que cette exigence n'est que sous-entendue dans le cadre du BEH, qui impose des clauses relatives aux engagements de chaque partie et au contrôle de la personne publique.

Il convient néanmoins de remarquer que ces différences tendent dans la pratique à s'estomper. Ces pratiques induisent un risque de dérapage vers des contrats « hybrides »

¹⁷ Loi n°2002-1094 du 29 août 2002 d'orientation et de programmation pour la sécurité intérieure (LOPSI) et loi n°2002-1138 du 9 septembre 2002 d'orientation et de programmation pour la justice

¹⁸ « ...on peut s'interroger sur le devenir du bail emphytéotique hospitalier avec l'arrivée du contrat de partenariat hospitalier qui pourrait devenir une catégorie générique, donc ayant vocation à englober le bail emphytéotique hospitalier », J. Desbruères-Abrassard et J.-M. Peyrical, in «Les contrats administratifs de construction d'ensembles hospitaliers », Droit Administratif, novembre 2004, p. 17

qui ne répondent pas tout à fait aux conditions de l'un ou l'autre de ces mécanismes.

1.2 Avantages et définition du BEH

1.2.1 La philosophie des partenariats public-privé et les avantages qui leur sont attribués

La mise en place des partenariats public-privé, s'appuie sur l'idée de faire profiter le secteur public des avantages, réels ou supposés, de la réalisation et de la maintenance d'installations par le secteur privé. L'objectif est « *de rendre plus économe et plus efficace la commande publique* »¹⁹ partant du postulat selon lequel le secteur privé est plus efficace qu'un maître d'ouvrage public.

Les trois principaux avantages mis en avant par les promoteurs des PPP sont la réduction des délais et du coût global, sans incidence sur la qualité des prestations en bénéficiant de l'expertise du secteur privé.

Les délais de conception, les risques de dépassement des délais de réalisation, l'ingénierie financière du projet, la gestion des surfaces sont considérés comme étant, *a priori*, mieux maîtrisés par le secteur privé, qui par ailleurs a souvent accès aux dernières innovations techniques. Cette meilleure performance est garantie contractuellement par l'existence de pénalités s'appliquant en cas de non atteinte d'objectifs prédéfinis. Le passage d'une logique de moyens à une logique de résultats est perçue comme bénéfique. L'association très en amont des concepteurs et mainteneurs doit permettre de limiter les coûts de fonctionnement à terme (ex. : éviter la création de grandes surfaces vitrées coûteuses à nettoyer et sources de déperdition d'énergie)²⁰. La globalisation vise donc à optimiser le coût global de l'opération. Les partisans des PPP s'appuient sur des comparaisons très fines entre procédures classiques (en y intégrant les coûts cachés ou non évalués habituellement, comme le coût de renouvellement des équipements) et partenariats pour tenter de démontrer que ces derniers ont un meilleur rendement économique sur le long terme.

Cette philosophie, plutôt d'inspiration libérale, s'inscrivant également dans un processus plus général de contractualisation engagé au sein des collectivités publiques françaises²¹,

¹⁹ Lettre du ministre de l'économie des finances et de l'industrie du 14 septembre 2005

²⁰ ce rapprochement ne fait cependant pas l'unanimité et est notamment dénoncé par l'Ordre des architectes au nom de la défense de l'indépendance de la maîtrise d'œuvre. Voir « *Denis Dessus : le nouveau code risque d'entraîner des concours au rabais* », Le moniteur des travaux publics, 7 avril 2006, p. 26

²¹ M. Guenoun et B. Thiberville voient dans ce phénomène le signe du caractère néo-wéberien de l'Etat où les procédures de contrôle sont renforcées et transformées, in Partenariat public-privé et gouvernance

explique les crispations politiques sur ces outils (saisine du Conseil Constitutionnel et du Conseil d'Etat par des députés socialistes), d'autant plus que les arguments en faveur de ces contrats manquaient parfois de nuance²² ou relevaient de postures idéologiques. Cependant, les critiques ne sont pas que politiques et certains avantages mis en avant par les partisans du partenariat public-privé sont contestés par des auteurs, ou remis en question par des institutions. Ainsi, la Banque Européenne d'Investissement (BEI), pourtant favorable aux PPP, souligne que la complexité des procédures entraîne un temps de préparation long qui ne les rend pas particulièrement attractives en terme de délais.

La mise en œuvre des PPP répond également à un souhait de mobilisation de financements privés au profit d'investissements publics compte-tenu de la relative impécuniosité de l'Etat. Alors qu'il était ministre des Finances, en février 2004, F. Mer a parfaitement souligné les attentes de l'Etat à ce niveau : « *Les PPP sont le seul moyen de relancer de manière responsable un certain volume d'investissement que nous serions autrement obligés de différer dans le temps* ». A ce titre, il n'est pas surprenant que la procédure du BEH ait été publiée dans le même temps que la plan «Hôpital 2007 », destiné à relancer l'investissement hospitalier.

Enfin, il est intéressant de relever que ce type de contrat intéresse aussi fortement les entreprises privées. Ainsi, la mise en place des PPP au Royaume-Uni s'est faite en partie à la suite du lobbying exercé par des groupes de BTP français. Un des intérêts principaux des sociétés est de s'assurer des flux financiers réguliers sur une longue durée et ainsi d'être moins exposées à la volatilité du marché de la construction²³. Par ailleurs, ces PPP leur ouvrent des marchés qui jusque là leur restaient peu accessibles.

1.2.2 Définition du bail emphytéotique hospitalier

A) Le cadre juridique du BEH

La loi n°2003-591 du 2 juillet 2003 portant simplification du droit a habilité le gouvernement à prendre des ordonnances créant des partenariats public-privé. L'ordonnance n°2003-850 du 4 septembre 2003 autorisant les établissements publics de santé à recourir au bail emphytéotique hospitalier est publiée dans ce contexte. Ce texte a essentiellement pour objet d'aménager au bénéfice des EPS un régime spécifique de bail

future , ed. L'Harmattan-Gret, p. 43 & sqc

²² A. Ménéménis s'interroge ironiquement sur la « panacée » mise en avant par certains politiques.

²³ Voir BOLLE H. "Bouygues construira et entretiendra l'hôpital public de Caen - BTP et Etats réinventent le partenariat". *Challenges*, 6 octobre 2005, n° 6, p. 30. Il est à noter que les investissements des géants du BTP dans les sociétés d'autoroute ou les parkings relèvent de la même logique économique.

emphytéotique qui n'est ni celui du code rural ni celui issu de la loi n°88-13²⁴ applicable aux collectivités locales²⁵. La loi du 9 août 2004 a modifié le texte initial en rapprochant²⁶ sans toutefois les unifier le régime BEH de celui des contrats de partenariat créés par l'ordonnance du 17 juin 2004. Enfin, l'ordonnance 2006-460 du 21 avril 2006 relative à la partie législative du code général de la propriété des personnes publiques a permis de régler les questions de mise à disposition de terrains et immeubles hospitaliers dans le cadre d'un BEH. L'ensemble des dispositions relatives à la fois au BEH et aux contrats de partenariat a été codifiée dans le code de la santé aux articles L6148-1 à L6148-8.

B) Les caractéristiques du BEH

a) *Un contrat administratif*

L'article L1311-3-4 du code général des collectivités territoriales, applicable au BEH, précise que « *les litiges relatifs à ces baux sont de la compétence des tribunaux administratifs* ». Une telle qualification implique que le régime jurisprudentiel d'exécution des contrats publics s'applique aux BEH, notamment les pouvoirs de résiliation unilatéral du contrat pour motif d'intérêt général (rappelé dans l'article L6148-2 du code de la santé publique) et de contrôle et de direction de l'EPS sur le preneur du bail. Ces dernières prérogatives présentent cependant un risque pour les établissements de santé, qui ne doivent y recourir qu'avec prudence. En effet, un interventionnisme trop important en phase de construction pourrait être analysé comme un exercice indirect de la maîtrise d'ouvrage (qui appartient de droit au groupement), au risque d'une requalification du contrat en marché public de travaux, entraînant sa nullité.

b) *Un contrat attributif des droits réels à l'emphytéote.*

Les biens des EPS sont « *inaliénables et imprescriptibles* »²⁷, et seuls les BEH et les contrats de partenariat donnent aux cocontractants des droits réels sur les biens construits sur le domaine public hospitalier. A ce titre, l'emphytéote peut céder ses droits sur les biens et les hypothéquer. Le BEH interdit la cession partielle du bien, mais

²⁴cf. ci-dessus au 1.1.1 B

²⁵ Certains établissements publics hospitaliers avaient déjà conclus des opérations sur la base des dispositions de la loi n°88-13. Sur ce sujet, voir O. Bachellery, *L'utilisation du bail emphytéotique administratif dans le secteur hospitalier : de l'exemple du centre d'accueil et de soins hospitalier de Nanterre à l'esquisse d'un guide du bon usage*. Ecole nationale de la santé publique, 1997, 102 p.

²⁶Elle a notamment permis le recours à la procédure de dialogue dans le cadre d'un BEH.

²⁷ article L. 6148-1 du code de la santé publique

réserve la possibilité d'un financement en crédit-bail²⁸. Dans ce cadre, l'établissement financier est propriétaire du bien construit qu'il loue à l'emphytéote. La mise en œuvre d'un tel mécanisme de financement implique un accord expresse de l'EPS, au même titre que toute cession.

c) *Un contrat de longue durée.*

Les textes prévoient qu'un BEH dure entre 18 et 99 ans. Cependant, cette période ne doit pas être fixée arbitrairement, puisqu'elle fige la concurrence sur les prestations incluses dans le contrat²⁹. Le code de la santé publique prévoit donc que cette durée, qui fait partie des clauses obligatoires³⁰, doit être « *strictement adaptée à l'objet du contrat* ». Il est recommandé aux établissements d'aligner la durée du BEH avec celle de l'amortissement des biens. De ce fait, leur valeur comptable résiduelle est nulle au moment de leur cession par l'emphytéote à l'EPS. Il est également possible de prévoir une cession intervenant plus tôt, et donnant lieu au versement à l'emphytéote d'une soulte (correspondant à la valeur comptable résiduelle du bien).

La définition de la durée du contrat durant la procédure de passation du contrat n'est pas exempt de risques. En effet, il est difficile pour un établissement de déterminer précisément ses besoins et les évolutions réglementaires qui lui seront applicables à une échéance de vingt ou trente ans, durées généralement retenues pour les BEH. La modification du bail emphytéotique initial par la conclusion d'avenants aboutissant à confier à l'emphytéote de nouveaux contrats sans publicité ni mise en concurrence est contraire aux règles de passation des marchés. L'établissement court potentiellement le risque de se trouver dans une impasse juridique (faire réaliser les travaux par l'emphytéote hors des règles des marchés publics, au risque de créer une distorsion de la concurrence, ou ne pas les réaliser, en contrevenant aux textes applicables). La conclusion d'avenants emporte également un risque financier dans la mesure où ils sont généralement plus onéreux que des marchés classiques, du fait de l'absence de concurrence. Plus la durée du contrat est longue, plus la réalisation de ces risques est probable.

²⁸ Le régime du crédit-bail relève de l'article L. 311-7 du code monétaire et financier

²⁹ sur ce sujet, voir A. Ménéménis, in « l'ordonnance sur les partenariats : heureuse innovation ou occasion manquée », AJDA, N°2004/32, 27 septembre 2004, p.1745 & sqc.

³⁰ article L. 6148-3 du code de la santé publique

d) *Un contrat intervenant dans des conditions d'utilisation limitées.*

Les conditions de l'ordonnance n° 2003-850 du 4 septembre 2003

L'article 21 de l'ordonnance prévoit trois possibilités de passation de BEH :

- * un BEH conclut par une collectivité territoriale avec un preneur public ou privé pour satisfaire aux besoins un EPS (possibilité ouverte jusqu'au 31/12/2007)
- * un BEH conclut par une collectivité locales avec un EPS,
- * un BEH conclut par un EPS ou une structure de coopération sanitaire avec un partenaire public ou privé.

Dans tous les cas, ce bail doit être conclu en vue de l'accomplissement pour le compte du bailleur d'une mission concourant à l'exercice du service public dont il est chargé ou en vue de la réalisation d'une mission d'intérêt générale³¹. Ces deux conditions d'utilisations sont peu restrictives, mais empêchent les EPS de consentir des baux emphytéotiques visant à l'accomplissement de tâches en dehors de leur champ d'action. Par ailleurs, le BEH ne peut avoir pour conséquence de transférer des compétences relevant du « cœur de métier » de l'hôpital³².

Les conditions imposées par le Conseil Constitutionnel

Saisi d'une question sur la constitutionnalité de l'article 6 de la loi n°2003-591 du 2 juillet 2003 portant simplification du droit, fondement des ordonnances sur les partenariats public-privé, le Conseil Constitutionnel a rendu la décision n°2003-473DC du 26 juin 2003. Dans un premier temps, le Conseil Constitutionnel a jugé que la Constitution « *n'impose pas de confier à des personnes distinctes la conception, la réalisation, la transformation, l'exploitation et le financement de services ; qu'aucun principe ou règle de valeur constitutionnelle n'interdit non plus qu'en cas d'allotissement, les offres portant simultanément sur plusieurs lots fassent l'objet d'un jugement commun en vue de déterminer l'offre la plus satisfaisante du point de vue de son équilibre global ; que le recours au crédit-bail ou à l'option d'achat anticipé pour préfinancer un ouvrage public ne se heurte, dans son principe, à aucun impératif constitutionnel* ». Les spécificités des partenariats public-privé apparaissent donc constitutionnelles, mais, dans un deuxième temps, le Conseil Constitutionnel émet des restrictions importantes quant à l'utilisation des partenariats public-privé en estimant que « *les diverses dérogations au droit commun de la commande publique ou de la domanialité publique ne devront être admises que dans les situations répondant à des motifs d'intérêt général tels que l'urgence qui s'attache, en raison de circonstances particulières ou locales, à rattraper un retard*

³¹ Article L.6148-2 & sqq du code de la santé publique

³² cf. Introduction

préjudiciable ou bien la nécessité de tenir compte des caractéristiques techniques fonctionnelles ou économiques d'un équipement ou d'un service déterminé ».

La notion d'urgence a été définie par le Conseil Constitutionnel dans la décision n°2004-506 du 2 décembre 2004 comme résultant «*de la nécessité de rattraper un retard particulièrement grave affectant la réalisation d'équipements collectifs* ». La «*nécessité de tenir compte des caractéristiques techniques fonctionnelles ou économiques d'un équipement ou d'un service déterminé* » a été interprétée comme renvoyant à une obligation de complexité de l'opération. Cette notion de complexité prêtant potentiellement à contestation, le législateur a pris soin d'en préciser le contenu en reprenant³³ la définition issue de l'article 29 de la directive n°2004/18/CE du 31 mars 2004 relative à la coordination de la procédure de passation des marchés publics de travaux, de fourniture et de service : un projet est complexe «*lorsque la personne publique n'est pas objectivement en mesure de définir elle-même les moyens techniques pouvant répondre à ses besoins ou d'établir le montage juridique ou financier du projet* ». Les solutions techniques doivent émerger de la procédure de passation du contrat. De ce fait, la phase de dialogue avec les candidats constitue une étape obligatoire lors de la passation d'un BEH justifié par la complexité de l'opération. Les dérogations aux règles classiques des marchés publics sont légitimées par le pragmatisme économique. A. Ménéménis³⁴ estime par ailleurs que ce cantonnement à un champ restreint relève de l'opportunisme juridique en évitant une trop grande superposition de régimes différents pour des contrats ayant le même objet.

Pour limiter le risque de contestation juridique du recours au BEH, il paraît nécessaire que les établissements fassent ressortir clairement les conditions d'urgences ou de complexité justifiant leur choix.

Enfin, il convient de relever une dernière condition, non définie par le Conseil Constitutionnel ou par les textes réglementaires, mais correspondant à une recommandation très forte du ministère de la santé : le bail emphytéotique hospitalier doit être réservé à des opérations coûteuses. Un seuil de dix millions d'euros est avancé par la Mission nationale d'aide à l'investissement hospitalier (MAINH). Une telle exigence est en cohérence avec la lourdeur et le coût de la procédure, qui renchériraient le coût d'une « petite » opération au-delà des bénéfices attendus du BEH. Il est cependant intéressant de remarquer que l'Etat s'autorise la réalisation d'opérations de bien moindre envergure (deux à trois millions d'euros) dans le cadre des BEA de construction des commissariats

³³ Article L6148-5 du code de la santé publique

³⁴ in « *L'ordonnance sur les contrats de partenariats : heureuse innovation ou occasion manquée ?* », AJDA, n°2004-32, 27 septembre 2004, p. 1737 & sqc

et des gendarmeries.

e) *Le BEH est un contrat aux modalités de rémunération et de financement particulières*

Dans le cadre du BEH la rémunération du contractant présente trois particularités par rapport aux contrats «classiques » issus de la loi MOP³⁵.. D'une part, les investissements initiaux ne sont pas réglés à leur réception ou en cours de construction, mais donnent lieu à des paiements étalés sur toute la durée de vie du contrat. D'autre part, cette rémunération est liée à des objectifs de performance (date de mise à disposition de locaux, objectifs de résultats en matière d'exploitation et de maintenance...) qui, s'ils ne sont pas atteints, génèrent des pénalités financières (mécanisme existant dans l'ancien appel d'offre sur performances). Enfin, cette rémunération peut être diminuée par la prise en compte de recettes liées à une exploitation partielle hors service public des ouvrages objets du BEH³⁶.

Le Conseil Constitutionnel a validé la possibilité de recourir au crédit-bail³⁷ pour financer les investissements des établissements. Dans le cadre de ce mécanisme de financement un crédit-bailleur (généralement un établissement bancaire) achète ou fait construire un bien pour le compte d'un crédit-preneur auquel il le loue et réserve une option d'achat à lever au plus tard à la fin du bail. Dans le cadre d'un BEH, cela se traduit par un transfert de la propriété des bâtiments au partenaire financier. Un tel mécanisme présente un caractère séduisant par rapport à un financement par emprunt, où la société preneuse (souvent une société ad hoc créée entre les différents partenaires du groupement) finance une partie de l'investissement sur fonds propres (fréquemment à hauteur de 10% du coût de construction). Ces derniers sont rémunérés à des taux (de 8 à 15%) qui renchérissent les coûts de financement et les rendent moins compétitifs que le crédit-bail (dont les taux sont pourtant plus élevés que ceux des crédits classiques). Les établissements choisissant cette dernière solution devront s'assurer que le contrat comporte des clauses permettant de préserver les exigences du service public. Enfin, Il est à noter que la Cour des Comptes est peu favorable à ce mode de financement « *facilitant les irrégularités et détournements de fonds*»³⁸.

³⁵ Loi n°85-704 du 12 juillet 1985 relative à la maîtrise d'ouvrage publique et à ses rapports avec la maîtrise d'œuvre, dite Loi MOP

³⁶ Au Centre de soins des Tilleroyes le projet de BEH initial comprenait la construction et l'exploitation d'une cuisine hospitalière exploitable commercialement par les cocontractants.

³⁷ article L.6148-2 du code de la santé publique

³⁸ rapport public 1997, remarque sur le financement par crédit-bail d'une opération conduite par le centre hospitalier spécialisé Paul Guiraud de Villejuif

f) *Un contrat global entraînant un partage des risques entre les partenaires*

Le BEH est un contrat global à deux niveaux. D'une part, il regroupe au sein d'un même document et de ses annexes l'ensemble des dispositions régissant la mise à disposition d'un bien par un établissement de santé et les conditions dans lesquelles les équipements réalisés par l'emphytéote seront construits, financés, entretenus, voire exploités, et remis au bailleur à l'issue de la période de location. D'autre part, le BEH est un contrat par lequel l'établissement de santé confie à un seul et unique cocontractant l'ensemble de ces missions. L'EPS ne connaît que cet interlocuteur unique (qui peut être le mandataire d'un groupement d'entreprises où une structure ad hoc créée par les sociétés de ce consortium), en charge de mettre en œuvre tous les contrats nécessaires à l'exécution de la mission confiée, au lieu d'une multiplicité d'intervenants dans le cas de marchés séparés.

Ce contrat global nécessite pour l'établissement de décider des risques (liés à la construction, à la maintenance...) qu'il conserve à sa charge et ceux qu'il transfère, contre financement, à son cocontractant³⁹. Ce partage doit se faire sur la base d'une analyse économique afin d'en assurer l'optimisation.

g) *Un contrat entre marchés publics et délégations de service public*

Les partenariats public-privé, se positionnent en tant que catégorie autonome de contrats publics. Ils s'insèrent entre les deux catégories historiques que constituent les marchés publics et les délégations de service public sans relever de l'une ou de l'autre. En effet, les PPP empruntent aux marchés publics le principe du paiement public, tout en retenant les possibilités de transfert de risque et de étalement du règlement au partenaire privé qu'offrent les délégations de service public, notamment les concessions.

En droit communautaire, le BEH est qualifié de « marché public », et se voit appliquer l'ensemble des règles de passation des marchés publics communautaires, dont les obligations de publicité et de mise en concurrence.

³⁹ d'après T. Dal Farra, la grande innovation des partenariats public-privé réside dans cette notion de partage de risque, in « une nouvelle forme de contrat : le partenariat », CP-ACCP n° 36, septembre 2004, p.24 & sq

Chapitre 2 : La procédure de passation d'un BEH : lecture croisée des préconisations officielles et de la pratique du Centre de soins des Tilleroyes

Reprenant partiellement les recommandations émises par le Ministère des finances et de l'industrie dans le *Guide des bonnes pratiques des contrats de partenariat*⁴⁰, la Mission d'appui à l'investissement hospitalier (MAINH) a publié en février 2005 un *Guide du bail emphytéotique* destiné à aider les décideurs hospitaliers. Sans prétendre à l'exhaustivité ni à l'exclusivité, il en définit les principales phases de mise en œuvre. Ce chapitre vise à présenter le contenu de la procédure du BEH telle que préconisée par la MAINH tout en étudiant sa mise en application au Centre de soins des Tilleroyes.

2.1 Présentation du Centre de soins des Tilleroyes et de l'opération réalisée

2.1.1 Le Centre de soins des Tilleroyes (CST)

Le Centre de Soins des Tilleroyes est un établissement public de santé qui se situe dans la périphérie ouest de Besançon à deux kilomètres du Centre Hospitalier Universitaire Jean Minjoz. Contrairement à la plupart des centres de soins situés dans les villes universitaires, le CST est juridiquement indépendant du CHU. Cette situation est liée à l'histoire de la structure, qui fut un sanatorium jusqu'en 1970. Etablissement public de santé départemental, le CST est placé sous la présidence du représentant du Président Conseil Général du Doubs. Il accueille 120 lits de soins de suite et de réadaptation (SSR) qui s'adressent à des malades nécessitant des soins continus. Il comporte aussi une importante dimension éducative et relationnelle. Son activité est soutenue, puisqu'il connaît un taux d'occupation de 74 %. Il emploie 122,5 agents dont 3,5 membres du corps médical.

Physiquement, le CST se compose d'un bâtiment administratif relié par des passerelles à deux anciens pavillons de soins désaffectés. Il occupe également un bâtiment de 3150 m², propriété du CHU de Besançon, mais construit sur un terrain du Centre de soins loué par bail emphytéotique « rural ». Les 120 lits de soins sont situés dans ces locaux, que le CHU souhaite récupérer à l'issue de l'opération de construction du nouveau Centre.

⁴⁰ ce qui confirme, s'il le fallait, l'extrême proximité des deux procédures déjà soulignée.

2.1.2 Les caractéristiques de l'opération projetée

A) Les objectifs immobiliers de l'opération

A l'échelle du Centre de soins, l'opération projetée est particulièrement importante, puisqu'elle vise à démolir les deux anciens pavillons de soins désaffectés pour construire sur leur emplacement un nouveau bâtiment destiné à accueillir à la fois les unités de soins et les services administratifs. Seuls les locaux techniques seront localisés dans un bâtiment annexe. Ce projet impose un réaménagement du terrain et la création de voiries internes et de places de parking. Le CST continuant de fonctionner à pleine capacité durant les travaux, certaines opérations de transfert transitoire (pharmacie et chaufferie) compliquent la mise en œuvre des démolitions. Par ailleurs, l'établissement ne possède pas de cuisine. Il est sous contrat avec une société qui fournit les repas quotidiens en liaison froide. Ce prestataire donne satisfaction mais sa localisation à une centaine de kilomètres de Besançon limite sa réactivité. La construction d'une cuisine équipée a donc été intégrée au projet de BEH. Les estimations initiales du programme fonctionnel faisaient état d'un besoin de 5396 m² de surface utile.

L'objectif principal de l'EPS est de remédier à certains dysfonctionnements (en grande partie liés à la conception (manque de surface, conception V120...) des locaux actuels) par la création d'un bâtiment de conception moderne. Ces dysfonctionnements ont conduit l'Agence Régionale d'Hospitalisation (ARH) à valider, dans le cadre du Plan « Hôpital 2007 », la construction d'un bâtiment neuf. Il doit permettre au Centre de soins de pérenniser son projet médical dans des conditions spatiales adaptées à son fonctionnement.

B) L'inscription du projet dans une démarche de Haute Qualité Environnementale, cohérente avec les objectifs du BEH

En partie sur l'insistance de l'ARH, le Centre de soins a décidé que le projet s'inscrirait dans une démarche de Haute Qualité Environnementale (démarche HQE). Celle-ci vise à la maîtrise des nuisances générées par la construction et le fonctionnement des bâtiments. Elle prend en compte le respect de la législation, l'impact des constructions sur l'environnement, et la recherche d'un intérieur confortable et sain pour les futurs usagers. L'exigence environnementale pour un local se décline en quatorze cibles, décrites dans un référentiel élaboré par l'Association HQE⁴¹. Le niveau maximal de chaque exigence environnementale est déterminé par une recherche d'optimum technico-économique. L'objectif du Centre de soins des Tilleroyes n'était pas de réaliser une opération

⁴¹ Créée en 1996, l'Association HQE® regroupe des organismes professionnels du secteur du BTP et a pour objectif le développement de la haute qualité environnementale à travers la promotion de la démarche.

environnementale exemplaire mais de mieux maîtriser ses dépenses d'exploitation ultérieures en prenant en compte les contraintes de fonctionnement dès la phase de conception, d'où le choix des cibles prioritaires suivantes :

1. maîtrise des coûts d'exploitation (y compris gestion énergétique entretien et maintenance)
2. assurance du confort de ses occupants
3. gestion optimale des ressources en eau
4. maîtrise des conditions sanitaires (qualité de l'air, de l'eau,...),

Le programme remis aux candidats prévoit que ces cibles doivent donner lieu à des propositions très performantes ou performantes (en opposition aux cibles non prioritaires pour lesquelles l'obligation est de respecter la réglementation en vigueur).

Cette labellisation HQE est nouvelle au sein des établissements publics de santé. Dans le cas du Centre de soins elle a ajouté de la complexité à une procédure déjà compliquée. Elle nécessite d'apprécier des éléments traditionnellement peu pris en compte par les établissements dans leur programmation (ex. : optimisation des économies d'énergie par l'appel aux énergies renouvelables). Le lancement dans une telle démarche implique donc presque nécessairement le recours à un consultant extérieur spécialisé dans ce type de questions pour limiter les risques liés à l'appréciation des offres. Néanmoins, ce choix est cohérent avec la procédure du BEH qui tend à estimer et valoriser l'ensemble des charges induites par un projet. Inclure les coûts « environnementaux » au sens large, tout en tentant d'inscrire les solutions projetées dans le cadre d'économies de fonctionnement, comme l'a fait le CST, pousse la logique d'appréciation des coûts globaux inhérente au BEH au-delà des limites habituelles mais s'y intègre logiquement.

2.2 Le déroulement de la procédure du BEH

Dès lors que le directeur d'un établissement a fait le choix d'engager la passation d'un BEH, la procédure se déroule en quatre phases relativement distinctes. La première, interne à l'établissement, vise à préparer les conditions de discussion avec les candidats, la seconde permet de les choisir, le dialogue constitue la troisième phase et le choix du groupement retenu et l'ajustement de l'offre finale sont la dernière étape avant la signature de l'acte.

2.2.1 La phase de réflexion préalable

Cette phase regroupe quatre éléments essentiels à la bonne réalisation du BEH : la définition des grandes lignes du contrat, la vérification de la pertinence de la passation

d'un BEH plutôt qu'une procédure classique, le choix des experts assistants la personne publique et enfin l'élaboration du dossier de consultation.

A) La définition d'un programme fonctionnel et technique

Cette étape paraît essentielle dans la mesure où elle conditionne la phase de dialogue avec les partenaires privés. Le programme fonctionnel, bien que modifiable à la marge, détermine le noyau «dur» de l'opération. Il est donc indispensable que les dirigeants hospitaliers définissent assez précisément les éléments qu'ils souhaitent inclure dans le BEH et réfléchissent aux prestations qui pourront être déléguées. La précision de la délimitation du contenu du contrat est aussi importante pour que la comparaison entre le BEH et un marché classique éclaire objectivement le choix des dirigeants hospitaliers (cf. ci-dessous B).

Le programme fonctionnel et technique du Centre de soins des Tilleroyes, qui regroupe trois tomes et deux cahiers annexes, a été réalisé par une équipe de consultants en ingénierie. Il tend à définir les besoins de l'établissement, détaille les grandes fonctions du bâtiment et les pratiques qui y sont liées. Pour ce faire, le document décrit d'abord le fonctionnement et les qualités attendus du futur Centre de soins dans son ensemble, puis de chaque sous-espace qui le compose. Il a pour but de fournir suffisamment d'informations aux groupements pour qu'ils intègrent les contraintes de l'EPS et ses motivations quant aux résultats attendus. Il insiste particulièrement sur la liaison entre la maintenance et la conception initiale. Il précise également qu'une extension éventuelle de trente lits (soumise à l'accord de l'ARH) devra être incluse en option dans les offres.

Le premier tome du programme présente le projet, fournit des données sur l'existant et définit les besoins. Dans cette dernière partie sont indiquées les contraintes applicables aux différentes unités fonctionnelles (liaisons entre elles, contiguïté nécessaire de certaines d'entre elles...) et contient des données indicatives concernant les m² utiles estimés pour chaque local⁴². Elle comprend une analyse des flux de personnes et de la gestion des parkings.

Le second tome définit les performances techniques à obtenir et contient un dossier relatif aux prestations d'exploitation et de maintenance. Le centre de soins impose aux groupements candidats de présenter un « mémoire d'organisation » et un « dossier d'exploitation-maintenance » décrivant les opérations de maintenance incluses au contrat et leurs conditions de programmation et de contrôle de qualité par l'établissement. Dans ces domaines, les candidats ont une obligation de résultat et non de moyen. L'objectif est

⁴² Le projet retenu au final (à périmètre égal) sera très proche en terme de m² de cette estimation initiale (6500 m² de SU contre 6399 m² dans le programme fonctionnel).

d'optimiser la maintenance afin d'en minimiser le coût et d'obtenir une garantie de conditions d'usage du bien assurant à la fois le confort et la sécurité des usagers et la récupération d'un bâtiment en bon état l'issue du bail. Le programme fonctionnel propose une répartition des compétences et responsabilités de l'EPS et de l'emphytéote dans la réalisation des prestations de maintenance⁴³. Le « petit » entretien courant reste partiellement assuré par le personnel technique de l'EPS, le directeur ne souhaitant pas reclasser ses agents en interne, ni qu'ils soient embauchés par le groupement retenu⁴⁴. Les services dont il est envisagé que l'exploitation soit incluse dans le BEH sont listés : génie climatique et sanitaire, fourniture des énergies et fluides, télévision et téléphonie, nettoyage des sols des circulations (dont enlèvement des déchets), confection et distribution des repas. Le programme comprend cependant une incohérence puisque le lavage du linge qui apparaît dans un tableau général comme prestation incluse au BEH disparaît des prestations détaillées.

Le troisième tome détaille les attentes environnementales. Elles sont importantes au niveau de la gestion des réseaux d'eau (au moins 50% de l'eau chaude sanitaire doit être produite par énergie solaire) de ventilation et de climatisation-chauffage. Elles impliquent des contraintes dans la conception du bâtiment (surfaces vitrées, inertie thermique, isolant...), visant à optimiser ses performances énergétiques.

Enfin, le programme est accompagné de deux annexes :

- Un cahier de fiches techniques par local

- Un cahier de fiche exploitation-maintenance par type d'intervention et nature de la partie de l'ouvrage concernée par l'intervention.

B) L'appréciation de la pertinence du recours au BEH

Le recours au bail emphytéotique hospitalier par un établissement n'est possible que si l'opération entre dans les cas prévus par la loi et répond aux critères définis par le Conseil Constitutionnel. Par ailleurs une étude comparative avec les procédures classiques de passation de marché doit en démontrer les avantages.

a) *L'évaluation du projet au regard des critères du Conseil Constitutionnel*

Un établissement public de santé ne peut envisager de recourir à un BEH que dans les hypothèses où l'opération envisagée est urgente ou en cas de complexité particulière de

⁴³ La répartition précise des compétences entre le groupement attributaire du BEH et le centre de soins est présentée en annexe 2.

⁴⁴ Ce point a donné lieu à des débats en cours de dialogue, certains candidats souhaitant gérer l'ensemble de la maintenance pour des raisons d'efficacité et de clarification des responsabilités.

l'opération⁴⁵. Dans le cas du Centre de soins des Tilleroyes, la formalisation d'une argumentation en faveur du recours au BEH sur l'un de ces deux critères n'apparaît pas.

b) *L'étude comparative entre la passation d'un BEH et les procédures classiques*

Des préconisations de la MAINH utiles mais critiquables

La MAINH préconise l'utilisation d'un comparateur pour évaluer la pertinence du recours au BEH par rapport aux procédures de marchés publics issues de la loi MOP⁴⁶. Cette analyse vise à tester la faisabilité budgétaire et l'intérêt économique d'un BEH à la place de modes classiques de construction, de financement, d'entretien et, le cas échéant, d'exploitation. L'objectif est de comparer le prix global de chacune des formules à périmètre égal (c'est-à-dire en incluant les coûts internes de maintenance dans la procédure classique) sur la base de plusieurs critères quantitatifs et qualitatifs allant au-delà du simple coût financier de construction. Dans la mesure où les candidats potentiels ne sont pas encore contactés au moment de la réalisation de cette étude, elle ne vise pas à tester les chiffres d'offres réelles mais se base sur des hypothèses normées (la durée sur laquelle la comparaison porte est identique à celle du BEH, un certain nombre de coûts sont estimés identiques dans les deux cas et ne sont donc pas intégrés aux études...).

La MAINH fournit aux EPS candidats à la passation d'un BEH une trame très précise des points à prendre en compte dans le comparateur :

1. Délais prévisionnels de chacune des procédures
2. Estimation de l'ensemble des coûts prévisionnels
3. Identification et quantification des risques
4. Evaluation des coûts financiers ajustés des risques
5. Détermination d'un coût financier global, actualisé⁴⁷ en fonction de la durée du projet
6. Evaluation de l'impact budgétaire
7. Evaluation des aspects qualitatifs

La définition de certaines phases est relativement simple (estimation des délais prévisionnels de chacune des procédures, estimation de l'ensemble des coûts prévisionnels, impact sur la situation budgétaire), même si leur prévision peut s'avérer ardue, alors que d'autres (identification et quantification des risques, prise en compte des aspects qualitatifs immédiats et à terme de chaque procédures) imposent une forme de

⁴⁵ cf. ci-dessus chapitre 1, 1.1.2 B

⁴⁶ Loi n°85-704 du 12 juillet 1985 relative à la maîtrise d'ouvrage publique et à ses rapports avec la maîtrise d'œuvre, dite Loi MOP

⁴⁷ En matière financière l'actualisation consiste à déprécier des flux financiers futurs et déterminer leur valeur actuelle c'est à dire leur valeur à la date d'aujourd'hui

« révolution intellectuelle » pour des responsables hospitaliers peu, voire pas habitués à se préoccuper de ces aspects d'une opération. Cette analyse doit conclure au choix rationnel de recourir à la solution BEH ou à une procédure classique.

Il existe un certain nombre de risques d'erreurs liées à ce comparateur qu'il paraît utile de relever. Les plus évidents, et par conséquent ceux les plus encadrés par la MAINH, portent sur les domaines les plus étrangers à la culture hospitalière, en particulier la quantification des risques « cachés » des opérations (risques de maintenance et d'exploitation) pour lesquels les recommandations sont nombreuses. Il existe néanmoins des possibilités d'erreurs importantes sur certaines phases qui, *a priori*, semblent mieux maîtrisées, biaisant la validité de la comparaison. Ainsi, les délais de mise en œuvre du BEH ne sont pas toujours aisés à quantifier, notamment pour les premiers EPS engageant cette procédure. Le Centre hospitalier Sud-francilien en a fait l'expérience : ayant estimé initialement la durée de la négociation avec les candidats à dix semaines, celle-ci a duré huit mois⁴⁸. De même, la procédure de dialogue au CST a excédé de cinq mois les estimations initiales.

Par ailleurs, les différents indicateurs de comparaison proposés jusqu'à présent par la MAINH, bien qu'intéressants en terme de tendance, renvoient essentiellement à des exemples étrangers⁴⁹, dont la transposition directe à une situation française peut être contestée. Ces inconvénients seront corrigés avec le temps et les passations de plusieurs BEH qui permettront à la MAINH d'affiner et de « nationaliser » ces éléments d'aide à l'analyse dans la version 2 de son guide.

Enfin, le comparateur de la MAINH tend à prendre en compte l'intégralité des risques partant du postulat que « *les acteurs privés quantifient systématiquement le coût de tous les risques dans la mesure où une mauvaise appréciation d'un risque se traduira par un contrat déficitaire* ». Bien que cette approche ait le mérite d'être très prudente, elle peut paraître excessive. Le calcul des différents risques est particulièrement compliqué et, de ce fait, coûteux. Les sociétés ont souvent l'habitude d'appliquer un « coût des aléas » qui correspond à un pourcentage du prix sans détailler ce montant et, de surcroît, sans être en mesure de le justifier par une démonstration étayée⁵⁰. La plupart des hôpitaux, lorsqu'ils construisent, utilisent des marges d'ajustement (apparentes dans les devis des prestataires) dont la fiabilité est comparable. Concernant les organismes bancaires, l'affirmation de la MAINH est formellement exacte puisqu'ils sont tenus de détenir des

⁴⁸ Intervention de Joël Bouffies, directeur général du Centre hospitalier Sud-Francilien à HôpitalExpo le 18 mai 2006.

⁴⁹ Annexe 12 du Guide BEH de la MAINH

⁵⁰ Ayant effectué mon stage en entreprise dans une société immobilière en passe de conclure un BEA « gendarmerie », j'ai observé cette pratique, qui m'a été confirmée lors d'entretiens.

réserves dont le montant varie en fonction du risque encouru⁵¹, et qu'ils font payer ce surcoût à travers le taux d'intérêt. Néanmoins l'imperfection des outils d'analyse qui souvent, par construction, sous-estiment le risque pour les établissements publics par rapport à leur situation financière apparente (à juste titre, dans la mesure où les hôpitaux ont toujours honoré leurs dettes) et la très forte concurrence entre les banques, font que les conditions de taux d'un prêt ne sont que partiellement liées au risque financier.

L'utilisation du comparateur par le Centre de soins des Tilleroyes

Le CST s'est contenté de confier la réalisation d'une étude « *relativement sommaire* » (d'après le directeur) à ses consultants en ingénierie. Elle a été rendue en décembre 2004, avant le lancement de la phase de dialogue avec les candidats. Ce document valide le choix du recours au BEH mais n'a pas été utilisé au-delà de ce constat. Il apparaît comme un exercice obligé. Il est vrai que la fiabilité des données de ce document, qui se présente comme un outil permettant au « *Centre de soins [...] de justifier son choix en explorant les procédures envisageables, en évaluant les atouts et inconvénients du BEH au regard des exigences et contraintes du contexte* », est douteuse. Ainsi, une première version faisait état d'un différentiel de durée de deux mois entre procédure « classique » en maîtrise d'ouvrage publique et BEH. Ce différentiel est estimé à six mois dans la version définitive.

En réalité, le choix de recourir au BEH s'est essentiellement fait sur des critères locaux. Le centre de soins est déjà locataire (auprès du CHU) de son bâtiment principal. A ce titre les personnels étaient plus disposés à accepter une location à un partenaire privé sans y voir une privatisation. Son directeur estime surtout que les finances de l'établissement ne permettaient pas d'envisager un autre mode de financement de cet investissement dans le court terme.

C) La mise en place des compétences nécessaires à l'appréciation des offres

a) *Les assistants à la personne publique*

Afin de mener au mieux la procédure, le Centre de soins a fait le choix de s'entourer de plusieurs assistants à la personne publique (APP) intervenant dans les domaines de l'ingénierie, du droit et de la finance. La MAINH insiste sur l'importance pour les établissements de faire appel à des spécialistes dans ces domaines où les compétences hospitalières peuvent se révéler insuffisantes au regard de la technicité mise en jeu par

⁵¹ il s'agit du ratio Cook, prochainement remplacé par le ratio McDonough, plus déterminé par le risque emprunteur réel

les candidats. L'intervention de ces différents consultants a été essentielle pour l'établissement durant l'ensemble de la procédure (chacun des cabinets participait aux différentes réunions de dialogue avec les groupements). Il est donc important d'avoir un aperçu de la composition, des missions et critères de choix de ces acteurs essentiels.

Le conseil juridique du Centre de soins des Tilleroyes a été assuré par un groupement composé de deux cabinets d'avocats (Clément & associés et Guimet & associés). Initialement, le cabinet Clément a été retenu sans mise en concurrence à la suite d'une proposition de l'ARH. Il avait assisté la MAINH dans la rédaction de son guide et, de ce fait, bénéficiait d'une bonne connaissance du BEH dès son association aux réflexions du CST à la fin de l'année 2003. Il a d'abord été recruté afin d'aider à la mise en place de l'équipe de programmation technique, puis cette collaboration s'est poursuivie à travers un marché d'assistance juridique à la personne responsable des marchés conclu avec les deux cabinets d'avocats. Il a largement cédé sa place au cabinet Guimet sur les questions posées par la procédure du dialogue et l'élaboration du document final.

Les consultants en ingénierie ont été sélectionnés à l'issue d'un appel d'offre restreint sur la base d'un cahier des charges rédigé en grande partie par l'APP juridique. L'équipe de programmistes retenue, parmi cinq candidats, comporte un bureau d'étude technique, un consultant spécialiste en constructions hospitalières, un groupe spécialisé dans les questions d'urbanisme et de qualité environnementale et un architecte. Le choix de ce groupement est intervenu le 7 mai 2004, soit relativement tard par rapport aux réflexions initiales. Il a eu pour mission la réalisation d'une étude de faisabilité et des études de programmation (dont la rédaction du programme fonctionnel), ainsi que l'assistance de l'EPS jusqu'à la signature du BEH.

Le marché d'assistance financière a été conclu avec la société Finance Consult à l'issue d'un marché selon procédure adaptée (art. 28 du Code des marchés publics) passé en avril 2005. Le cahier des clauses techniques particulières relatif à cette prestation avait été établi par le cabinet d'assistance juridique. La société retenue mettait en avant des références d'assistance sur deux projets de BEH en 2005 (blanchisserie interhospitalière, bâtiment d'hébergement psychiatrique). Elle a eu pour mission principale l'analyse des offres (notamment des risques liés aux modes de financement).

b) L'organisation interne de l'établissement

Conformément aux recommandations de la MAINH, l'établissement a mis en place une commission du BEH, pendant de la commission d'appel d'offre en marché classique, interne à l'établissement, composée du directeur et de deux administrateurs dont un médecin, en charge du choix initial des candidats admis à concourir et donnant un avis lors de chaque phase du dialogue sur les offres à retenir pour les étapes suivantes. Ces avis étaient transmis au directeur qui prenait la décision finale. Par ailleurs, une

commission de dialogue, d'une composition plus large (le directeur, le président de la CME, la présidente de la commission des services de soins infirmiers et du responsable des services techniques), assurait les relations avec les candidats. Une de ses missions principales tenait à l'identification des solutions techniques les plus satisfaisantes. Elle transmettait lors de chaque phase un avis à la commission du BEH, préparant les décisions de cette dernière.

Enfin, si juridiquement le BEH ne relevait presque que de la seule compétence du Directeur de l'établissement lors de la décision de lancement de l'opération⁵², le Conseil d'Administration du CST a été pleinement associé à la procédure. Réglementairement, il n'est appelé à se prononcer que sur la signature du projet de contrat, mais n'a pas à donner d'avis auparavant sur l'opportunité du recours à cette procédure. Dans les faits, le directeur (comme la plupart des directions lançant un BEH) a fait délibérer le Conseil d'Administration sur ce choix puis l'a informé très régulièrement de l'état d'avancement de la procédure. Compte tenu des intérêts en jeu, cette communication paraît indispensable. Le CST a connu un changement de présidence au sein de son CA, lié à une modification de majorité au Conseil Général, sans remise en cause du choix du BEH grâce au bon niveau d'information assuré précédemment.

D) L'élaboration du dossier de consultation

Le dossier de consultation transmis aux candidats comporte quatre pièces : le programme fonctionnel (cf. ci-dessus), un règlement de dialogue, un projet de bail emphytéotique administratif et une proposition de matrice des risques. Ces différentes pièces constituent l'aboutissement de la réflexion menée par l'EPS sur la définition de ses besoins et elles définissent les limites dans lesquelles devront s'inscrire les offres des différents candidats.

a) *Le règlement de dialogue*

Ce document a vocation à régir les conditions du dialogue entre l'établissement et les groupements d'entreprises candidats à l'attribution du BEH. Au centre de soins des Tilleroyes, il rappelle l'objet du dialogue, en définit les modalités concrètes (mode de communication, délais...), indique l'obligation pour l'EPS de respecter l'égalité des candidats et le secret des affaires, et cadre de manière précise les contenus des projets à rendre à chaque étape de la procédure⁵³. Ce descriptif des éléments à fournir est important, puisque la recevabilité des offres sera jugée cette base.

⁵² L'article 1 de l'ordonnance n°2005-406 du 2 mai 2005 simplifiant le régime juridique des établissements de santé, codifié à l'article L6143-1 du code de la santé publique a transféré au Conseil d'administration la compétence concernant les BEH

⁵³ Ces spécifications vont jusqu'à définir un nombre maximum de pages par thème.

Le règlement contient un calendrier de la procédure et indique les critères d'appréciation des offres globales et leur niveau de pondération :

Critères	Pondération
Optimisation du coût global (investissement, fonctionnement et coût financier)	45%
Objectifs de performance dont qualité du service rendu	25%
Qualité architecturale, technique et fonctionnelle	20%
Délais de réalisation de la conception et construction	10%

Le règlement rappelle que ces critères peuvent être précisés par le Centre de soins au cours de la procédure de dialogue, conformément à l'article L 6148-5-1 du CSP et que l'élimination des offres ne peut intervenir que sur leur base. Cette précision est importante d'un point de vue procédurale, puisqu'elle laisse la possibilité d'écarter les offres qui répondent le moins bien aux critères (et non uniquement de celles qui n'y répondent pas), sans toutefois que cette élimination soit obligatoire.

Enfin, le règlement définit le montant des primes attribuées aux candidats non retenus (il ne s'agit pas d'une obligation mais d'une faculté laissée aux établissements). Ces montants varient en fonction de la phase à laquelle l'offre a été éliminée et ont été établis en tenant compte du montant prévisionnel de l'opération. Sur ce point, *a priori* simple, la prudence des assistants à la personne publique a été prise en défaut puisqu'ils n'avaient pas prévu l'hypothèse où un candidat ayant atteint la phase de PPD ne remettrait pas d'offre finale. Lorsque le cas s'est présenté le Centre de soins a dû transiger avec le candidat sur une solution non prévue dans le règlement de consultation, au risque, non réalisé, d'un recours judiciaire.

b) Le projet de BEH

Le dossier de consultation doit inclure un projet de BEH rédigé par les consultants juridiques. Le projet réalisé au Centre de soins était assez peu spécifique, et contenait essentiellement des clauses standards. Quelques points méritent cependant d'être soulignés : Les prestations de maintenance et d'exploitation comprises dans le marché n'étaient pas définies, mais un article anticipait la nécessité du transfert de compétences techniques de l'emphytéote à l'établissement pour que ce dernier soit en mesure d'assurer l'entretien des installations. Les grands éléments de décomposition du prix du marché étaient indiqués. Enfin, le projet réserve la possibilité à tout moment pour l'établissement d'acquiescer les installations (en application de l'article L.6148-2 al. 5 CSP)

c) La matrice des risques

Le projet de matrice des risques joint au dossier de consultation a été réalisé par le

bureau d'étude en ingénierie. Il vise à clarifier la répartition des risques liés à l'exécution du contrat entre l'EPS et son partenaire privé. De l'avis même du directeur du Centre de soins des Tilleroyes, il s'agit d'une étude assez « grossière ». Cette situation est en partie due au fait que cet outil intervient tôt dans la procédure et doit servir de base au dialogue. Par la suite, ce sont les groupements qui s'en empareront et l'affineront peu à peu dans le cadre des discussions avec l'établissement. Au stade initial, le directeur considère qu'« en forçant un peu le trait, on y a ce que l'on veut ».

2.2.2 Publicité et sélection des candidatures

A) Les obligations de publicité

L'obligation de mise en concurrence et de publicité est l'une des caractéristiques du BEH par rapport aux baux emphytéotiques administratifs.

L'avis d'appel public à la concurrence (AAPC) du Centre de soins est paru au Bulletin officiel d'annonce des marchés publics (BOAMP) du 17 novembre 2004. Il est intéressant de remarquer que, concernant le contenu de la prestation attendue, l'avis précise : *« le contrat pourra comprendre la maintenance classique du propriétaire. Pourront être confiées au preneur à bail des activités telles que la maintenance et l'entretien courant du bâtiment et de ses équipements techniques, la fourniture des prestations de service relatives à la restauration et à la location entretien des articles textiles, la fourniture des fluides, énergie, réseau de communication. Options : descriptions concernant les achats complémentaires : les éventuelles options seront définies durant le dialogue compétitif. Elles seront exécutées à l'attribution du contrat »*

« ...et en option une extension de 30 lits ».

L'AAPC maintient une ambiguïté sur le contenu final des prestations de maintenance et d'exploitation du contrat, qui, sans être optionnelles, ne sont pas d'une attribution certaine. Cette ambiguïté, volontaire, conserve à l'établissement des marges de liberté quant au contenu des délégations incluses dans le BEH. La phase de dialogue doit permettre de déterminer un niveau optimum dans les délégations en termes économiques et qualitatifs. Ce flou relatif est partiellement contradictoire avec les dispositions du programme fonctionnel où l'attribution de certaines compétences au titulaire du bail semblait beaucoup plus affirmée.

B) La sélection des candidats

Le Centre de soins a reçu neuf candidatures dont trois éliminées pour non-conformité (références insuffisantes dans le domaine hospitalier ou pour ce type de prestations, pièces non fournies, et pli enregistré par erreur comme une candidature).

L'établissement avait décidé de limiter le nombre de postulants appelés à participer au

dialogue à cinq (le minimum étant trois). De ce fait, un groupement constitué autour d'Auxifip est écarté lors du choix des candidats, ses capacités financières et techniques (aucune entreprise de BTP n'était incluse dans le groupement) étant jugées moyennes et les références professionnelles plus faibles que celles des autres groupements. Si les arguments basés sur la valeur techniques du groupement semblent recevables, la mise en avant de capacités financières insuffisantes de Auxifip, filiale du Crédit Agricole, semble plus contestable⁵⁴.

C) La mise en concurrence

Les cinq groupements retenus sont mis en concurrence dans le cadre d'une procédure de dialogue définie à l'article 7 de l'ordonnance du 17 juin 2004 sur les contrats de partenariat⁵⁵ : « *Sur la base du programme fonctionnel qu'elle a établi, la personne publique engage un dialogue avec chacun des candidats, dont l'objet est de définir les moyens techniques et le montage juridique et financier les mieux à même de répondre à ses besoins* ». Le choix du Centre de soins de recourir à cette procédure ne pouvait être justifié que par la complexité de l'opération.

2.2.3 Le dialogue, ou la recherche de l'offre la plus performante

A) La phase de dialogue

La phase de dialogue vise à préciser les besoins de la personne publique. Il s'agit de définir les moyens techniques et le montage juridique et financier le plus adapté aux besoins exprimés. Cette étape permet de préciser le contenu du futur bail et d'établir la répartition des risques. Dans le cadre des discussions, chaque groupement candidat doit être entendu dans des conditions de stricte égalité. Corrélativement à cette règle, la personne publique ne peut avantager un candidat par des informations privilégiées ni lui révéler les solutions présentées par un concurrent, sauf accord de ce dernier.

Le Centre de soins des Tilleroyes a décidé de mener le dialogue en trois phases, identiques à celles préconisées par la MAINH, chacune correspondant à un niveau de détail de l'offre plus approfondi :

- Principe partenarial et organisationnel (PPO)
- Programme prévisionnel sommaire (PPS)
- Programme prévisionnel définitif (PPD)

A l'issue de chacune de ces phases l'offre jugée la moins satisfaisante pouvait être

⁵⁴ Auxifip a notamment été retenu pour le BEH du CH de Laval.

⁵⁵ Ce dialogue est très proche dans ses modalités du dialogue compétitif tel que décrit dans le code des marchés publics, ce qui fait que les deux procédures sont fréquemment confondues.

éliminée.

a) *Le principe partenarial et organisationnel*

A partir du programme fonctionnel, le principe partenarial et organisationnel a pour objet de proposer une solution architecturale d'ensemble présentant les volumes, fonctionnalités et dispositions techniques générales. Il précise le partage des risques envisagé, les services pris en charge, les délais de réalisation et les conditions de financement. Il vérifie la faisabilité du programme au regard des contraintes réglementaires du site.

Au Centre de soins des Tilleroyes, chaque groupement a disposé de 1h30 pour exposer son PPO. Une semaine plus tard la commission de dialogue proposera de ne pas retenir la proposition du groupement ADIM, trop éloignée du programme fonctionnel (parti architectural et fonctionnel adapté à une structure type maison de retraite).

Cette phase est importante dans le déroulement de la procédure, car c'est le moment où les mécanismes de dialogue assurant la sécurité juridique des discussions doivent se mettre en place (conditions de maintien de l'égalité de traitement des candidats, organisation des échanges...).

b) *Le programme prévisionnel sommaire*

Le PPS a pour objet de préciser les différents éléments portant sur le projet architectural la matrice des risques, la maintenance exploitation, le montage juridique et financier.

Au Centre de soins, les réunions de présentation du projet prévisionnel sommaire ont duré 2H30. Elle étaient précédées d'une analyse juridique et technique détaillée des offres, réalisée par les assistants à la personne publique. Lors de sa réunion du 16 mai 2005, la commission de dialogue a proposé d'éliminer l'offre du groupement constitué autour d'Eiffage sur la base des critères de choix de l'offre finale. Il est intéressant de remarquer que le directeur avait le sentiment que ce candidat n'était plus vraiment intéressé par le projet (une seule personne se rendait aux commissions de dialogue) et n'avait déposé un projet prévisionnel sommaire que pour bénéficier de l'indemnité allouée aux candidats éliminés à ce stade (50 000€). Cet exemple permet de souligner l'importance pour les établissements de disposer d'un nombre de candidats suffisant au stade initial pour qu'au moins deux soient en mesure de déposer une offre finale et ainsi maintenir une concurrence réelle jusqu'à l'issue de la procédure.

c) *Le programme prévisionnel définitif*

Lors du rendu du programme prévisionnel définitif (PPD), les candidats arrêtent les dimensions de l'ouvrage et définissent les dispositifs techniques. Ils doivent avoir pris en

compte les données relatives aux équipements fournis par le Centre de soins et détailler le contenu des prestations prises en charge, les délais de réalisation et de mise à disposition ainsi que le contenu du loyer et le partage des risques.

A l'issue de cette étape, le CST a estimé être en mesure d'identifier une solution satisfaisante et a clos la phase de dialogue.

B) La remise des offres finale et le choix du lauréat

a) *Le dépôt des offres finales*

Après la remise des programmes prévisionnels définitifs, l'EPS doit inviter les candidats à remettre leurs offres finales dans un délai qui ne peut être inférieur à un mois⁵⁶. Celles-ci ne peuvent pas différer de manière importante du contenu du PPD, mais doivent intégrer les remarques formulées par l'établissement à l'issue de cette phase.

Au Centre de soins, un règlement de dépôt des offres finales (RDOF) a été élaboré afin d'en régler les modalités. L'établissement a demandé aux candidats d'apporter à ce stade des précisions sur le contenu du dossier (correspondant souvent à une rédaction plus précise). Il s'agit d'éléments de rédaction impératifs pour le candidats. A ce niveau, un des trois candidats retenus s'est retiré, considérant que les conditions imposées par l'établissement rendait matériellement impossible le dépôt d'une offre.

b) *Le choix de la proposition économiquement la plus avantageuses*

L'établissement doit contractualiser avec le groupement ayant produit l'offre globale économiquement la plus avantageuse. Cette appréciation se fait sur la base des critères pondérés définis dans le règlement de dialogue.

Choix de l'offre

Le choix du cocontractant a été réalisé par l'établissement en janvier 2006 parmi les deux candidats ayant déposé une offre finale. Sur proposition de la commission de dialogue, la commission du BEH a fait le choix de classer les offres, ainsi que cela est préconisé par la MAINH, afin de prévenir le risque d'un défaut de paiement du candidat classé en premier ou d'impossibilité d'aboutir à un accord avec lui sur les clauses du BEH.

Un aspect spécifique au Centre de soins des Tilleroyes est à noter quant à ce choix final. Entre l'analyse du PPD et la remise des offres finales, l'ARH a accordé à l'établissement l'extension de 30 lits qui était optionnelle depuis le début de la procédure. L'appréciation

⁵⁶ Il s'agit d'une différence importante avec le dialogue compétitif du code des marchés publics qui prévoit qu'à l'issue de la phase de dialogue la personne publique arrête un cahier des charges.

même des offres en a été modifiée. En effet, le candidat retenu avait estimé dès le début de la procédure que l'établissement aurait cette extension et son programme était optimisé avec 150 lits. La prise en compte de ces trente lits supplémentaires dans l'offre concurrente en modifiait beaucoup plus considérablement l'économie générale. La survenue de cette modification a donc partiellement réduit l'intérêt d'avoir mené l'ensemble de la procédure de dialogue, non pas en terme de définition de solutions techniques mais en terme de choix, dans la mesure où c'est le groupement ayant « parié » sur l'attribution de l'extension qui a bénéficié d'un avantage compétitif quasi-décisif.

Ultimes ajustements et signature du contrat

La phase d'ajustement des dernières clauses du contrat a été relativement longue au Centre de soins, comme dans tous les établissements ayant franchi cette étape, puisque le contrat final a été signé au mois de mai. Il s'agissait de régler avec les membres du groupement certaines précisions techniques et, essentiellement, financières (ex. : date de départ du loyer financier...). Ce délai supplémentaire montre encore une fois le caractère relatif de l'argument en faveur du BEH faisant valoir une accélération de la réalisation des équipements (la durée de la procédure compensant, au moins partiellement, le gain de temps sur les travaux).

*
* *

Cette présentation de l'environnement juridique et de la procédure du bail emphytéotique hospitalier, illustrée par l'exemple du Centre de soins des Tilleroyes, a permis d'identifier certains facteurs de risques liés notamment à la complexité de conception et de discussion d'un contrat global.

L'analyse plus approfondie de l'opération du Centre de soins, mais aussi d'autres expériences et études françaises ou étrangères en matière de BEH et PPP permettra de cerner plus précisément certains risques induits par la procédure même de passation des contrats.

PARTIE II : L'ANALYSE DES PREMIERES EXPERIENCES DE PARTENARIATS PUBLIC-PRIVE PERMET D'IDENTIFIER PLUSIEURS FACTEURS DE RISQUES

L'analyse du BEH du Centre de soins des Tilleroyes, mais aussi d'autres exemples français ou étrangers permet de constater que cette procédure et les autres PPP présentent plusieurs types de risques en phase de passation du contrat. Ces difficultés laissent présager l'émergence de contestations et d'évolutions à venir dans le contenu des baux emphytéotiques hospitaliers.

Chapitre 1 : La complexité du montage d'une opération globale entraîne des risques pour l'établissement

L'élaboration d'un contrat incluant la conception, la construction et le financement d'un bâtiment ainsi que ses conditions de maintenance sur trente ans relève d'une grande complexité générant des risques pour les établissements.

1.1 Les risques liés aux étapes préalables au lancement du dialogue

1.1.1 Les risques liés au choix de recourir à un bail emphytéotique hospitalier

La procédure du BEH n'a été retenue par le Centre de soins des Tilleroyes qu'au regard de la situation spécifique de l'établissement. D'après le directeur⁵⁷, le recours au BEH était « *la seule solution financière envisageable pour réaliser l'opération* ». Il était aussi encouragé dans cette voie par l'ARH, qui y voyait l'occasion de mettre en valeur cette nouvelle procédure⁵⁸. Ce contexte explique l'absence de justification réelle du recours au BEH par l'établissement au regard des critères réglementaires.

A) L'utilisation incertaine du comparateur

Ainsi que cela a été relevé, le Centre de soins a élaboré un comparateur assez succinct.

⁵⁷ Entretien du 17 juillet 2006

⁵⁸ Ce soutien important est également financier puisque les loyers (hors revalorisation) sont pris en charge sur 20 ans dans le cadre d'un avenant au COM.

Le directeur montre une forte réserve sur la validité d'un comparateur réalisé très en amont de la procédure. De son point de vue, il ne pourrait être réalisé de manière satisfaisante qu'à posteriori, une fois la procédure achevée. Il est vrai que les évolutions importantes des coûts entre les évaluations initiales et le résultat final ainsi que les écarts entre le contenu du projet de BEH et le document final (ex. la restauration et la lingerie, incluses initialement au contrat n'apparaissent plus à la fin) donnent de la force à ses arguments. De son côté, l'ingénieur de l'ARH, par ailleurs correspondant local de la MAINH, estime qu'un certain nombre de critères du comparateur sont subjectifs et que, par conséquent, les réponses apportées sont en partie « intuitives ». D'après lui, « les responsables hospitaliers utilisant cet outil doivent être convaincus de son intérêt, sinon, ils le mettent obligatoirement en défaut. Le comparateur a le mérite de poser aux établissements des questions qu'ils ne se posent pas habituellement⁵⁹, même si au final c'est le dirigeant fait que le crayon penche dans le sens souhaité ». La plupart des responsables hospitaliers contactés dans le cadre de cette étude confirme ce point de vue.

L'analyse de l'expérience britannique en matière de PPP (les « private finance initiative », ou PFI) laisse penser que cette phase aura de plus en plus tendance à être purement formelle. Au Royaume-Uni il s'avère que le « public sector comparator » n'a plus beaucoup de sens dans la mesure où il aboutit dans la quasi-totalité des projets à valider le recours au PFI⁶⁰.

Il est vrai que la comparaison de deux procédures est particulièrement délicate, et les résultats qui en découlent sont à prendre avec les plus grandes réserves. Il s'agit cependant d'une phase importante pour deux raisons :

- d'une part, elle oblige les établissements à mener une réflexion, appuyée sur des données chiffrées, sur les critères d'appréciation de l'opportunité de déléguer des compétences à l'emphytéote
- d'autre part, elle permet, a minima, de dégager une tendance sur l'opportunité de recourir au BEH. A ce titre un comparateur réalisé le plus objectivement possible apparaît comme un élément de sécurisation du choix du recours au BEH en cas de contentieux.

Au-delà d'un élément de choix, ce comparateur, actualisé en fonction de l'avancement de la procédure, pourrait servir de tableau de pilotage aux dirigeants hospitaliers. Il leur permettrait de garder du recul par rapport à la procédure dans laquelle ils se sont engagés.

⁵⁹ A titre d'exemple, il cite les surcoûts d'exploitation et de maintenance curative liés à une maintenance préventive insuffisante, qu'aucun établissement, y compris les CHU, ne sont en mesure de calculer (entretien du 5 août 2006)

⁶⁰ cf. « 2^e mission d'étude des PPP/PFI Hospitaliers au Royaume-Uni - 21,22 & 23 novembre 2005 », p. 3, disponible sur www.mainh.fr

B) Une argumentation insuffisante au regard des critères énoncés par le Conseil Constitutionnel

Dans le projet du Centre de soins des Tilleroyes, il n'est jamais fait mention d'une quelconque urgence, ni d'une complexité particulière du dossier justifiant le recours au BEH. Si les premiers échanges avec l'ARH de Franche-Comté datent de la fin de l'automne 2003, dans une période où l'application de ces critères était incertaine, la procédure officielle n'a débuté que le 17 novembre 2004 avec l'annonce publiée au BOAMP. Le délai écoulé permettait à l'établissement de justifier le recours à la procédure de dialogue⁶¹ au regard du critère de complexité et éviter de considérer qu'il s'agissait d'un « coup parti » (avec l'accord tacite de l'ARH). L'existence d'un programme HQE, qui constitue une innovation, aurait pu justifier en partie la complexité de l'opération. Un recours mené contre une utilisation abusive du BEH aurait pu aboutir à l'annulation de la procédure. Même si ce risque paraît mineur, il n'est pas totalement inexistant et les établissements se doivent d'argumenter au mieux la complexité de l'opération justifiant la passation d'un BEH. Dans certains dossiers, la réponse à cette exigence est quasi-évidente (création ou reconstruction d'un établissement neuf, comme dans le cas des centres hospitaliers de St-Nazaire ou Sud-Francilien), mais s'agissant de locaux d'hébergement ou techniques (cuisine, crèches...), le développement d'un argumentaire étayé paraît une étape nécessaire à la sécurisation de la procédure.

1.1.2 La définition du programme fonctionnel

La définition des besoins de l'établissement constitue une phase majeure de la procédure du BEH. Il s'agit du moment où l'EPS a la plus grande maîtrise sur le projet. Il doit déterminer son niveau d'exigences minimales, le contenu des prestations en terme de programme de construction mais aussi de maintenance et d'exploitation.

A) Le niveau de précision du programme fonctionnel doit trouver un juste équilibre

L'élaboration d'un programme fonctionnel représente une nouveauté pour les programmistes, habitués à la rédaction de programmes techniques détaillés (PTD). La tendance naturelle de ces professionnels à revenir à ce qu'ils connaissent (le PTD)

⁶¹ art. L6148-5 CSP : « Si, compte tenu de la complexité du projet, la personne publique est objectivement dans l'impossibilité de définir les moyens techniques pouvant répondre aux besoins et aux objectifs poursuivis ou d'établir le montage juridique ou financier du projet, elle indique dans l'avis qu'il sera recouru à une phase de dialogue dans les conditions prévues au 1 de l'article 7 de l'ordonnance n°2004-559 du 17 juin 2004 précitée »

constitue un risque pour les établissements⁶². En effet un programme fonctionnel trop détaillé contreviendrait à la mise en œuvre d'un dialogue constructif, puisque par définition tout (où presque) y serait cadré. Il montrerait par ailleurs que le recours au BEH pour cause de complexité est injustifié dans la mesure où l'EPS est en mesure de fournir un programme détaillé. Les directions d'établissement doivent donc être attentives à la nature du travail rendu par les assistants à personne publique. Ce risque a été constaté au Centre de soins des Tilleroyes où il a été très difficile de faire comprendre la logique du programme fonctionnel à l'équipe de consultants en ingénierie. Le commentaire de l'ingénieur-conseil de l'ARH sur ce sujet est éloquent⁶³ « *Il était nécessaire de trouver un programmiste qui sache définir le projet en termes de performances et de résultats à atteindre, sachant que c'est aux candidats d'imaginer les meilleures solutions. Or, les programmistes n'ont pas ce type de raisonnement. Avec celui retenu, nous nous sommes fâchés souvent et avons failli les virer à plusieurs reprises* ».

Au CST, les rédacteurs du programme fonctionnel ont tenu à préciser que « *L'ambition du programme est de favoriser l'émergence de solutions originales, voire contrastées*⁶⁴ ». Le programme doit cependant être suffisamment précis pour éviter des offres ne correspondant pas aux besoins de l'établissement. L'atteinte d'un juste équilibre dans le niveau de détail des préconisations est donc importante, y compris pour éviter de perdre du temps en phase de dialogue à débattre sur des points sur lesquels l'établissement a adopté une position.

B) Les ambiguïtés du dossier de consultation

a) *Le caractère engageant du contenu du dossier de consultation*

Le programme fonctionnel du Centre de soins était parfois ambigu sur le caractère obligatoire de ses spécifications. L'EPS, et notamment ses experts, joueront sur ce flou dans la suite du dialogue pour imposer comme obligatoires la plupart de ces prescriptions et pour considérer que d'autres sont négociables. Ce mode de fonctionnement est l'un des avantages du dialogue puisqu'il permet l'optimisation du projet initial en fonction des offres. Le choix de déléguer certaines compétences de maintenance ou d'exploitation doit être effectué par l'établissement en fonction de la qualité des offres, comparativement à une gestion directe. Il paraît important que ce point soit clair pour les candidats. Ainsi,

⁶² Ce risque a été particulièrement élevé au CH de Laval qui a changé en BEH un projet initialement prévu en BEA issu de la loi n°88-13. Les services de l'EPS avaient élaboré un PTD qu'il a fallu modifier en programme fonctionnel. Malgré le détail du PTD initial le projet a été assez sensiblement amélioré dans le cadre du dialogue compétitif.

⁶³ entretien du 5 août 2004

⁶⁴ Programme fonctionnel du BEH du centre de soins des Tilleroyes, tome 1, p. 14

dans le cas du Centre de soins, les prestations de restauration et de lingerie, initialement au programme fonctionnel, ne seront pas incluses dans le BEH final, l'établissement ayant estimé risqué de s'engager pour une très longue durée sur ce type de prestations alors que les offres n'étaient pas particulièrement intéressantes⁶⁵. Cette modification changeait sensiblement le montant du loyer versé au titre de l'exploitation et aurait pu donner lieu à des contestations.

Les groupements candidats, lors d'entretiens, ont indiqué n'avoir pas saisi initialement que ces prestations ne seraient pas obligatoirement incluses au marché. Cet exemple, montre qu'ils ne perçoivent pas toujours clairement le caractère potentiellement facultatif du programme fonctionnel. Il en ressort une forme de malaise par rapport à une procédure « floue » où ils ont parfois l'impression que l'établissement a toute latitude. L'instauration d'un climat serein, passe peut-être par une meilleure explicitation des possibilités offertes par la phase de dialogue.

b) La définition du calendrier initial

La durée réelle de la procédure de dialogue (un an) au regard du délai annoncé (sept mois) dans le règlement de dialogue a souvent été mise en avant par les candidats, comme un aspect très négatif de la procédure. En effet, les coûts liés à l'élaboration des offres (en temps, frais liés aux réunions internes aux groupements...) en ont été considérablement augmentés par rapport aux estimations initiales. Cette critique est notamment vive dans les structures les plus petites. Celles-ci, particulièrement les cabinets d'architecte, très sollicités en phase de dialogue, peuvent être fragilisées puisqu'elles mobilisent des ressources importantes, à leur échelle, sur une longue période. Si elles vont jusqu'au dépôt de l'offre finale, leur rémunération, où les indemnités, n'interviennent qu'en fin de procédure. Le risque pour l'établissement est de voir un groupement disparaître du fait de la défaillance d'un de ses membres. De manière plus générale, ce peut également être un facteur de contestation de la procédure. Une solution, partielle, pourrait consister dans le versement des indemnités prévues à chaque phase dès lors que le groupement dépose un dossier (ex. : en phase de PPS, tous les groupements ayant déposé un dossier recevable perçoivent l'indemnité de 50 000 €), les indemnités versées au groupement lauréat étant ensuite déduites des premiers loyers.

Il convient désormais que les établissements se lançant en BEH établissent leur calendrier initial en tenant compte des premiers retours d'expériences sur la durée nécessaire à la procédure, très fréquemment sous-estimée, tout en prévenant clairement

⁶⁵ Ayant interrogé le directeur du centre de soins des Tilleroyes sur le risque encouru à abandonner en cours de dialogue ces prestations importantes, il m'a indiqué qu'il avait sollicité son conseil juridique. Celui-ci a répondu oralement que la jurisprudence en la matière permettait de penser qu'il n'y a pas de risque.

les candidats de son caractère indicatif.

C) L'association d'acteurs clés

a) *L'association des personnels au projet*

Au Centre de soins des Tilleroyes, la participation du personnel à la définition des besoins a été favorisée pour que le projet rencontre la plus grande adhésion et corresponde au mieux aux attentes des utilisateurs. Dans chaque unité de soins un cahier de suggestion a été mis à disposition et des réunions thématiques hebdomadaires pluridisciplinaires ont été ouvertes aux agents intéressés. Les compte-rendu de ces groupes de travail ont permis d'affiner les besoins, les éventuelles spécificités et attentes concernant les locaux. Loin d'être anecdotique et limitée à l'amélioration du projet, cette association des personnels semble judicieuse pour communiquer en interne sur le projet. Elle permet de prévenir une réaction de rejet face à l'arrivée de prestataires privés au sein d'un établissement public, et tous les hôpitaux contactés l'ont pratiquée à divers degrés. Ce risque de rejet est loin d'être négligeable puisque le Centre hospitalier universitaire de Montpellier, qui avait conclu un bail emphytéotique administratif pour la construction de sa cuisine, a été obligé de rompre son contrat sous la pression de personnels refusant toute gestion privée⁶⁶. Au CST, l'acceptation du projet par les personnels a été facilitée car l'établissement avait déjà largement recours à des prestataires extérieurs (dans les domaines de la restauration et de la lingerie notamment).

Cependant, si les propositions des personnels sont prises en compte dans le programme fonctionnel, ils n'interviennent plus directement dans la définition du projet final. En effet, les groupements ne les rencontrent pas directement, à l'exception des personnels médicaux et soignants membres de la commission de dialogue. Cette situation a été regrettée par les architectes qui estiment être mieux en mesure de répondre aux attentes des futurs utilisateurs après un contact direct. Un dirigeant hospitalier relève néanmoins que cette démarche facilite l'élaboration du projet architectural final puisque les concepteurs, engagés sur une enveloppe fermée, ne peuvent être sollicités par les personnels pour de multiples demandes de modifications de programme, sources de retard et de surcoûts.

b) *L'implication forte de l'agence régionale d'hospitalisation*

Au Centre de soins des Tilleroyes, le projet a été défini par un comité de pilotage

⁶⁶ analysé par O. Bachellery, L'utilisation du BEA dans le secteur hospitalier : de l'exemple du centre d'accueil et de soins hospitalier de Nanterre à l'esquisse d'un guide du bon usage, mémoire ENSP, novembre 1997

composé du directeur et de représentants de l'établissement et de l'ingénieur-conseil de l'Agence Régionale d'Hospitalisation. La présence de ce dernier a été particulièrement importante, en particulier dans la phase de définition des besoins. A lire les compte-rendu des comités de pilotage, il apparaît parfois comme l'animateur et le pilote du projet, tant il est actif en terme d'apports (établissement de calendriers prévisionnels) que de suggestions ou recommandations aux APP en ingénierie⁶⁷. Cette présence est à la fois satisfaisante stratégiquement (l'ARH étant très impliquée dès l'origine du projet elle peut plus difficilement remettre en cause les choix réalisés), mais aussi potentiellement problématique pour la direction de l'établissement, qui se voit partiellement dépossédée de la définition du projet. Ce fort investissement a cependant été ressenti comme très positif puisque le représentant de l'ARH constituait un contrepoids aux consultants en ingénierie. L'ARH a ensuite été beaucoup plus en retrait dans la phase de dialogue compétitif et de choix des candidats. Dans les autres établissements contactés, cette implication a été moins importante, l'ARH étant souvent remplacée par la MAINH qui assurait une communication et un retour d'expérience entre les différents projets en cours au niveau national.

1.2 Le risque de perte partielle de la maîtrise de l'opération par les dirigeants hospitaliers

Compte tenu de la complexité du BEH, liée à la conception d'une offre globale, les établissements se doivent de mettre en œuvre des compétences techniques très spécifiques. L'absence de disponibilité de ces compétences en interne entraîne un risque de dessaisissement partiel des dirigeants hospitaliers de la maîtrise du contrat.

1.2.1 Une perte de maîtrise quasi inévitable du fait de la technicité du BEH

A) Un pilotage fin par la personne publique est difficile à mettre en œuvre

Les BEH concernent en général des projets importants pour les EPS, voire stratégiques, comme la reconstruction intégrale d'un établissement. Un pilotage fin de la passation du contrat par la direction semble nécessaire. Cependant, il apparaît le plus souvent que les établissements ne sont pas en mesure de réserver à cette tâche des moyens suffisants. La personne en charge du BEH au centre hospitalier de Chartres estime les besoins à un directeur adjoint presque à plein temps sur les gros dossiers (chiffre confirmé par un interlocuteur du CH de Laval). Il serait nécessaire que cette personne acquiert les

⁶⁷ de l'avis du directeur du CST c'était « à croire parfois qu'il s'agissait de son propre projet ». Entretien du 21 juillet 2006

connaissances spécifiques la rendant apte à juger les offres financières, juridiques et techniques des candidats ainsi que la pertinence des remarques formulées par les assistants à la personne publique. Une telle implication apparaît comme la seule solution pour limiter un transfert de la direction du dialogue aux APP.

Dans les faits, les moyens mis en œuvre par les établissements apparaissent insuffisants au regard des besoins, notamment à cause d'un manque de temps. Ce constat est d'autant plus vrai dans les petits établissements, comme le Centre de soins des Tilleroyes, où le directeur est quasiment seul en capacité d'apprécier les aspects juridiques ou financiers du programme. Il ne peut y consacrer la quasi-totalité de son temps et est obligé de faire confiance à « ses » experts. L'indisponibilité en interne du temps nécessaire à l'élaboration d'un BEH induit donc presque systématiquement pour les établissements une forme d'externalisation de la gestion de la procédure par des cabinets de conseil. Ce recours est d'ailleurs fortement encouragé par la MAINH et la DHOS. L'analyse des missions confiées à l'assistance juridique au CST permet de constater que la quasi-totalité de la rédaction du contrat dans le cadre du dialogue a été « externalisée ». La direction du Centre aurait dû avoir un rôle de pilote assisté, mais n'en a pas réellement eu les moyens au regard de l'extrême technicité des différents aspects du contrat. Cette situation de relative dépendance est donc également liée à un manque de capacités d'expertise dans les établissements sur des domaines très techniques et spécifiques. Si ce constat est, peut-être, à relativiser dans les grandes structures (types CHU)⁶⁸ qui comprennent des services financiers et juridiques en capacité d'intégrer ce surcroît de travail, il est constant dans les petites structures et interroge sur le pilotage réel de l'opération par l'établissement.

Ce besoin d'une présence forte de la direction plaide en faveur de la limitation de l'utilisation du BEH à de grosses opérations, dans la mesure où cet investissement interne ne peut être optimisé que si l'enjeu est important et le coût global élevé. Parmi les établissements contactés, seul celui ayant délégué (sur une opération relativement modeste) un temps de directeur adjoint important a été réellement en mesure de piloter le projet.

B) Vers un dialogue de techniciens

Le BEH tend à favoriser la mise en avant de compétences spécifiques. Ainsi, au CST, les relations entre les différents experts ont été assez rapidement gérées par un consultant

⁶⁸ l'ingénieur-conseil de l'ARH de Franche-Comté estime pour sa part qu'aucun EPS, y compris les CHU, n'est en mesure de mener efficacement avec ses seules ressources internes une négociation dans le cadre d'un BEH compte-tenu du niveau de complexité juridique et financière des débats. Ce point de vue est partagé par mon interlocuteur du CHU de Dijon.

juridique et non par la direction de l'établissement. La négociation interne sur la définition précise du programme s'est parfois déroulée exclusivement au niveau des experts⁶⁹. Cette situation est d'ailleurs souvent perçue par les candidats⁷⁰.

Face à ces APP défendant les intérêts publics, les groupements s'entourent aussi de consultants pour aborder dans les meilleures conditions une procédure nouvelle. Comme les EPS, les candidats peuvent solliciter des conseils extérieurs chargés de les assister en phase de dialogue, se heurtant aux mêmes difficultés que les établissements pour trouver des cabinets disposant de référence en matière de BEH. Par ailleurs, les grands groupes nationaux, qu'ils s'agissent de sociétés du BTP ou bancaires, disposent au niveau de leurs sièges de cellules d'appui « PPP », en charge du suivi des différents projets sur lesquels leurs entreprises candidatent. L'analyse des premiers BEH permet de constater que l'avancement de la procédure de dialogue implique un échange de plus en plus technique, mené quasi exclusivement par les experts des deux parties et difficilement compréhensible pour des non-initiés. L'expérience du Centre de soins montre une gradation dans la participation des experts. Si dans un premier temps les architectes et les bureaux d'étude techniques sont mis en avant, les experts juridiques et financiers prennent ensuite une importance grandissante, les clauses relatives à ces deux aspects devenant le cœur du dialogue.

Les sociétés sont dans une phase d'accumulation d'expériences et de connaissances en matière de PPP qu'elles peuvent réinvestir dans les nouveaux projets. Ce constat n'est pas sans incidence sur les futurs BEH. En effet, de plus en plus souvent les établissements se trouveront en face d'entreprises ayant développé un savoir-faire « PPP ». Si cette situation est satisfaisante en terme de références des candidats, elle recèle un écueil puisque, pour les EPS, le recours à cette procédure restera exceptionnel. Il est donc peu probable que des dirigeants hospitaliers puissent « capitaliser » une expérience diversifiée dans ce domaine, si ce n'est via la MAINH. Dans ce cas, l'« asymétrie d'information » sera croissante et, de ce fait, les établissements ne pourront la compenser que par un recours accru à des experts, eux aussi de plus en plus qualifiés⁷¹. Cette situation renforcera probablement leur tendance (déjà observée) à se comporter en véritables décideurs.

Il ne s'agit pas d'exagérer les risques liés à ce quasi pilotage du dialogue par les

⁶⁹ Lors de l'analyse des offres finales, les méls étaient directement échangés entre les consultants, la direction de l'EPS étant uniquement en copie... dans le meilleur des cas. Ce constat est assez symbolique de la (relative) mise à l'écart de l'établissement.

⁷⁰ Lors des différents entretiens avec des candidats membres de groupement, tous sans exception m'ont fait part de l'importance des APP dans les négociations.

⁷¹ Cette capitalisation de l'expérience est relativement lente, puisque le CH de St-Nazaire, bien qu'ayant fait le choix d'APP disposant d'une expérience européenne constate que ceux-ci « tâtonnent » dans la procédure.

consultants. Ceux-ci constituent un réel apport en terme de sécurisation du contrat, et il paraît délicat de se passer de leurs services. La professionnalisation de l'aide aux partenariats public-privé pourrait aboutir à une homogénéisation des pratiques qui sécuriserait la procédure. Du point de vue décisionnel, la situation de dirigeants hospitaliers en incapacité de se prononcer par eux-mêmes sur certains aspects juridiques ou financiers du projet interpelle : ils se trouvent alors payeurs sans être totalement décideurs. Ce constat interroge sur une procédure aboutissant à une dépossession du pouvoir de direction des établissements sur certains éléments essentiels de l'opération. La MAINH est consciente de cette difficulté, la plupart des établissements en BEH l'ayant fait remonter

1.2.2 Une présence d'APP sécurisante mais aussi facteur de risques

La présence d'experts auprès des établissements apparaît donc indispensable mais présente des risques potentiels qui ne peuvent être limités que par un suivi approfondi du dossier par l'établissement.

- A) Les assistants à la personne publique ne doivent pas se substituer à cette dernière dans la définition de ses besoins

Il est important que chaque acteurs reste dans ses fonctions. Les assistants à la personne publique doivent être cantonnés dans un rôle de conseil et d'analyse, et ne pas se substituer à l'établissement, notamment dans la définition de ses besoins et de ses attentes. A titre d'exemple, il convient de relever l'influence du conseil juridique dans le choix du périmètre de l'opération au Centre de soins des Tilleroyes. A l'origine, l'EPS avait fait le choix de conserver la quasi-totalité de l'exploitation-maintenance. C'est le cabinet juridique qui a poussé l'établissement à intégrer le maximum de prestations au projet de marché afin que celui-ci soit plus conforme à l' « *esprit* » du BEH, mais sans s'appuyer sur une analyse comparative objectivant l'intérêt du transfert. Dans ce cadre, les prestations de restauration et de lingerie ont été intégrées au dialogue alors que le CST ne souhaitait initialement pas. Leur retrait du périmètre du contrat en cours de dialogue, bien que parfaitement possible, a créé un risque de contestation par les groupements. Cet exemple confirme l'importance pour l'établissement, futur utilisateur, de conserver la maîtrise complète sur la définition de ses besoins et des délégations incluses dans le BEH.

- B) Les risques liés à la compétence des APP

Au Centre de soins des Tilleroyes le nombre d'intervenants auprès de la personne publique est particulièrement important, puisque sept sociétés se retrouvent au sein des

trois groupements de conseil. Cette situation est loin d'être exceptionnelles puisque la plupart des établissements passant un BEH dispose de deux ou trois consultants. La multiplicité des experts implique le risque que chacun n'analyse le dossier que sous son angle de spécialité, entraînant des incohérences dans les positions adoptées vis à vis des candidats⁷². L'harmonisation de ces différents points de vue autour d'un même dossier est loin d'être simple et nécessite de la part de la direction de l'EPS une bonne capacité de management de projet.

Le choix des assistants à la personne publique est encore problématique puisqu'il s'agit de recruter des organismes bénéficiant de compétences dans une procédure nouvelle. Ainsi, le Centre de soins des Tilleroyes s'est lancé dans la réflexion sur le recours au bail emphytéotique hospitalier dès la parution de l'ordonnance relative à cet outil et a dû faire appel à une équipe de consultants en ingénierie sans expérience du BEH. Cela n'a pas été sans conséquence, puisque celle-ci avait tendance à travailler comme dans le cadre d'un marché classique. Les dirigeants hospitaliers doivent être vigilants afin d'éviter de telles dérives, qui potentiellement peuvent aboutir à un transfert de risques, voire à la requalification du contrat compte tenu d'une maîtrise d'ouvrage réelle publique. De son côté, le Centre Hospitalier de St-Nazaire a fait appel à des consultants ayant l'expérience de PPP britanniques. Dans ce cas se pose la difficulté de la transposition au niveau français de pratiques étrangères. Il est néanmoins évident que ce risque lié à l'inexpérience disparaîtra avec la mise en place d'un nombre croissant de BEH permettant à ces sociétés de capitaliser une expérience (cf. ci-dessus).

Se pose aussi la question de la capacité des établissements à juger des compétences réelles des APP. Un directeur fonctionnel a bien résumé ce problème : *« du point de vue des techniques financières et juridiques nous sommes des aveugles. Bien entendu, nous constatons que nos experts en connaissent beaucoup plus que nous, mais par rapport aux experts des groupements il nous est impossible de savoir si nous sommes défendus par des borgnes ou des aigles »*.

Enfin, ces experts sont peu nombreux au niveau national. Ils se connaissent souvent et se retrouvent parfois sur différentes opérations en qualité de conseils des établissements ou des groupements. De ce fait, un candidat rencontré estime que des pratiques de « non-agression » tacites peuvent exister, qui, sans mettre en cause l'intégrité des consultants, feraient que le dialogue ne serait pas toujours aussi approfondi qu'il pourrait l'être. Ce risque ne semble pas tout à fait théorique puisqu'un autre membre de groupement m'a indiqué qu'un de ses consultants connaissait celui d'un EPS.

⁷² Il ne s'agit pas d'un risque théorique. Lors de mes entretiens avec des membres de groupements, l'un d'eux m'a fait part des difficultés rencontrées au départ du dialogue du fait d'un programme dont il sentait qu'il avait été écrit à plusieurs « mains ».

1.2.3 Les risques juridiques sont importants lors de la procédure de passation

A) Le risque de nullité du contrat et la prise en compte de ses conséquences

Les BEH sont sujets à un risque d'annulation en raison des conditions de passation ou de justification de leur utilisation. La nullité du BEH peut-être due à la nullité du bail lui-même, mais aussi à celle de ses actes détachables essentiels (décision de signer le contrat, délégation de signature). Le manque de pratique en matière de BEH et de dialogue renforce le risque de nullité du contrat. Certains auteurs⁷³ estiment également qu'un contrat passé sur la base d'une mauvaise évaluation encours le risque d'être requalifié en marché public et, à ce titre, être tenu pour irrégulier et nul du fait de l'existence d'un paiement différé. Bien qu'il s'agisse d'un risque relativement rare, il pose une difficulté sur la manière dont les parties pourraient s'en couvrir. En effet, en cas de nullité, le cocontractant ne peut se prévaloir d'aucun droit découlant du contrat. Il n'est donc pas possible de prévoir des clauses indemnitaires couvrant cette situation, ces clauses elles-mêmes étant nulles. Cependant, l'EPS serait tenu pour responsable des erreurs de procédure aboutissant à la nullité et devrait en subir les conséquences pécuniaires.

Afin de couvrir ce risque, la personne publique devrait prévoir au sein du bail un engagement indemnitaire autonome de nature transactionnelle⁷⁴. Dans ce cadre l'établissement public s'engagerait au paiement d'indemnités selon des conditions et des délais spécifiques, en prévoyant éventuellement l'intervention d'un expert. En contrepartie, le groupement s'engagerait à se satisfaire de cette indemnité. Une telle transaction présenterait pour la partie privée l'avantage d'une complète transparence, et lui permettrait d'anticiper les conséquences d'une annulation. L'établissement, pourrait de son côté négocier une indemnité inférieure à celle accordée dans le cadre d'un recours indemnitaire. Cette pratique ne peut donc qu'être encouragée au niveau des EPS.

B) Les limites des demandes et propositions d'ajustement des offres

L'intérêt d'un EPS est de bénéficier de la meilleure offre, et de pouvoir maintenir la concurrence jusqu'au dépôt des offres finales. De ce fait, il doit dans ses exigences vis-à-vis des candidats trouver un juste équilibre lui permettant de bénéficier d'un contrat performant mais qui ne fragilise pas à l'excès un ou plusieurs membres d'un groupement au risque de voir celui-ci disparaître durant la phase de dialogue, ou pire, une fois le marché attribué. L'exemple du centre de soins des Tilleroyes est particulièrement illustratif, puisque un groupement candidat arrivé au stade de la remise de l'offre finale

⁷³ cf. notamment D. Bandet et L. Vandomme, in « L'atténuation du risque financier de nullité du contrat de partenariat par l'engagement indemnitaire de la partie publique », AJDA, 20 février 2006, p. 354

⁷⁴ la transaction est un contrat par lequel des parties terminent une contestation ou la préviennent

s'est retiré pour causes de dissensions internes. Ces dernières étaient liées aux exigences de l'EPS, jugées excessives par certains membres du consortium, en particulier l'établissement bancaire⁷⁵, alors que d'autres membres auraient souhaité poursuivre. Dans l'hypothèse où l'établissement n'aurait appelé que deux groupements à déposer une offre finale, il se serait trouvé avec une seule proposition, et donc sans possibilité de choix

Les EPS doivent aussi limiter au maximum les ajustements intervenant en phase de mise au point du contrat définitif. D'un point de vue juridique les modifications par rapport à l'offre finale doivent se limiter à des « *clarifications, des précisions ou des compléments* » demandés par la personne publique « *ainsi que la confirmation de certains engagements, notamment financiers* »⁷⁶. Dans la pratique il est délicat de définir « une précision ». Des modifications allant au-delà pourraient entraîner une annulation de la procédure en cas de recours d'un candidat évincé, au motif qu'elles ne pouvaient intervenir après la clôture du dialogue. Les établissements doivent donc se montrer vigilants. D'un point de vue pratique, ces ultimes discussions se révèlent dans tous les cas très difficiles⁷⁷ dans la mesure où le groupement retenu s'estime en position de force et généralement ne souhaite plus céder aux exigences de l'établissement, considérant qu'il est allé au maximum de ses possibilités. De leur côté, les dirigeants hospitaliers doivent être très attentifs à la rédaction finale du contrat, la modification de quelques phrases pouvant en changer fortement les conditions d'exécution.

C) Les possibilités de requalification de la maîtrise des risques

Le bail emphytéotique hospitalier prévoit la formalisation du transfert de risques à l'emphytéote sur la base d'une allocation optimale des charges. Néanmoins, ce transfert peut être annulé du fait d'agissements de l'établissement. Ainsi, en phase de construction, si le groupement accepte que l'EPS assure indirectement par ses immixtions une part de la maîtrise d'ouvrage, les risques liés à celles-ci seront basculés sur l'établissement (sans parler des risques de requalification du bail en marché). Ce transfert à l'EPS des risques formellement acceptés par l'emphytéote peut être lié également à une mauvaise évaluation d'informations transmises aux candidats lors de la phase de dialogue (comme c'est aussi le cas parfois en marché classique). Ainsi, avec le programme fonctionnel, le

⁷⁵ dans un long courrier, le mandataire du groupement a exprimé ses griefs contre les demandes, de l'établissement, qui rendaient (selon lui) le dépôt d'une offre fiable impossible

⁷⁶ ordonnance du 7 juin 2004 relative aux contrats de partenariats

⁷⁷ Tous les établissements contactés ayant signé leur BEH, mais aussi les représentants du groupement retenu m'ont fait part de ces difficultés...et de la surprise qu'ils en avaient eu, considérant le plus souvent que le contrat était quasiment prêt lors du choix de l'offre retenue.

Centre de soins des Tilleroyes avait adressé aux groupements différents documents relatifs à la situation du terrain et des bâtiments concernés par l'opération. Deux exemples montrent les risques liés à la transmission de ce type d'informations:

- Un groupement a interrogé l'établissement sur une disposition du plan d'occupation des sols (POS), transmis avec le programme fonctionnel, obligeant à la création de places couvertes de parking. Le conseil juridique a alors enjoint l'établissement de ne pas prendre la responsabilité de l'interprétation des dispositions du POS afin d'éviter que le risque d'obtention du permis de construire ne lui soit juridiquement transféré. L'EPS se devait uniquement de rappeler à chaque candidat qu'il lui appartient de vérifier la compatibilité de son projet avec les règles d'urbanisme applicables. Il est intéressant de relever que le représentant de l'ARH, le programmiste et le directeur de l'établissement avaient envisagé immédiatement de négocier une dérogation avec les services techniques de la mairie. L'intervention du conseil juridique s'est donc avérée précieuse et sécurisante.
- Parmi les documents transmis aux groupements figurait un diagnostic amiante réalisé par la SOCOTEC qui indiquait une présence faible dans les bâtiments à démolir. Il s'est avéré après les premières démolitions que ce diagnostic est erroné. Le groupement lauréat refuse, logiquement, de prendre en charge les surcoûts liés au désamiantage, qui reviennent au Centre de soins (qui tente de se retourner contre la SOCOTEC).

Il ressort de ces deux exemples que les établissements doivent accorder la plus grande attention aux documents et information transmis aux groupements en les analysant systématiquement en terme de risque. L'objectif ne doit pas être de reporter tous les risques sur les groupements, qui les feront payer à travers le loyer, mais de juger de leur meilleure allocation.

D) Les risques liés aux conditions d'élimination des offres non retenues

Dès la phase de PPO, le conseil juridique du Centre de soins des Tilleroyes a produit une note d'analyse concernant les modalités d'élimination des propositions. Il rappelle que l'établissement doit respecter l'article 7-I de l'ordonnance du 17 juin 2004 sur les contrats de partenariat⁷⁸ et propose que la commission du BEH attribue à chaque offre une note pour chacun des critères pondérés d'attribution du marché. Cette solution présente, en théorie, l'avantage de la simplicité et de la transparence pour les candidats. Elle évite

⁷⁸ « la personne publique peut prévoir que les discussions se déroulent en plusieurs phases successives au terme desquelles sont retenues les propositions répondant le mieux au critères fixés dans l'avis d'appel public à la concurrence ou dans le règlement de consultation. Le recours à cette possibilité doit avoir été indiqué dans l'avis d'appel public à la concurrence ou dans le règlement de consultation »

également de poursuivre le dialogue avec un nombre trop important de groupements dont certains présentent des offres manifestement inadaptées. De manière plus formelle, le consultant rappelle également ce sont les propositions et non les candidats qui sont écartées.

La décision d'écartier une offre n'est cependant pas sans risque. En effet, le consultant relève qu'aucune proposition ne peut être éliminée sur la base d'éléments susceptibles d'être modifiés dans le cadre du déroulement normal du dialogue afin de respecter le principe d'égalité de traitement des candidats⁷⁹. Cette remarque implique en théorie pour l'établissement une connaissance très en amont des éléments non modifiables. Par ailleurs, même dans l'hypothèse où l'établissement dispose d'une vision claire des prestations « discutables » (et ne les prend pas en compte pour écartier une offre), le retrait de l'une d'entre elles du contrat peut donner lieu à contestation par un candidat évincé. Il peut faire valoir que si son offre a été écartée à cause de son coût, ou d'une fonctionnalité insuffisante, ceux-ci étaient en partie déterminés par les prestations retirées du BEH. C'est en particulier vrai lorsqu'il s'agit de prestations (comme la lingerie ou la restauration) dont l'impact sur les loyers est important.

C'est sur la base des notes reçues aux critères d'attribution du BEH que différentes offres ont été écartées par le Centre de soins, mais les explications transmises aux mandataires des groupements concernés ne s'y réfèrent qu'indirectement⁸⁰. Dans un souci de plus grande transparence, peut-être aurait-il été intéressant de leur transmettre leurs notes et classement sur chaque critère par rapport aux offres concurrentes anonymisées.

E) Les garanties de pérennité d'un contrat performant

a) *La prévision en phase de dialogue des conditions d'évolution du contenu du contrat*

Compte-tenu de la durée de l'exploitation du BEH, il apparaît comme indispensable de prévoir dès la phase de dialogue les conditions d'évolutivité du contenu du contrat.

⁷⁹ Le guide de la MAINH conseille également la prudence sur ce point : « si l'EPS conserve des doutes sur les compléments pouvant intervenir sur le programme fonctionnel, il est préférable de ne pas éliminer de candidats et de poursuivre le dialogue avec l'ensemble des candidats. »

⁸⁰ lettre du 29 avril 2005 par laquelle le CST indique au candidat écarté en PPO les raisons pour lesquelles son offre est écartée : « - coûts d'investissement et d'exploitation hors de proportion avec les capacités financières du CST, sachant qu'il n'était pas possible d'envisager une évolution favorable du projet sans remettre en cause totalement la conception architecturale envisagée » (référence au critère 1: optimisation des coûts) « - le parti architectural proposé par la très grande proportion de surface vitrée et l'organisation des unités fonctionnelles s'est avéré mal adapté aux attentes de l'établissement » (critère 2 : optimisation du fonctionnement).

L'expérience britannique montre que cette exigence est rarement abordée de manière satisfaisante dans les contrats. La réaffectation éventuelle des locaux où les évolutions importantes de l'offre de soins doivent être évoquées de manière relativement approfondie lors des discussions dans la mesure où, une fois le contrat signé, il est extrêmement difficile d'en modifier les conditions. L'intégration d'une clause de rendez-vous définissant précisément les situations dans lesquelles les parties peuvent être amenées à rediscuter du contenu du contrat paraît nécessaire. Elle devrait permettre la réalisation d'avenants sans distorsion de l'obligation de mise en concurrence, par exemple en limitant les situations dans lesquels le BEH peut être modifié, et en définissant comment l'EPS peut faire intervenir des sociétés extérieures à l'issue d'un marché.

b) *La prise en compte des risques liés aux assurances*⁸¹

L'exécution du BEH peut être entravée par l'indisponibilité totale ou partielle des locaux à la suite d'un sinistre. Bien que la conclusion des assurances dommages relève de l'emphytéote, titulaire des droits du propriétaire, l'objectif final des dirigeants hospitaliers reste de disposer d'un équipement répondant à leurs besoins. Il n'est donc pas illégitime que l'EPS soit informé des clauses des futurs contrats d'assurance, particulièrement lorsque la société cocontractante est une « petite » structure, dont la surface financière n'est pas suffisante pour garantir la prise en charge d'un différentiel de coût, en cas de sinistre, entre les charges et le remboursement de l'assurance.

La conclusion de ces contrats d'assurance n'est pas simple car l'existence d'objectifs de performance dans les baux emphytéotiques hospitaliers, notamment dans le domaine des travaux, oblige le titulaire du contrat à s'engager au-delà des règles de responsabilité classique auxquelles les compagnies d'assurance se réfèrent. Il est donc intéressant pour les candidats d'envisager la mise en place de contrats d'assurance « sur mesure », couvrant les sinistres impactant les délais de réalisation, la qualité du bâti... Par ailleurs, dans les cas de financement d'opérations en crédit-bail, la question se pose de savoir qui, du crédit-bailleur ou du mandataire du groupement, sera chargé de discuter avec l'assureur les garanties et le versement de l'indemnité. Il est important que les dirigeants hospitalier s'assurent que des règles sont clairement établies entre ces trois parties. En effet, si un contrat d'assurance est mal conçu, l'assureur risque de faire étudier judiciairement les conventions des parties au bail, remettant potentiellement en cause l'équilibre des prestations.

Enfin, les exigences de continuité de service public imposent que la reconstruction

⁸¹ voir notamment le Moniteur des travaux publics du 2 décembre 2005 - « Contrats de partenariat - Assurances : les précautions à prendre », p. 90 et 91

interviennent rapidement, ce qui semble incompatible avec les procédures classiques d'expertise et d'indemnisation. Les dirigeants hospitaliers devront donc s'assurer de l'insertion au contrat d'assurance de clauses de règlement accéléré, notamment en supprimant les risques de litige par la rédaction d'engagements transactionnels, voire en exigeant l'interdiction du recours à des expertises judiciaires.

Chapitre 2 : Les risques liés au dialogue avec les candidats

2.1 Les limites du dialogue

2.1.1 Le respect de l'égalité entre les candidats

A) Le dialogue se distingue de la négociation

La distinction entre dialogue et négociation n'est pas évidente ; mais elle est essentielle dans la mesure où la négociation rompt l'égalité entre les candidats. De manière générale, la doctrine considère que les négociations concernent les conditions économiques de la réalisation d'une prestation, dont essentiellement le prix, alors que le dialogue vise à une meilleure satisfaction des besoins. Ainsi, la circulaire du 7 janvier 2004 portant manuel d'application du code des marchés publics précise que le dialogue est « *un élément [...] d'amélioration de la définition des besoins* ». Il permet d' « *améliorer la qualité et le caractère innovant des propositions qui sont faites* ».

L'une des difficultés des phases de dialogue, c'est qu'elles tendent vers la négociation, la discussion pouvant difficilement s'extraire des conditions économiques. Les dirigeants hospitaliers et leurs APP doivent conserver à l'esprit que le dialogue vise à choisir une solution et non un candidat. La mise en compétition des solutions jugées satisfaisantes n'intervient d'ailleurs qu'après le dialogue lors de la remise des offres finales.

B) La définition des modalités du dialogue

La mise en place de modalités de dialogue visant à assurer l'égalité de traitement des candidats a limité la liberté de discussion.

a) *Les principes de communication*

Lors de sa première réunion, l'équipe du Centre de soins des Tilleroyes a arrêté ses principes de communication : les questions des candidats devaient être adressées au directeur de l'établissement qui les envoyait à l'ensemble des membres de l'équipe. Les questions devaient être adressées par écrit et les réponses, également écrites, étaient transmises à l'ensemble des candidats. Cette option présente l'avantage de garantir

l'égalité d'accès à l'information des différents groupements et d'éviter de répondre à plusieurs reprises à la même question. Les candidats devaient par ailleurs désigner un interlocuteur unique. Ces modes de fonctionnement ont été appliqués durant toute la procédure et ont constitué des facteurs de sécurisation et de cohérence dans les réponses apportées par l'établissement (même si fréquemment son rôle se limitait à celui d'une « boîte aux lettres » entre les candidats et ses experts).

b) *La traçabilité du dialogue*

Sur l'avis du consultant juridique, les compte-rendu des réunions de dialogue sont...vides. Ils ne comprennent que l'ordre du jour et la durée accordée à la présentation et la discussion de chaque point, le tout paraphé par l'ensemble des participants. Cette pratique, instaurée dès le programme partenarial et organisationnel, a été préconisée pour limiter la traçabilité du dialogue au strict minimum, permettant de justifier du respect de l'égalité de traitement entre les candidats. Du point de vue de l'expert juridique, plus les compte-rendu étaient étoffés, plus ils étaient matière à contestation en cas contentieux. Cette pratique est également recommandée par la MAINH qui y voit le moyen d'obtenir immédiatement la signature des participants aux réunions sans phase de relecture et sans risque de contestation de la retranscription.

A l'opposé, le ministère de l'économie incite fortement les collectivités publiques à établir des procès-verbaux relatant le déroulement du dialogue dans les contrats de partenariat. Ils doivent permettre de justifier en cas de litige du rejet de certaines solutions et du respect de la confidentialité. En dehors du Centre de soins des Tilleroyes, les autres établissements ayant recours aux BEH ont adopté des positions évoluant entre ces deux situations extrêmes. Ainsi, le CHU de Rennes fait appel à des dactylographes pour retranscrire l'intégralité des échanges alors que le CH de Laval se contente d'établir un relevé de conclusion en fin de séance, signé immédiatement.

c) *La mise en place d'outils assurant l'égalité de traitement des candidats*

Au Centre de soins, la méthodologie et les outils d'étude comparative des offres se sont construits pour partie en cours de dialogue. En phase de PPS apparaissent des tableaux comparatifs des offres, élaborés par les assistants à la personne publique. Ces outils seront ensuite utilisés systématiquement durant tout le dialogue. Ils analysent les points forts et faibles de chaque offre et facilitent une comparaison des aspects fonctionnels et HQE. Ces documents permettent une étude croisée et par groupement. Ils constituent une trame d'analyse commune objective.

Chaque phase de dialogue est précédée d'une demande écrite de « recadrage » technique et juridique des propositions visant à préciser les points sur lesquels les groupements ont des efforts à fournir pour rentrer dans le cadre du programme

fonctionnel. Les offres doivent être conformes aux observations du Centre de soins, chaque candidat pouvant ensuite proposer des solutions alternatives dans le cadre de variantes. Il est évident que cette exigence de « tronc commun » est un outil efficace pour les assistants à la personne publique dans la mesure où elle autorise une meilleure comparabilité. Néanmoins, elle limite un peu les innovations que pourraient proposer les candidats, encouragés à rester dans ce cadre.

La présence très forte des assistants à la personne publique dans les BEH va probablement aboutir à l'élaboration de clauses types dans les contrats. Ainsi que cela a été souligné précédemment, ces spécialistes vont progressivement développer une expérience en matière de BEH qui amènera une réelle « professionnalisation ». De ce fait, ils tendront à reproduire un maximum de clauses dont la pertinence et l'acceptabilité auront précédemment été vérifiées dans le cadre d'autres BEH.

L'expérience du centre de soins étant l'une des premières au niveau national, il est difficile d'y vérifier cette tendance. Néanmoins, certains documents juridiques⁸², contenaient de nombreuses clauses générales. Même si cette pratique est sécurisante, poussée à l'extrême elle induit le risque de conduire à la production de documents ne répondant pas toujours au mieux aux besoins de l'établissement. Il convient donc de trouver un juste équilibre entre spécificités et clauses génériques. Au regard de l'expérience britannique, cette démarche est peut-être efficace, puisque la mise à disposition récente de contrats standards de PFI par le « National Health Service » (NHS, service de santé national britannique) est reconnue comme une grande avancée. Ils réduisent les coûts, la durée et les aléas de la phase de contractualisation. Il serait donc souhaitable, plutôt que de voir les grandes sociétés et les consultants établir chacun leurs propres modèles, que le ministère de la santé, via la MAINH propose à terme ce type de document.

Un maximum de précautions est pris afin de respecter l'égalité des candidats, dont la rupture serait susceptible d'entraîner l'annulation de la procédure. Néanmoins des groupements ont estimé que le formalisme mis en œuvre au Centre de soins était parfois excessif par certains aspects (présentation « calibrée » à la minute, réponses différées aux questions...) et pouvait présenter des lacunes sur d'autres (ex. : le contenu des présentations, un candidat estimant qu'une présentation s'appuyant sur la réalisation d'un film en image de synthèses ou sur des présentations en trois dimensions ne pouvaient qu'être plus séduisant pour les membres de la commission de dialogue). L'atteinte d'un équilibre satisfaisant semble toutefois difficile.

⁸² il est possible de citer le projet de BEH fourni aux candidats, le règlement de dialogue...

2.1.2 Les contraintes du secret commercial

Le respect du secret commercial consiste à ne pas dévoiler les propositions de l'un des candidats sauf accord expresse de sa part. C'est un point d'attention particulièrement important pour les dirigeants publics dans la mesure où il constitue un élément de risque non négligeable. Au Centre de soins des Tilleroyes il s'agissait d'un sujet sur lequel les différents candidats étaient très attentifs et qui a imposé à l'équipe de l'EPS de prendre des précautions en phase de dialogue. Cette difficulté est mise en avant par la majorité des établissements et peut être considérée comme un trait commun à l'ensemble des PPP. A la suite d'une enquête, la commission européenne relève en effet que «*de nombreux répondants [entreprises] ont demandé à faire bénéficier la propriété intellectuelle d'une protection complète et à limiter les ressources que les commissionnaires sont tenus d'investir dans le cadre de cette procédure [le dialogue compétitif]* »⁸³.

Ce respect du secret professionnel a eu une incidence importante sur les conditions matérielles des réunions de dialogue au Centre de soins. La crainte d'avantager un groupement ou de dévoiler par inadvertance les propositions innovantes d'un concurrent ont conduit souvent les représentants de l'EPS à se montrer réservés, voire à ne pas répondre immédiatement aux questions posées. Si, en terme de sécurisation de la procédure, ces pratiques sont louables, elles ont quelque peu décontenancé les candidats⁸⁴ dont certains ont considéré qu'il n'y avait pas de dialogue à proprement parler sur les premières phases, mais plutôt des présentations très formalisées de leur projet suivie de réponses aux interrogations des experts, mais sans réel échange.

En présence d'une proposition innovante de l'un des groupements, les établissements souhaiteraient fréquemment pouvoir la soumettre à l'ensemble des candidats afin d'éventuellement l'améliorer et de l'intégrer à sa solution de base. Cela est strictement interdit et en réunion de dialogue les représentants de l'établissement doivent prendre garde à ne pas suggérer, involontairement ou non, aux autres candidats des évolutions comparables.

Le respect du secret va parfois très loin, puisque certains des établissements publics de santé recourant au BEH refusent de communiquer sur les groupements candidats et leur composition⁸⁵. Le Centre de soins avait fait le choix inverse en affichant officiellement quels étaient les groupements retenus. Cette position n'a pas eu de conséquences sur le

⁸³ Communication de la Commission au Parlement Européen, au Conseil, au Comité Economique et Social Européen et au Comité des Régions concernant les partenariats public-privé et le droit communautaire des marchés publics et des concessions, Commission des communautés européennes, 15 novembre 2005, p. 5

⁸⁴ lors d'un entretien, un membre d'un groupement m'a dit : « *Lors des premières réunions, c'était bizarre. Ils étaient là, en face de nous à neuf ou dix et ils ne disaient presque rien. C'était nous qui parlions et nous ne savions pas ce qu'ils attendaient* ».

⁸⁵ situation du CHU de Rennes, du CH de St-Nazaire...

déroulement de la procédure.

2.2 les risques liés aux candidats

2.2.1 La diversité des candidatures⁸⁶

Dans le cas du Centre de soins des Tilleroyes, la composition des différents groupements en compétition amène deux remarques :

A première vue, il existe une grande hétérogénéité dans la composition des groupements : d'un côté le groupe Eiffage assure presque tout en interne, y compris le financement, et d'un autre côté Batifranc représente un groupement où les fonctions sont segmentées à l'extrême. Cependant, un acteur (ou un couple d'acteur) majoritaire, qui n'est pas forcément le mandataire, se dégage dans chaque groupement. Ainsi, la candidature Batifranc est caractérisée par la forte présence de la Caisse des dépôts et consignations dont Icade est une filiale, qui est actionnaire de Batifranc et des Caisses d'Épargne. De même, le groupement SODEREC est bâti autour d'une association technico-financière entre SODEREC, filiale du Crédit Mutuel, et Bouygues. Cette remarque n'est pas formelle puisque la cohésion du groupement autour d'un acteur clé constitue une garantie de pérennité à prendre en compte par l'EPS. Le choix d'un groupement de partenaires capables de coopérer à la fois durant la phase du dialogue, mais aussi à l'issue pendant trente ans constitue un enjeu fort de la phase de dialogue. Ainsi, le Centre hospitalier de Laval a écarté d'emblée un groupement dont la cohésion lui paraissait faible (certains partenaires se rencontraient pour la première fois autour de la table du dialogue). La personne en charge de ce dossier, par ailleurs correspondante de la MAINH, estime qu'il est essentiel en phase de dialogue de tester la cohérence des groupements.

Corrélativement à cette diversité de composition, il est intéressant de relever que le poids économique des mandataires est très varié : deux SEM locales (appuyées sur des groupes bancaires nationaux), un groupe financier, un promoteur, un « géant » mondial du BTP. Quant aux structures envisagées à l'issue du marché pour porter le contrat, elles sont elles aussi très différentes (sociétés ad hoc, mandataire initial, voire un groupe bancaire via un crédit-bail). Cette grande diversité nuit à une comparaison aisée des différentes offres et nécessite pour l'EPS de se doter d'outils de lecture comparative (grilles d'analyses identiques à remplir par les candidats).

2.2.2 Un groupement est composé de multiples partenaires

La littérature consacrée aux baux emphytéotiques hospitaliers et aux partenariats public-

⁸⁶ se reporter à l'annexe 3 pour la composition de chacun des groupements.

privé tend à considérer les partenaires des personnes publiques comme un ensemble cohérent. A rebours de cette vision les établissements publics de santé ne doivent pas oublier que des intérêts divergents sont réunis au sein des équipes qui candidatent à l'attribution du contrat.

Les différents entretiens menés lors de ce travail montrent qu'il existe deux enjeux forts pour les membres d'un groupement : garantir une bonne cohésion de l'équipe vis-à-vis de l'extérieur, mais aussi gérer en interne la répartition des risques.

De ce fait, certains avantages du BEH peuvent être mis partiellement en échec par des dissensions internes. Ainsi, les synergies attendues de la coopération très en amont entre architectes et mainteneurs ne peuvent être pleinement efficaces que si les acteurs surmontent certaines oppositions. D'une part, il faut que les concepteurs acceptent de revoir certains partis architecturaux au regard des exigences de la maintenance (ex. : que les vitres en hauteur soient lavables depuis l'intérieur du bâtiment), et d'autre part, il peut arriver que certaines propositions des architectes, en ayant un effet important en terme d'économies de fonctionnement (utilisation de matériaux évitant le ravalement de façade, ou de sols ne nécessitant pas de changements trop nombreux) se heurtent à l'incompréhension du mainteneur dont la rémunération est assise sur le volume de travaux de maintenance prévu. Il apparaît que les propositions formulées sont souvent le fruit de compromis internes au groupement qui ne correspondent pas forcément à un optimum économique⁸⁷, même si de l'avis de l'ensemble des acteurs, le dialogue permet l'émergence de solutions innovantes et pertinentes. Il est donc important que les établissements questionnent les groupements de manière approfondie sur les motifs de leurs choix techniques afin d'identifier et d'imposer les optimisations potentielles.

Par ailleurs, il peut être intéressant pour l'établissement de s'interroger sur les incidences de ses exigences sur les relations au sein des groupements. A titre d'exemple il est possible de citer le traitement de la question des dépassements des délais de construction et livraison du bâtiment. La solution retenue par le CST ne consiste pas en pénalités par jour de retard, comme le suggéraient les candidats, mais par le maintien de la durée initiale du bail. De ce fait, plus le groupement prend de retard, moins il percevra de loyers. Cette exigence, bien que parfaitement logique, entraîne un risque de voir le groupement retenu fragilisé par cette question. En effet, les retards seraient imputables à ses membres en charge de la construction, mais c'est l'ensemble des partenaires qui en subiraient les conséquences, notamment ceux en charge de l'exploitation. L'allocation des risques au sein du consortium risque donc de créer des tensions, voir de le fragiliser

⁸⁷ mes interlocuteurs prenaient cependant la précaution de préciser que cette confrontation de points de vue sur l'ergonomie des bâtiments permettait une amélioration substantielle du projet, validant ainsi l'un des arguments en faveur du BEH.

fortement en cas de survenue du risque. Il ne s'agit pas pour l'établissement de diminuer ses pénalités, mais de mener une réflexion sur les mécanismes les faisant porter autant que possible sur les partenaires responsables.

2.2.3 Le risque de clauses « orientées »

Les évolutions du projet de BEH durant le déroulement de la procédure ne doivent pas aboutir à l'apparition en son sein de clauses favorisant un des projets par rapport à ceux des groupements candidats. Bien que les conditions du dialogue ne facilitent pas les possibilités de lobbying par les groupements, il peut arriver qu'une de leurs propositions ou de leurs questions aboutisse à l'insertion d'une ou plusieurs clauses qui favorisent indirectement leur offre. Ainsi, au Centre de soins des Tilleroyes, deux candidats ont demandé au moment du dépôt du PPD de modifier deux exigences de l'établissement ayant pour conséquence indirecte de favoriser un montage en crédit-bail, qu'un seul groupement proposait. Après vérification, l'APP juridique a retiré ces clauses du contrat. Cet exemple montre la réalité de ce risque de favoritisme involontaire est réel. Il est néanmoins limité par les contrôles croisés qu'exercent les groupements sur les pièces qui leurs sont transmises.

2.2.4 La mise en œuvre de stratégies par les candidats

L'évaluation des projets aux différentes phases de dialogue est essentielle puisqu'elle conditionne la pertinence du choix des candidatures admises à l'étape suivante de la procédure. La décision du Centre de soins d'utiliser les critères du choix de l'offre finale a le mérite de poser une règle claire et cohérente. Elle se heurte néanmoins à un écueil non négligeable : les groupements inscrivent leurs offres dans des stratégies destinées à leur assurer le dépôt d'une offre finale.

Au niveau du Centre de soins des Tilleroyes, la mise en œuvre de stratégies destinées à assurer le passage aux étapes suivantes de la procédure a pu être observée. Elles consistaient souvent à présenter un projet architectural séduisant, en phase avec les attentes de l'établissement et/ou à afficher des prix bas. Bien que les offres soient de plus en plus affinées à chaque étape, la marge de manœuvre restait suffisamment importante pour laisser place à des combinaisons de ce type (qui n'ont pas toutes assuré l'accès à la remise d'une offre finale). Ces stratégies trouvent obligatoirement leurs limites au niveau du PPD, puisque les propositions de l'offre finale ne doivent théoriquement plus évoluer de manière substantielle par rapport au PPD. L'APP financier du Centre de soins des Tilleroyes remarque d'ailleurs en préambule de son rapport sur les PPD que les offres se sont « *notablement détériorées par rapport à la phase du PPS* ».

Au-delà du simple exemple du Centre de soins, ce constat interroge sur la pertinence de

la mise en place de l'ensemble d'une procédure longue et lourde, si ses deux premières phases, au moins, sont en partie biaisées par les stratégies de maintien dans la course des candidats. Une décision d'amener l'ensemble des candidats retenus jusqu'à l'offre finale, sauf inadéquation totale des projets, permettrait peut-être de contrer ces risques, mais en augmentant les frais de procédure compte tenu du versement des indemnités aux candidats non retenus. Certains établissements ont la volonté de conserver tous les candidats retenus jusqu'à la fin du dialogue (ex. St-Nazaire), mais plutôt dans un objectif de maintien de la concurrence.

Chapitre 3 : Les perspectives d'évolution du BEH au regard des risques observés

3.1 Les premiers retours d'expériences françaises de BEH et PPP laissent percevoir un risque de contestation de la procédure

Certains des interlocuteurs rencontrés estiment que les avantages de la phase de dialogue paraissent minces au regard de l'allongement de la procédure et de la complexité de mise en œuvre qu'elle engendre⁸⁸. Les risques générés par le mécanisme même de passation des PPP introduisent les germes d'un rejet à terme de ces outils.

3.1.1 Le risque d'une mainmise des grands groupes sur la procédure

Ce risque a très rapidement été mis en avant par l'Ordre national des architectes qui indiquait que les conditions de passation des PPP ne pouvaient que favoriser les candidatures de grands groupes financiers ou de BTP.

L'étude des premiers contrats et les entretiens menés avec différents candidats tendent à confirmer cette analyse. Les grands groupes candidatent sur plusieurs opérations simultanément, et compensent les coûts générés par les contrats dans lesquels ils ne sont pas retenus par les gains des PPP dont ils ont l'attribution. Les propos du financeur du consortium retenu montrent un autre aspect de cette « mutualisation » : *« L'obtention de ce contrat était particulièrement important pour nous en terme de communication. C'est le premier que nous décrochons au niveau national et nous souhaitons communiquer beaucoup dessus, c'est aussi un moyen de rentabiliser notre investissement »*. Par ailleurs ces sociétés centralisent leurs compétences et disposent

⁸⁸ C'est le cas de l'ingénieur conseil de l'ARH qui pense que l'avenir est plutôt à la procédure de conception-réalisation, beaucoup plus souple.

généralement de cellules spécifiquement en charge du suivi du dialogue, leurs représentants locaux n'ayant parfois qu'un rôle d'intermédiaires.

Ce n'est pas le cas pour les petites structures locales qui sont obligées de consacrer des ressources importantes, en argent et en temps (la plupart des candidats estiment le suivi à environ une journée par semaine sur la durée de la procédure), à perte si le groupement dont elle font partie n'est pas retenu. Sauf si elles gagnent lors de leur première candidature, ces sociétés sont ensuite peu enclines à se lancer de nouveau dans un partenariat public-privé. Cette situation risque d'entraîner l'éviction des PME du marché des PPP (à l'exception des sociétés du bâtiment, sous-traitant de grands groupes) et leur contestation de ce type de procédure⁸⁹.

Le risque de concentration des PPP entre quelques sociétés est d'autant plus grand que le nombre d'entreprises en capacité ou ayant la volonté de répondre à un BEH diminuera. Même certains groupes bancaires s'interrogent sur l'opportunité de continuer à candidater sur des PPP compte-tenu des coûts d'engagement au regard des probabilités d'être retenu⁹⁰.

La concentration du nombre de sociétés répondant aux PPP entraîne potentiellement un risque d'entente des candidats. Il n'est pas avéré, mais il est intéressant de noter que les services de la direction générale de la concurrence de la consommation et de la répression des fraudes (DGCCRF) suivent attentivement les BEH et contrats de partenariat en cours de passation pour s'assurer que les grands groupes ne se partagent pas ce nouveau marché. Ils se sont notamment rendus au Centre de soins des Tilleroyes pour examiner les offres.

3.1.2 L'impératif d'une grande transparence

Certains groupements candidats au BEH du Centre de soins des Tilleroyes étaient constitués partiellement ou pour l'essentiel de partenaires locaux (sociétés d'économie mixte, directions régionales de groupes bancaires, de groupes BTP, architectes locaux...). Ces sociétés avaient parfois l'habitude de travailler ensemble, ce qui a probablement amélioré leur capacité à créer de la cohésion⁹¹. Mais cette situation n'est pas sans poser quelques difficultés du fait d'une très (trop ?) grande proximité entre les

⁸⁹ Voir entretien avec P. Martin, dirigeant d'une PME de 200 agents, « Nous sommes confrontés à une révolution », Le Moniteur des travaux public, 28 juillet 2006, p. 10 & 11.

⁹⁰ deux interlocuteurs, un architecte indépendant et le représentant d'un groupe bancaire m'ont fait part de leurs interrogations sur leur engagement futur dans un BEH.

⁹¹ Au-delà même des relations professionnelles, certaines relations personnelles ont facilité l'harmonisation des positions de ces groupements. Ainsi, un de mes interlocuteur m'a expliqué que les relations personnelles de son directeur avec le directeur de la société mandataire avaient permis d'aplanir un certain nombre de difficultés qui mettaient en péril l'existence du groupement.

acteurs concernés par l'opération. Ainsi, une SEM candidate a dans son conseil d'administration (et, de manière relativement importante, dans son capital) deux établissements financiers, par ailleurs candidats au titre d'un autre groupement. Ces derniers sortaient lors des délibérations portant sur le projet, mais la question du respect du principe de l'unicité des candidatures reste posée.

Des liens informels existent également entre certains membres de groupements et l'établissement. Ainsi que cela a été souligné, le nombre des experts dans chaque domaine de compétence est restreint, et certains d'entre eux connaissent ceux des candidats ou les candidats eux-mêmes. Cette proximité existe aussi au niveau politique. Ainsi, au CST, le président d'une SEM candidate est l'un des vice-présidents du Conseil général, alors que la présidence du Centre dépend du Conseil Général... A cela s'ajoute des contacts et des actions de « lobbying » menées par certains groupements auprès d'élus supposés peser sur l'opération (parfois avec succès : un établissement m'a confirmé avoir retenu un groupement aux capacités insuffisantes jusqu'au stade du PPD du fait de pressions politiques locales).

Enfin, dans une ville de la taille de Besançon (130 000 habitants), chaque groupement dispose, ou pense disposer, de sources d'information privilégiées sur les préférences des décideurs à travers des connaissances personnelles. Ainsi, plusieurs représentants de groupements différents pensaient connaître les « choix » de divers acteurs de l'opération (*« On savait que le directeur de l'ARH était pour le groupement « X », mais que l'ingénieur-conseil préférait notre projet », « Les personnels et les médecins avaient choisi notre solution »...*), et en tiraient des conclusions sur leur probabilité d'obtenir le contrat.

Ce terrain est particulièrement propice au développement de rumeurs sur des conditions « douteuses » d'attribution du contrat. Ce phénomène est probablement accentué par deux traits spécifiques aux procédures de dialogue et de PPP. D'une part, la procédure de BEH, de par sa complexité, reste source d'incertitude des candidats sur la manière dont les offres sont retenues. Il subsiste l'impression que la décision reste subjective. D'autre part, la durée de la procédure, l'investissement qu'elle exige de la part des candidats, leur sentiment de présenter un « bon » projet rendent la défaite très difficile à accepter, notamment lorsqu'elle intervient tardivement (PPD, offre finale). Il est alors humain de chercher des causes à l'échec extérieures à la qualité intrinsèque des offres plutôt qu'accepter que le projet gagnant était le meilleur.

Bien entendu, ces réflexions valent dans le cas particulier du Centre de soins, puisque je n'ai pas mené d'entretiens avec les candidats d'autres BEH. Il est néanmoins probable que dans des cas similaires les réactions sont comparables du fait de facteurs permanents (implications des élus locaux dans les établissements de santé, connaissances de personnes travaillant à l'hôpital...).

Au-delà de l'étude des états d'âme des candidats, il convient de relever que cette atmosphère de relative suspicion n'est pas sans danger pour les BEH. Le premier des risques consiste dans un recours contre le contrat d'un candidat évincé, conforté dans sa

décision par ces rumeurs. Ce risque de recours est plus grand de la part des candidats locaux, dont les probabilités qu'ils se représentent à un autre BEH sont faibles. Les grands groupes sont plus sensibles à la contre-publicité que leur donnerait ce rôle de « mauvais perdant » dans le milieu hospitalier. Par ailleurs, si un « scandale BEH » venait à éclater, sur un dossier particulier, l'impact médiatique en serait probablement important, ce sujet mêlant hommes politiques, finances, société privées, santé et « privatisation » du service public. S'il existe un climat de méfiance vis à vis des conditions d'attribution des contrats, le risque d'une remise en cause généralisée de ces procédures sera important⁹². Face à ce risque, la seule parade des établissements tient dans la mise en place d'une démarche très claire par rapport aux candidats, et par la communication sur les éléments ayant prévalu lors de l'attribution du contrat et sur les faiblesses des projets écartés. Cette exigence n'est cependant pas simple à mettre en œuvre dans la mesure où elle ne doit pas aboutir à la rupture du secret commercial, ni à mettre en avant des arguments qui puissent être utilisés contre l'établissement aux motifs de subjectivité ou de mauvaise compréhension de l'offre écartée.

3.1.3 L'indispensable partage réel des risques⁹³

A) Un partage des risques basé empirique et peu-être illusoire

Le partage des risques est au cœur du dialogue entre les parties. Cette répartition comprend d'une part l'allocation de chaque type de prestation et des risques afférents entre le groupement et l'établissement, et d'autre part les modalités de mise en place de pénalités financières en cas de non-respect des performances prévues au contrat.

Dans le cas du Centre de soins, il n'y a pas eu de quantification financière systématique des différents risques par les groupements, qui se sont plus focalisés sur leurs incidences juridiques. La répartition entre l'EPS et le groupement repose plus sur une logique de cohérence par rapport à un ensemble de prestations plutôt que sur un calcul économique systématique (bien que dans certains cas il ait été réalisé). Ainsi, en phase de construction, les risques liés à cette prestation, (recours de tiers, retrait administratif du permis de construire, traitement d'une pollution du sol) sont à la charge du candidat qui doit les intégrer dans son calendrier. Néanmoins, l'établissement a conservé le risque lié à la réalisation de fouilles archéologiques sur la base d'un arbitrage financier. En effet, il avait sollicité la Direction régionale des affaires culturelles (DRAC) sur la possibilité de recherches archéologiques durant les travaux. La réponse avait été négative, demandant

⁹² Le précédent du « scandale » des lycées d'Île-de-France, ayant entraîné la disparition des METP montre que ce risque n'est pas que théorique, malgré la meilleure assise juridique des PPP actuels.

⁹³ Il est possible de se reporter au mémoire dédié à ce sujet réalisé par C. Ménager, EDH 2005-2007 et portant sur l'exemple du CH de St-Nazaire.

néanmoins la transmission d'une information en cas de découverte. Sur cette base le CST estimait le risque quasi-nul et demandait aux groupements de le supporter. Les candidats, arguant de la demande d'information de la DRAC, ont considéré au contraire qu'il existait un risque réel qu'ils souhaitaient provisionner, augmentant le loyer par répercussion. De ce fait, l'établissement a préféré conserver ce risque.

L'ingénieur conseil de l'ARH de Franche-Comté estime cependant, à partir de l'expérience du Centre de soins des Tilleroyes, que l'argument du partage des risques entre partenaires publics et privés est fallacieux. En effet, de son point de vue, il n'y a pas de partage réel. L'établissement public est seul à supporter financièrement les risques dans la mesure où, soit il les conserve en propre, soit, s'il les transfère à l'emphytéote, ils lui sont facturés à travers le loyer. Cette remarque est importante car si ce point de vue se généralise au sein des établissements de santé, notamment au regard des premières expériences de BEH, il y aura alors un risque de rejet de la procédure et une possibilité qu'elle tombe en relative désuétude.

B) L'exemple d'un contrat de la « LOPSI »

L'analyse de la répartition des risques dans une opération de construction de gendarmerie dans le cadre d'un mécanisme de bail emphytéotique administratif sectoriel issu de la loi n°2002-1094 d'orientation et de programmation pour la sécurité intérieure du 29 août 2002, dite « LOPSI » apporte également des enseignements pour les BEH.

Le descriptif du mécanisme juridique (simplifié) de l'opération est intéressant. Il s'agissait d'une opération simple, de 2,4 millions d'euro, visant à la construction de locaux techniques et de logements. Le terrain d'assiette était amené par la commune (3500 habitants) au mandataire, qui faisait construire les bâtiments par le biais d'un contrat de promotion et se finançait par le biais d'un crédit-bail. Du fait de ce financement la propriété des biens était transférée à leur achèvement au groupe bancaire prêteur. Celui-ci le louait au mandataire dans le cadre d'un crédit-bail classique, le mandataire louant les locaux à la mairie, elle-même les sous-louant à la direction nationale de la gendarmerie nationale.

Le montage juridique principal (hors contrat de promotion) comprenait cinq contrats :

- le bail emphytéotique à proprement parler,
- la convention non détachable régissant les conditions de construction et de maintenance des bâtiments par le preneur.
- la convention tripartite entre la commune, le preneur et le crédit-bailleur, visant à préciser les conditions de maintien du service public et de sortie anticipée du bail,
- le contrat de crédit-bail (qui correspondait à un contrat standard, sans clauses spécifiques liées au fait que le contrat s'appuie sur un BEA),
- le contrat de sous-location entre la commune et la gendarmerie nationale.

Cette présentation permet de constater que pour une opération simple le montage juridique est relativement complexe. Le destinataire final des locaux (la gendarmerie nationale) n'est que peu présent lors de l'élaboration du projet si ce n'est par la définition des besoins. C'est la mairie qui se trouve en première ligne dans les négociations avec le groupement. Il est intéressant de noter qu'à l'intérieur du groupement, les principales négociations ne se déroulent pas avec la mairie, mais entre partenaires, chacun cherchant à décharger le maximum de risque sur les autres⁹⁴.

Du fait des négociations, il apparaît au final que le porteur de la quasi-totalité des risques (notamment ceux liés à la maintenance du propriétaire) est la mairie, qui a mené le dialogue sans assistance extérieure. Les partenaires, entreprise privées, mais aussi l'Etat, ont profité de cette faiblesse. A son niveau, le risque financier est d'autant plus important que le bail porte sur une durée de 30 ans alors que l'engagement de l'Etat à louer les locaux est de neuf ans. Cet exemple confirme l'intérêt pour les dirigeants hospitaliers à recourir à des assistants à la personne publique spécialisés. Il montre aussi que faute de compétences fortes, les PPP se font au détriment des personnes publiques, ce qui, à terme, pourrait détourner ces dernières de ce mode d'investissement.

3.1.4 L'utilisation des baux emphytéotiques par le secteur médico-social privé : une vision d'un BEH « allégé » dans le futur ?

Certaines structures médico-sociales privées utilisent des techniques proches du BEH dans la gestion de leur patrimoine. Il paraît intéressant d'étudier l'une de ces opérations. L'objectif de la structure visait à réhabiliter entièrement un bâtiment destiné à l'hébergement de personnes handicapées. A cet effet, l'association propriétaire cède par un bail emphytéotique « rural » de quarante ans le bâtiment et son terrain d'assiette à une société. Celle-ci a pour mission de réhabiliter entièrement le bâtiment, le mettre aux normes de sécurité et en assurer les charges du propriétaire sur la durée du contrat (charges de gros entretien et de grosses réparations). Les travaux réalisés correspondent aux exigences formulées par l'association. Le preneur privé gère indépendamment le financement de l'opération (emprunt ou fonds propres). En retour, l'association s'engage à louer les locaux pour une durée égale à celle du bail⁹⁵. A l'issue de celui-ci, elle

⁹⁴ ainsi, le mandataire initial du groupement, également promoteur s'est « déchargé » lors de l'attribution du contrat de ses fonctions de mandataire sur le mainteneur, les activités de promotion étant beaucoup plus lucratives et évitant le portage du risque dans le temps.

⁹⁵ Sur d'autres dossiers, des emphytéotes se sont engagés sur des opérations où la garantie de location ne couvrait ni la durée du bail, ni même la durée d'amortissement des travaux. Dans ce cas, il y a une véritable prise de risque de la part de l'emphytéote qui risque de se retrouver à l'échéance de la période de location garantie avec un bâtiment dont les fonctionnalités très spécifiques ne permettent pas une reconversion facile.

recupère le bâtiment en pleine propriété.

Un montage de ce type présente plusieurs avantages pour les structures médico-sociales. Elles se déchargent sur le preneur du bail de la maîtrise d'ouvrage, et peuvent éventuellement bénéficier indirectement des conditions de financement plus avantageuses dont il peut disposer (c'est le cas notamment lorsque le preneur est un organisme HLM ayant accès aux prêts de la Caisse des dépôts et consignations). Les prestations d'exploitation-maintenance, en dehors de la maintenance du propriétaire (qui permettent de bénéficier des synergies constructeur-mainteneur), ne sont jamais incluses dans ce type de montage. Par ailleurs, la procédure est plus simple que celle du BEH. Le bail emphytéotique hospitalier étant trop complexe et coûteux pour de petites opérations, un mécanisme « allégé » inspiré de ces montages privés pourraient peut-être un jour être créé, tout en maintenant les exigences de mise en concurrence et de publicité.

3.2 L'analyse des expériences étrangères en matière de PPP, notamment hospitaliers, peut être une source d'amélioration de la procédure du BEH

3.2.1 Le « project finance » américain illustre les dangers d'un mauvais partage des risques

Le Project finance américain constitue un montage juridique par lequel une compagnie de projet et ses « sponsors » (financeurs) construisent puis exploitent commercialement à leur profit une infrastructure publique. Les arguments avancés en faveur de ces montages sont les mêmes que ceux exposés aujourd'hui en France pour les PPP : optimisation de la construction, gain de temps, meilleure maîtrise technique des entreprises privées... Des « finance project » ont servi au financement de centrales thermiques, de stades, écoles, prisons, hôpitaux... dont beaucoup par le biais d' « unsolicited proposals »⁹⁶. Ils sont aujourd'hui en parti remis en cause du fait de leur déséquilibre au détriment de la personne publique.

Ces montages comportent deux volets. Le premier concerne l'ingénierie financière du projet et le second volet définit les règles du partenariat et de participation de la compagnie au service public.

Il existe de manière générale une disproportion entre l'importance accordée par les compagnies privées au premier volet, à travers lequel elles tentent de limiter leur risque financier, et le second, plus négligé. La répartition des risques entre les différents acteurs

Dans certains cas, ce risque est partiellement couvert par le versement d'indemnités de « reconversion ».

⁹⁶ Littéralement: « propositions non sollicitées » : il s'agit d'opérations où les compagnies privées proposent à une collectivité la construction d'une infrastructure

du projet constitue l'axe majeur de négociation avec le partenaire public, mais surtout entre les partenaires privés. De ce fait, les intérêts de la collectivité publique passent en arrière-plan des bénéfices privés tirés de l'opération⁹⁷. Il existe par ailleurs une asymétrie d'information sur le niveau des risques, au détriment des collectivités publiques, qui peut entraîner des dérapages. Ainsi, R. Apelbaum⁹⁸ montre, à partir d'un financial project de la société Enron en Inde, les risques de déséquilibres du partenariat et d'orientation des opérations en faveur des intérêts financiers, aboutissant dans l'exemple en cause à la remise en cause et à la disparition du partenariat.

Cet exemple américain montre clairement que les responsables publics doivent être vigilants lors de la passation d'un partenariat public-privé. Accepter de collaborer avec les entreprises c'est aussi accepter un univers où le moteur de l'activité n'est pas le service public mais la réalisation de bénéfice. Il s'agit d'un truisme, mais qu'il n'est pas inutile de rappeler dans la mesure où les différents documents sur les PPP, (et les BEH) tendent à idéaliser un partenariat « entre égaux ». Il existe une asymétrie d'informations, de compétences et d'attentes entre les partenaires. La phase de négociation et de conclusion du contrat est le moment où la répartition des prestations et des risques entre partenaires publics et privés doit être réalisée sur une base aussi équilibrée que possible. Pour que ce résultat soit atteignable il paraît indispensable que la collectivité s'entoure des avis d'experts. A défaut, une remise en cause médiatisée de diverses opérations trop déséquilibrées au profit des sociétés privées aboutirait à fragiliser les procédures de PPP, ainsi que c'est actuellement le cas au Royaume-Uni.

3.2.2 Le développement des PPP en Europe : vers un encadrement par la Commission européenne ?

L'expression « partenariat public-privé » (PPP) est largement répandue depuis les années quatre-vingt-dix dans divers pays de l'Union européenne et correspond à une grande diversité de pratiques. Le Royaume-Uni a fait figure de précurseur, suivi de près par le Portugal, l'Espagne, la Grèce, les Pays-Bas, le Danemark et la Suède, puis par l'Irlande, l'Italie, la France et l'Allemagne. Le Royaume-Uni et, depuis peu, le Portugal, l'Italie et l'Espagne⁹⁹ ont étendu à la santé ce mécanisme.

L'expérience acquise permet deux constats. D'une part, la plupart des pays commencent par des PPP dans les transports, puis les étendent à d'autres domaines, notamment la

⁹⁷ M. Nussbauer, in « Le chaos des chemins de fer britanniques », le monde diplomatique, avril 2002, montre que l'échec du PPP dans le secteur ferroviaire au Royaume-Uni est lié à la prépondérance donnée à la rentabilité sur la sécurité et la qualité du transport

⁹⁸ in « Les PPP et le développement du droit public français à l'étranger », AJDA, n°2004/32, 27 septembre 2004, p. 1759 & sqc.

⁹⁹ Une expérience pilote est actuellement menée en Espagne dans le district sanitaire d'Alicante

santé, dès lors que le secteur public a acquis une expertise en la matière. D'autre part, la transposabilité directe des procédures de secteurs spécifiques (comme les infrastructures de transports) à la santé fait l'objet de peu de commentaires alors qu'il s'agit de domaines très différents.

Il n'y a pas de modèle européen unique de PPP, mais il existe un certain nombre de traits communs. Ce constat a encouragé la Commission européenne à réfléchir à la création d'un cadre juridique approprié dans le cadre d'un Livre vert¹⁰⁰, complété par une communication définissant des questions nécessitant un suivi¹⁰¹. Il est donc possible qu'à terme les BEH français soient modifiés par l'application d'une directive européenne spécifique.

De son côté, la Banque Européenne d'Investissement (BEI) s'intéresse aux PPP qu'elle finance et tend à promouvoir par diverses actions¹⁰². Les remarques qu'elle formule à leur sujet et les risques qu'elle perçoit constitue des axes de réflexion pour les décideurs publics. La BEI voit dans les PPP un moyen d'accélérer par rapport au recours aux marchés classiques la mise en oeuvre de projets économiquement viables. Le point essentiel est, selon ces experts, l'optimisation du rapport coûts / résultats. La matrice des risques constitue donc l'outil principal permettant de justifier d'un PPP. La réduction du coût des risques doit compenser les augmentations résultant d'un financement par emprunts privés et non par emprunts publics. La BEI relève qu'un rendement du capital qui n'est pas en rapport avec le niveau de risque assumé constitue une faute importante dans la phase de passation et entraîne la possibilité d'un rejet à terme des PPP. Ainsi, lorsqu'elle intervient en prêtant à des taux avantageux aux candidats retenus, elle tient à être associée rapidement à la procédure afin d'être en mesure de juger comment sont transférés sur le partenaire public les avantages financiers liés à sa participation. Enfin, elle met en avant l'importance de disposer d'un cadre juridique clair et stable et d'intervenants compétents et expérimentés dans le secteur public.

3.2.3 La remise en cause partielle des PPP au Royaume-Uni pourrait inspirer des évolutions à terme dans les PPP français.

A) La procédure du PFI britannique, un modèle largement copié

¹⁰⁰ Livre vert sur les partenariats public-privé et le droit communautaire des marchés et concessions, Commission des Communautés Européenne, 30 avril 2004

¹⁰¹ Communication de la Commission au Parlement Européen, au Conseil, au Comité Economique et Social Européen et au Comité des Régions concernant les partenariats public-privé et le droit communautaire des marchés publics et des concessions, Commission des communautés européennes, 15 novembre 2005

¹⁰² Intervention à HôpitalExpo, rédaction d'articles pour des revues spécialisées comme Techniques Hospitalières, tenue d'une rubrique spécialisée sur son site internet, publication d'études...

La « private finance initiative » constitue une forme générique de contrats issue de programmes sectoriels élaborés dans les années quatre-vingt dix et visant à confier au secteur privé la conception, construction, rénovation et entretien d'hôpitaux et de pénitenciers. Depuis 1992 ces possibilités de partenariats ont été élargies à la quasi totalité des services publics qui sont fortement incités à y recourir (à ce jour, les PFI représentent environ 10% des dépenses d'investissement public au Royaume-Uni). Ce développement s'appuie sur trois arguments principaux : augmenter les capacités d'investissement du secteur public par l'apport de capitaux privés, améliorer la qualité des infrastructures et des services et diminuer la dépense publique à court terme (l'investissement n'est, par ailleurs, pas comptabilisé dans la dette de la collectivité).

Ce mode de réalisation d'infrastructures s'appuie sur une approche qui ne considère les bâtiments que comme un outil. Leur détention par la personne publique n'est donc pas primordiale, contrairement à leur fonctionnalité. A ce titre, les utilisateurs sont fortement impliqués dans la phase de conception. Les PFI se définissent comme des contrats de travaux et de service à paiement public (« services sold to the public sector¹⁰³ ») : L'autorité publique passe un contrat pour la réalisation d'ouvrages et la gestion de services dont ils sont le support. Le loyer est basé sur des standards de performances et la disponibilité des ouvrages réalisés. Les paiements ne débutent que lorsque le service reçoit un début d'exécution et la durée du contrat est basée sur la durée d'amortissement de l'infrastructure.

Après une période où la tendance était à transférer un maximum de compétences et de risques au secteur privé, des outils visant à une meilleure optimisation des répartitions se sont mis en place. Une comparaison systématique avec un mode de financement conventionnel est réalisée et le principe du «best value for money¹⁰⁴ » est adopté dans son principe. Ce concept prône la mise en balance systématique du surcoût du recours au secteur privé (profits, frais de soumission, intérêts financiers) avec les économies qu'il génère (optimisation de l'allocation des risques, concurrence, innovation, minimisation des frais de maintenance, liberté d'investissement). C'est le modèle du comparateur du BEH.

B) Un outil objet de nombreuses critiques

Ce mécanisme a été très fortement attaqué par les syndicats britanniques lors de sa mise en place. Il a également fait l'objet de critiques de la part de la Commission européenne puisqu'une fois le compétiteur choisi, le projet peut encore être fortement modifié sans

¹⁰³ services vendus au secteur public

¹⁰⁴ « meilleur rendement de l'argent »

qu'il n'y ait plus de mise en concurrence. En effet, la sélection d'un « preferred bidder¹⁰⁵ » avec lequel seront menées les négociations intervient rapidement dans la procédure. Ce risque de distorsion de la concurrence est beaucoup moins important pour les BEH français, puisque les précisions apportées entre l'offre retenue et le projet définitif ne doivent être que mineures.

Assez critiqué depuis ses débuts, ce mécanisme voit le nombre de ses détracteurs augmenter depuis deux ans, notamment dans le milieu hospitalier, du fait de plusieurs échecs dans ce secteur¹⁰⁶. En 2004, la rénovation d'un hôpital en PFI a été annulée et, depuis, deux hôpitaux importants, gérés en PFI, sont en « quasi-faillite » (sur 38 opérations réalisées en PPP). L'indexation des loyers sur des indices variables et les conditions de rémunération des sociétés de BTP gérant ces hôpitaux (retour sur investissement estimé à 15%) sont désignés comme des facteurs majeurs de ces situations d'échec. De ce fait, une dizaine de projets en cours ont été bloqués.

Les critiques attaquent également le caractère surdimensionné de certains ouvrages (contrairement à l'argument souvent mis en avant d'une meilleure allocation des surfaces dans le cadre d'un PPP qu'en maîtrise d'ouvrage public) et certains choix architecturaux visant plus à protéger les marges du secteur privé par un contrôle des coûts qu'à répondre aux besoins des patients (les chambres d'un hôpital récemment construit sont minuscules). Enfin la capacité à une évaluation objective des rapports qualité/prix est remise en cause au vu de la complexité juridique des appels d'offres et des contrats.

C) Des évolutions récentes des PFI peut-être transposées à terme aux BEH français

Prenant acte de ces échecs récents, le gouvernement britannique a pris plusieurs mesures.

- les collectivités publiques devront réaliser un projet détaillé préalablement à la publication du marché, assurant une plus grande cohérence dans les offres des candidats.
- des contrats standards détaillés seront élaborés à la lumière de l'expérience acquise
- les durées de contrats seront réduites selon les secteurs,
- la fourniture de certains services comme le nettoyage le gardiennage ou la restauration seront exclus des PFI,
- les partenaires financiers seront mis en concurrence après la sélection d'un candidat préféré afin d'obtenir des offres plus avantageuses.

¹⁰⁵ « offreur retenu »

¹⁰⁶ l'échec du PPP appliqué au rail montre le manque d'expérience du secteur privé dans la gestion des actifs publics. La population peut faire échouer le PPP si elle n'est pas satisfaite de la prestation de service)

D'un point de vue français, ces réformes sont riches d'enseignement. Il s'agit d'une forme de retour en arrière par rapport aux PFI « première version » où les capacités d'initiative des candidats étaient très larges. Il y a manifestement un souhait de reprise en main de la procédure par les personnes publiques (à travers l'élaboration d'un programme détaillé), et de simplification de l'analyse des projets par une segmentation des contrats (*a priori*, les seules prestations de maintenance incluses au marché seront celles ayant trait au bâti) dont la disparition du lien fort entre le choix d'un projet et celui du financement.

L'un des avantages avancés en faveur du BEH est que l'établissement dispose d'une prestation globale, évitant à la direction de gérer la complexité d'une éventuelle contractualisation par lots. L'expérience britannique montre que cette intégration déléguée ne fonctionne pas. Les services sont devenus le principal sujet de mécontentement des responsables hospitaliers britanniques qui reprochent à leurs cocontractants un non-respect des niveaux de qualité de service, un manque de connaissance du fonctionnement hospitalier et une mauvaise réactivité. Corrélativement, ils se rendent compte que le niveau de service attendu est souvent insuffisamment défini et que les pénalités prévues ne sont pas suffisamment dissuasives.

Parmi les principaux enseignements, il ressort que les services pour lesquels l'externalisation à travers un contrat global est pertinente sont ceux liés au bâtiment. Les services proches de la chambre du patient doivent rester dans le périmètre de l'organisation de l'hôpital ou faire l'objet d'externalisation spécifique. Il en va de même pour les systèmes d'information et la gestion des équipements médicaux et biomédicaux. Ces informations peuvent dès à présent être prise en compte par les dirigeants hospitaliers français lors de la passation d'un BEH et inspireront peut-être le prochain guide de la MAINH.

Conclusion

Du fait de la complexité à la fois des opérations concernées et des règles procédurales à mettre en oeuvre, la procédure du bail emphytéotique hospitalier présente un certain nombre de risques, à la fois juridiques mais aussi liés aux modalités de dialogue avec les candidats. Certains de ces risques sont bien identifiés à la fois par la doctrine et par la MAINH à travers son guide. D'autres, perçus au travers de l'exemple du Centre de soins des Tilleroyes, sont peut-être moins connus, et renvoient souvent à la complexité même de la procédure. Il paraît probable que le pragmatisme prévalant au sein des équipes de direction des hôpitaux permettra de limiter la plupart d'entre eux et que leur identification progressive par la MAINH fera l'objet de mises en garde. La question d'une procédure elle-même génératrice de risques reste néanmoins posée.

Les retours d'expérience en matière de bail emphytéotique hospitalier montrent les limites de la capacité à maîtriser l'ensemble des éléments présidant à un choix rationnel d'une procédure. Le facteur humain semble indépassable en la matière. Il est éloquent de constater que la DHOS met en place des règles afin de mieux maîtriser au niveau central les passations de BEH, et que la MAINH est en cours de refonte de son guide afin de l'appuyer sur les premières expériences françaises. Les entretiens menés avec les responsables hospitaliers ayant mis en oeuvre cet outil montrent cependant l'émergence de doutes sur la pertinence du recours au BEH, un de mes interlocuteurs m'ayant même affirmé qu'avec le recul, s'il fallait refaire l'opération, il ne recourrait pas à cet instrument.

Le BEH reste néanmoins, de mon point de vue, un instrument intéressant, permettant, entre autre, d'améliorer la conception de bâtiments par la réunion précoce des concepteurs et mainteneurs autour d'un projet partagé, ce que m'ont confirmé tous mes interlocuteurs, et d'assurer leur maintien en bon état sur une longue durée. Il a par ailleurs le mérite de mettre en avant une réflexion sur les coûts internes de maintien en bon état des bâtiments. Ces résultats pourraient être obtenus par d'autres voies, mais le BEH a l'avantage de les imposer. La rentabilité financière de cet outil ne pourra probablement être évaluée qu'après plusieurs années mais, d'ici là, rien n'assure qu'il aura perduré face aux critiques, à l'existence d'un « jumeau », le contrat de partenariat, et à la procédure de conception-réalisation, plus souple d'utilisation et présentant les mêmes avantages en terme d'amélioration de la conception.

bibliographie

Textes législatifs et réglementaires

REPUBLIQUE FRANCAISE, 1985. - Loi n° 85-704 du 12 juillet 1985 relative à la maîtrise d'ouvrage publique et à ses rapports avec la maîtrise d'oeuvre privée. Journal officiel de la République Française, 13 juillet 1985, p. 7914

REPUBLIQUE FRANCAISE, 2002. - Loi n° 2002-1094 du 29 août 2002 d'orientation et de programmation de la sécurité intérieure. Journal officiel de la République Française, 30 août 2002, p. 14398 à 14410

REPUBLIQUE FRANCAISE, 2002. - Loi n° 2002-1138 du 9 septembre 2002 d'orientation et de programmation pour la justice. Journal officiel de la République, 10 septembre 2002, p.14934 à 14953.

REPUBLIQUE FRANCAISE, 2003. - Loi n° 2003-591 du 2 juillet 2003 habilitant le gouvernement à simplifier le droit. Journal officiel de la République Française, 3 juillet 2003, p. 11192 à 11200

REPUBLIQUE FRANCAISE, 2003. - Ordonnance n° 2003-850 du 4 septembre 2003 portant simplification de l'organisation administrative et du fonctionnement du système de santé ainsi que des procédures de création d'établissements ou de services sociaux ou médico-sociaux soumis à autorisation. Journal officiel de la République Française, 6 septembre 2003, p. 15391 à 15404

REPUBLIQUE FRANCAISE, 2004. - Ordonnance n° 2004-559 du 17 juin 2004 relative aux contrats de partenariats. Journal officiel de la République Française, 19 juin 2004, texte 2/118

REPUBLIQUE FRANCAISE, 2004. - Ordonnance n° 2004-566 du 17 juin 2004 portant modification de la loi n° 85-704 du 12 juillet 1985 relative à la maîtrise d'ouvrage publique et à ses rapports avec la maîtrise d'oeuvre privée. Journal officiel de la République Française, 19 juin 2004, texte 27/118

REPUBLIQUE FRANCAISE, 2004. - Décret n° 2004-1145 du 27 octobre 2004 pris en application des articles 3,4,7 et 13 de l'ordonnance n°2004-559 du 17 juin 2004 sur les contrats de partenariat. Journal officiel de la République Française, 29 octobre 2004, texte 4/128

REPUBLIQUE FRANCAISE, 2004. - Décret n° 2005-953 du 9 août2005 portant modification du décret n°2004-1145 du 27 octobre 2004 pris en application des articles 3,4,7 et 13 de l'ordonnance n°2004-559 du 17 juin 2004 sur les contrats de partenariat. Journal officiel de la République Française, 10 août 2005, texte 9/106

REPUBLIQUE FRANCAISE, 2003. - Circulaire DHOS n° 2003-485 du 13 octobre 2003 relative à l'entrée en vigueur de l'ordonnance n° 2003-850 du 4 septembre 2003 portant simplification de l'organisation administrative et du fonctionnement du système de santé ainsi que des procédures de création d'établissements ou de services sociaux ou médico-sociaux soumis à autorisation.

REPUBLIQUE FRANCAISE, 2003. - Circulaire interministérielle du 30 novembre 2005 (ministère de l'intérieur et de l'aménagement du territoire - ministère de l'économie des finances et de l'industrie) relative aux contrat de partenariat à l'attention des collectivités territoriales

Ouvrages

CLEMENT J.-M. / *Hôpital 2007, les répercussions dans le champ du droit hospitalier*. Paris : les études hospitalières, 2004, 125p.

COSSALTER P. *Le dialogue compétitif, la conception réalisation et le partenariat public-privé*, éd. territoriales, 2004, 96 p.

COMMISSION EUROPEENNE *Livre vert sur les partenariats public-privé et le droit communautaire des marchés publics et des concessions*, Commission des communautés européennes, avril 2004, 23 p.

COMMISSION EUROPEENNE *Communication de la Commission au Parlement Européen, au Conseil, au Comité Economique et Social Européen et au Comité des Régions concernant les partenariats public-privé et le droit communautaire des marchés publics et des concessions*, Commission des communautés européennes, novembre 2005, 12 p.

GUENOUN M. et TIBERGHIE B. Quelle localisation pour les PPP ? . In Partenariat

public-privé et gouvernance future. Paris : L'Harmattan -Gret, 2005, p. 43 et s.

MISSION D'APPUI A L'INVESTISSEMENT HOSPITALIER. *Le Guide BEH*. Ministère des Solidarités, de la Santé et de la famille, 2005, 170 p.

Articles

APELBAUM R. : « Les PPP et le développement du droit public français à l'étranger ». *AJDA*, 27 septembre 2004, n°32/2004, p. 1759 à 1766

ARNAUD A. et BOUFFIES J. "Bail emphytéotique hospitalier - Une opportunité à saisir". *Techniques hospitalières*, mai-juin 2006, n° 697, p. 24 à 27

BAUDRU D. et BAYARD S. "Le financement indirect des investissements immobiliers". *Actualités JuriSanté*, Décembre 2005 / janvier 2006, n°52, p. 10 à 15

BANDET D. et VANDOMME L. « l'atténuation du risque financier de nullité du contrat de partenariat par l'engagement indemnitaire de la partie publique ». *AJDA*, 20 février 2006, n°8/2006, p. 354 à 356

BERTIN-LACHAUD T. "Contrats de partenariat - assurances : les précautions à prendre". *Le moniteur des travaux publics*, 2 décembre 2005, p. 90 et 91

BLEMONT P. "Nouveaux contrats pour construire et moderniser à l'hôpital". *Bulletin juridique des contrats publics*, janvier 2004, n°32, p. 2 à 6

BLEMONT P. "Partenariat public/privé à l'hôpital et nouveaux contrats à l'hôpital public : volonté subreptice de "délégation de service public déguisée" ou simple constat de pragmatisme". *Les cahiers de la fonction publique et de l'administration*, décembre 2005, n° 251, p. 11 à 13

BOLLE H. "Bouygues construira et entretiendra l'hôpital public de Caen - BTP et Etats réinventent le partenariat". *Challenges*, 6 octobre 2005, n° 6, p. 30

BOUCHER J. "Le droit public à l'épreuve de l'externalisation". *Les cahiers de la fonction publique et de l'administration*, décembre 2005, n° 251, p. 4 à 10

BREVILLE A: « Avantages comparatifs du contrat de partenariat par rapport aux autres

contrats complexes ». *AJDA*, 27 septembre 2004, n°32/2004, p. 1754 à 1759

BRISSON J.-F. : « 'adaptation des contrats administratifs aux besoins d'investissement immobilier sur le domaine publique », *AJDA*, 21 mars 2005, n°11/2005, p. 591 à 597

CHARAT T. "La passation d'un bail emphytéotique hospitalier ou les nouvelles contrariétés des directeurs d'établissements publics de santé". *Actualités JuriSanté*, Décembre 2005 / janvier 2006, n°52, p. 4 à 6

CLEMENT C. "Le domaine public hospitalier : quels outils juridiques pour la rénovation". *Revue fondamentale des question hospitalières*, décembre 2004, n°10, p. 51 à 70

DELUZ S. "Contrats de partenariat : recours des avocats en mauvaise passe". *Le Moniteur des travaux publics*, 2006, p. 20

DELUZ S. "Denis Dessus : "Le nouveau Code risque d'entraîner des concours au rabais"". *Le Moniteur des travaux publics*, 7 avril 2006

DE ROSA A. "PPP in Spain : new era in public health sector"". *HospitalPost*, mars 2006, p. 5

DESBRUERES-ABRASSART J. et PEYRICAL J.-M. "Les contrats administratifs de construction d'ensembles hospitaliers". *Droit administratif*, novembre 2004, n° 11, p. 13 à 19

EMERY C : «Les trois principes de la passation des contrats de partenariat public-privé ». *AJDA*, 5 décembre 2005, n°41/2005, p. 2269 à 2277

ESPER C., JAAFAR D., MADELMONT F. et al. "Hôpital 2007 - Nouvelles modalités d'investissements des établissements de santé". *Gestion hospitalière*, février 2004, n° 433, p. 94 à 102

ESPER C. et DE LARD B. : "Bail emphytéotique hospitalier et coopération". *Actualités JuriSanté*, Décembre 2005 / janvier 2006, n°52, p. 7 à 9

GAUDEMET Y. "Les contrats de partenariat public-privé : étude historique et critique", *Bulletin juridique des contrats publics*, n° 36

JOSSAUD A : « Marchés publics : dialoguer n'est pas négocier ». *AJDA*, 19 septembre 2005, n°31/2005, p. 1718 à 1722

KILLIAN J.-M. "Le BEH : un ami qui vous veut du bien". *Actualités JuriSanté*, Décembre 2005 / janvier 2006, n°52, p. 16

LINOTTE D. : « Un cadre juridique désormais sécurisé pour les contrats de partenariat ». *AJDA*, 10 janvier 2005, n°1/2005, p. 16 à 20

MCLAURIN J. "Les PPP britanniques nécessitent des retouches". *Le Moniteur des travaux publics*, 20 avril 2006, p. 26

MELLERAY F. et NOYER B. : « Contrat de partenariat et délit de favoritisme ». *AJDA*, 2 mai 2005, n°16/2005, p. 913

MENEMENIS A. : « La réforme du partenariat public-privé ». *AJDA*, 27 septembre 2004, n°32/2004, p. 1737 à 1754

MONBIOT G. « Our very own Enron : all it has delivered is one financial scandal after another - but the government remains wedded to PFI ». *The Guardian*, 28 juin 2005

PERRUCHOT C. "PPP remporté par la Société d'équipement du Doubs". *Le Moniteur des travaux publics*, 12 mai 2006, p. 32

SCHWARTZ R., éditorial. *Les cahiers de la fonction publique et de l'administration*, décembre 2005, n° 251, p. 3

TERNEYRE P. "Utilisation du Bail emphytéotique par et pour les établissements publics de santé. Faculté pour les établissements publics de santé de déroger à la loi Maîtrise d'ouvrage publique (MOP)". *Bulletin juridique des contrats administratifs*, janvier 2004, n°32, p. 70 à 72

WRIGHT S. « Intervention de la Banque européenne d'investissement dans le plan Hôpital 2007 ». *Technique Hospitalière*, mai-juin 2006, n°697, p. 28 à 31

Thèses et mémoires

ALLOMBERT J. *Equipements hospitaliers et nouveaux contrats*. Ecole nationale de la santé publique, 1996, 96 p.

AMPROU A.-C. *Le partenariat public-privé à l'hôpital de Laval – L'exemple d'un bail emphytéotique dans le cadre de l'ordonnance du 4 septembre 2003*. Ecole nationale de la

santé publique, 2004, 93 p.

BACHELLERY O. *L'utilisation du bail emphytéotique administratif dans le secteur hospitalier : de l'exemple du centre d'accueil et de soins hospitalier de Nanterre à l'esquisse d'un guide du bon usage*. Ecole nationale de la santé publique, 1997, 102 p.

Conférences

BENANTEUR Y. "La sous-traitance de fonctions logistiques en milieu hospitalier : un enjeu complexe dans un contexte budgétaire contraint et structurant". Ecole nationale de la santé publique, mai 2005

BOUFFIES J. "L'exemple de l'hôpital sud-Francilien". Hôpital expo, 18 mai 2006

Sites internet

Ordre des architectes : www.architectes.org

Ministère de l'économie et des finances : www.minefi.gouv.fr

Site de la MAINH : www.mainh.sante.gouv.fr

Liste des annexes

ANNEXE 1 : Missions confiées aux assistants à la personne publique

ANNEXE 2 : Proposition de répartition initiale des prestations de maintenance

ANNEXE 3 : Composition des cinq groupements candidats au BEH du Centre de soins des Tilleroyes

ANNEXE 4 : Proposition de calcul de pénalités sur les prestations de fonctionnement de l'un des groupements candidats

ANNEXE 1 :

Les missions confiées aux assistants à la personne publique

1. Les missions des experts juridiques

Missions incluses dans le marché initial :

Phase 1 : mise en place de l'équipe de programmation

- élaboration de l'avis d'appel public à la concurrence (JOUE, BOAMP, Moniteur)
- Rédaction d'un projet de cahier des charges pour l'équipe de programmation
- discussion avec la maîtrise d'ouvrage sur le projet de cahier des charges.
- mise en forme du projet de marché
- assistance pour le suivi de l'équipe de programmation

Phase 2 : assistance pour la mise en place de l'équipe de programmation

- détermination des différentes obligations du maître d'ouvrage
- préparation et animation des CAO et rédaction des PV
- Rédaction du rapport d'analyse des offres
- assistance pour la mise au point du marché

Marché d'assistance juridique à la personne responsable des marchés,

Les missions initiales de ce marché portaient sur :

I. Assistance à la mise en œuvre de la procédure de mise en concurrence

1. Assistance méthodologiquement à l'élaboration du programme fonctionnel et l'élaboration du cahier des charges sur l'assistance financière
2. Assistance au lancement de la procédure de mise en concurrence :
 - Avis sur l'AAPC
 - Assistance à la rédaction du dossier de consultation :
 - Définition des critères de sélection des candidats et des propositions
 - Proposition d'un projet de règlement de dialogue, de cahier des charges et d'acte d'engagement
 - Assistance à l'adaptation du programme fonctionnel

- Assistance à la sélection des candidatures

II. Assistance à la sélection des propositions :

- Assistance à l'organisation de la phase de dialogue (phases, formalisation des modalités d'échange)
- Assistance au pilotage des phases de dialogue : analyse des propositions participations au phases de dialogue, jusqu'à l'analyse des offres finales.
- Assistance à la présentation du montage aux différents partenaires
- Assistance dans la mise au point, signature et notification du contrat.

Un avenant au marché a été passé le 14 avril 2004 ajoutant aux prestations initiales :

Phase de dialogue compétitif :

- rédaction ponctuelle de notes d'analyse juridique
- formalisation des précisions à demander aux candidats
- organisation d'un réunion supplémentaire avec les candidats

Phase de remise des offres finales :

- rédaction du règlement de demande des offres finales précisant le dossier de dialogue initial

Formalisation des clarifications à demander après remise des offres finales

- réunions de synthèse supplémentaires
- réunion supplémentaire avec les candidats aux fins de confirmation de leurs engagements
- rédaction ponctuelle de notes d'analyse juridique
- PV de réunion

Phase de mise au point du contrat et exécution:

- préparation et assistance du groupement aux réunions avec le candidats sélectionné
- assistance à la formalisation juridique de la position du centre de soins et rédaction de notes juridiques afin de prévenir tout contentieux

Lors de l'exécution :

- la rédaction de notes juridiques
- la préparation et l'assistance aux côtés de la personne publique des réunions des comités de pilotage
- l'assistance à la formalisation juridique de la position de la personne publique
- l'assistance dans le domaine administratif et juridique sur les éventuelles réclamations ou demandes de mémoire en réclamation de l'emphytéote

2. Les missions du groupement en charge de la programmation

Elaboration d'un programme pour la construction d'un bâtiment neuf de 116 lits et 4 places d'hôpital de jour, comprenant une étude de faisabilité, des études de programmation (dont la rédaction d'un programme fonctionnel détaillé) ainsi qu'en option l'assistance de l'EPS en phase de négociation jusqu'à la signature du BEH.

Le cahier des clauses techniques particulières prévoit une phase préparatoire et de programme où l'équipe prend connaissance de l'existant et cible les attentes de l'établissement et les différentes contraintes s'imposant à l'opération. Il s'agit d'une phase d'études préalables (urbanisme, sols, réseaux, environnement) et de faisabilité.

Définition d'un pré programme (synthèse des études préparatoires, définition des grandes fonctions, puis définition du programme (cf. le contenu des trois tomes)

La définition fonctionnelle des besoins (incluse dans le programme) doit transcrire les souhaits et exigences de la personne publique en terme d'espaces à construire, préciser les grands principes d'agencement fonctionnel des différents services ainsi que les principales exigences liées à la construction et aux objectifs environnementaux. Il s'agit de définir la liste de locaux minimum nécessaires au centre de soins. Il convient également de définir les différentes activités, les principales liaisons intérieures les liaisons avec l'extérieur, les volumes d'activité ainsi que les données relatives aux différents flux imaginés (déplacements, visiteurs...). Il conviendra de relever les contiguïtés imposées, les proximités sans contraintes obligatoire, les liaisons courtes et aisées, les liaisons nécessaires. Les objectifs environnementaux sont également spécifiés.

Le programme devra également prévoir les activités à déléguer à l'emphytéote et relever les contraintes de l'opération (contraintes réglementaire, liés au site, liées aux utilisateurs).

Le programme définit les résultats à obtenir (éléments intangibles, non remis en cause lors de la phase de négociation). Pour cela il convient de définir une quantification pour chaque performance imposée.

3 types de performances :

1. Dans la fonctionnalité de l'ouvrage
2. Dans la conception technique et architecturale et dans la réalisation des travaux
3. Dans le domaine de la maintenance et de la l'exploitation.

3. Missions du cabinet de consultants financiers

Phase de dialogue compétitif

- participation aux réunions de dialogue, proposition de grilles communes de structuration des propositions, définition des points à aborder en cours de réunion, établissement de CR financiers

- analyse des propositions des candidats sur les aspects financiers : optimisation de la structure du loyer, de la répartition des risques financiers :
 - analyse des loyers : montant, évolution, régime fiscal, la répartition entre part investissement et exploitation, périodicité des paiements, mécanismes d'ajustement en fonction des performance pour la construction et les obligations de maintenance-exploitation, modalités d'indexation et ou actualisation, évolution en cas de renégociation des emprunts
 - assistance à la négociation des principales clauses financières du contrat pénalités et bonus, indemnités de résiliation et valeur de retour des bâtiments, retour des biens au CST à l'issue du contrat
 - Répartition des risques entre le CST et l'emphytéote : négociation du risque de variation des taux entre la date de remise des offres et la date de signature des baux.

Phase d'analyse des offres finales :

- évaluation financière des offres , notamment des loyers, et de la robustesse financière de la structure de financement
- la revue finale du modèle financier
- l'analyse du contrat de financement liant le preneur à bail aux prêteur et le schéma de sûretés afférents
- la revue finale de toutes les clauses à caractère financier
- la revue détaillée de la matrice finale des risques

Phase de mise au point du marché : L'assistant s'assure que la mise au point du marché n'entraîne pas de modification de l'équilibre financier du marché.

A L'issue, le conseiller financier devra remettre un rapport de synthèse par étapes de sélection, et un rapport détaillé à l'issue de chaque étape.

ANNEXE 2

Proposition de répartition initiale des prestations de maintenance

	Emphytéote	EPS	à définir
Maintenance classique du propriétaire :			
	x		
- Clos couvert	x		
- Transformateur	x		
- Ascenseurs	x		
- Portes automatiques	x		
- Evacuation des EP	x		
- Paratonnerre	x		
Exploitation technique à la charge de l'emphytéote sauf petit entretien courant :			
- fluides Médicaux	x		x
- Chauffage		x	
- Climatisation		x	
- Ventilation		x	
- Désenfumage		x	
- Electricité : courants forts, courants faibles		x	
- Eclairage		x	
- Plomberie		x	
- Menuiserie		x	
- Peintures et revêtements muraux		x	x
- Revêtements de sols		x	
- Dispositifs de sécurité incendie	x		
Exploitation de service :			
- Nettoyage des vitres			
- Nettoyage des sols des circulations et espaces ouverts			
- Nettoyage des sols et espaces clos		x	
- Désinfection		x	
- Espaces verts	x	x	
- Logistique :	x	x	
o approvisionnement	x	x	
o manutention	x	x	
o stockage et gestion des stocks		x	
o collecte et élimination des déchets		x	

<p>- Hôtellerie</p> <ul style="list-style-type: none"> o restauration o lavage du linge o téléphone o télévision dvd 		x	
<p>- Gestion administrative</p> <ul style="list-style-type: none"> o course et courrier o gestion des archives techniques o gestions des archives hospitalières o fourniture eau, gaz, électricité, téléphone 	<p>x</p> <p>x</p>	<p>x</p> <p>x</p> <p>x</p>	

ANNEXE 3 :

La composition des cinq groupements candidats au BEH du centre de soins des Tilleroyes

1. SODEREC

Un mandataire : SODEREC (Banque, groupe Crédit Mutuel), 2 architectes, 2 bureaux d'étude (INGEROP (ex-filiale de Vinci) et BETIC (spécialiste du HQE)), un promoteur (groupe Bouygues), une entreprise générale (groupe Bouygues), une société d'exploitation (groupe Bouygues).

S'ils avaient été retenus, SODEREC aurait créé une SCI ad hoc.

2. Eiffage

Un mandataire (Eiffage, BTP), un architecte, une entreprise (Eiffage), une société d'exploitation (MANEP, filiale 100% Eiffage). Pas de bureau d'étude et le financement est assuré directement par Eiffage. Il s'agit d'un groupement d'entreprises conjoint

3. ADIM :

Un Mandataire (ADIM : promoteur), un financier (Enténial-Crédit Foncier), deux architectes, un BET (Thalès ingénieuriste consulting), une entreprise (DUMEZ, groupe Vinci), une société d'exploitation (FACEO - Thalès) et Thalès information system.

4. Batifranc

Un mandataire (Batifranc, Société d'économie mixte, également investisseur), quatre investisseurs (Caisse des dépôts et consignations (CDC), Caisse régionale des caisses d'épargne, Caisse nationales des caisses d'épargne, Icade (filiale CDC)), une société d'ingénierie HQE (Alto ingénierie), Icade G3A (promoteur, filiale d'Icade), deux architectes, un économiste de la construction, un bureau d'études techniques (SETHRI SETAE, filiale de Icade), une entreprise (Groupe 1000), une société de maintenance - exploitation (Dalkia, aussi investisseur). S'il avait été retenu, le groupement aurait créé une société ad hoc.

5. SEDD

Un mandataire (SEDD : Société d'économie mixte), un financeur (Dexia), un exploitant

(Elyo), une société HQE (BioEspace), un architecte, un prestataire repas (Médirest), un prestataire linge (Initial BTP). L'entreprise (Spie Batignolle), intégrant le BET, est hors groupement et a pour interlocuteur unique la SEDD. Le groupement est un groupement momentané conjoint entre Dexia, la SEDD et ELYO. Du fait d'une proposition de financement par crédit-bail, le financeur (Dexia) devient à terme l'emphytéote.

ANNEXE 4 :

Proposition de calcul de pénalité sur les prestations de fonctionnement de l'un des groupements candidat

Ces propositions de pénalités sont applicables uniquement dans le cadre contractuel et pour les circonstances prévues au contrat. Il en va de même pour les moyens de contrôle. Les pénalités ne sont applicables qu'après contestations écrites.

Elles sont plafonnées à 100 000€ HT /an, Mais à partir de 20 K€ HT, une clause de rendez-vous permet de faire une évaluation des dysfonctionnements.

Les pénalités varient selon :

- l'indisponibilité partielle ou totale du bien
- la sensibilité du local (niveau 2 : chambres, bureaux, postes de soins, salle à manger, salle de rééducation).

La pénalité proposée est égale à :

Loyer annuel BEH hors fluide x (surface concernée / surface totale) x (durée d'indisponibilité en heure / nombre d'heure dans une année (8760) x coefficient d'indisponibilité (1 : totale, 0,5 : partielle) x le coefficient de sensibilité du local (0,5 : niveau 1, 1 : niveau 2).

A cela s'ajoute une indemnité pour délais d'intervention d'astreinte non respectés (forfaitaire : 150 € HT si le retard est inférieur à 2H, 300€ s'il est supérieur) et une pénalité pour les indisponibilités des ascenseurs et monte-charges (200€ HT / 24h)