

FICHE
CONFIRMATION DES ENGAGEMENTS FINANCIERS APRES REMISE DE L'OFFRE
FINALE EN CONTRAT DE PARTENARIAT

1. Les objectifs du mécanisme de confirmation des engagements financiers

Les difficultés de financement rencontrées sur certains projets montés en PPP, comme l'extinction du dispositif spécifique sur le financement ajustable (article 13 de la loi n° 2009-179 du 17 février 2009, dite « LAPCIPP ») dans le cadre du Plan de Relance ont pu amener certains à s'interroger sur la possibilité d'intégrer une souplesse de financement pour les nouveaux projets à engager en contrat de partenariat.

La MAPPP a donc souhaité rappeler dans cette fiche les possibilités de prévoir dans un dossier de consultation -et éventuellement préciser au stade de l'invitation à remettre une offre finale- les modalités de financement « ajustables », c'est-à-dire pour lesquelles les candidats remettent une offre finale dans laquelle ils s'engagent sur un prix global ferme, mais dont les volumes des financements nécessaires à la réalisation du projet ne sont pas intégralement affermis par les comités de crédit des banques considérées à ce stade de l'offre.

Les objectifs recherchés sont de deux ordres :

1. introduire davantage de concurrence entre les candidats, en permettant à un maximum d'entre eux (et notamment parmi eux les PME) de parvenir au stade de l'offre finale *et éviter que des solutions technico-économiques intéressantes pour la personne publique se voient écartées*, faute d'avoir pu mobiliser un financement intégral lors de la remise de l'offre;
2. le tout *sans renchérir le coût de financement* (exprimé en termes de marges bancaires et commissions, hors variations de taux - dont le risque est géré contractuellement), voire en le diminuant grâce à la mise en concurrence des banques des candidats non retenus sur le financement complémentaire.

2. Validité du mécanisme au regard de la réglementation applicable

2.1 Cas des concessions :

Il convient tout d'abord de rappeler que cette question ne se pose pas pour les concessions, dans la mesure où la loi Sapin permet, au titre de la procédure négociée applicable, autant d'itérations que nécessaire sur les différentes dimensions de l'offre (y compris, donc, pour sa dimension financière).

2.2. Cas des PPP :

S'agissant des PPP proprement dits (CP, BEA, AOT-LOA,...) la question se pose en fait pour les seuls projets menés en dialogue compétitif (il n'y a pas de problèmes d'ajustement en procédure négociée, qui autorise toutes les itérations avec le candidat, et à l'inverse aucune possibilité d'ajustement en appel d'offres) et pour les projets montés en financement de projet ou « sans recours » : le financement dit « corporate », qui mobilise la capacité de financement sur son bilan d'une entreprise préexistante, comme le crédit-bail, ne sont a priori pas concernés par cette problématique.

2.3 Réglementation européenne applicable :

Le dispositif consistant à autoriser la remise de l'offre finale assortie d'une souscription partielle des engagements financiers prévus dans le plan de financement dans le cadre du dossier de consultation final est parfaitement compatible avec la procédure de dialogue compétitif créée par la directive européenne 2004/18 du 31 mars 2004 relative aux marchés publics.

En effet l'article 29.7 de la directive prévoit que « ...*A la demande du pouvoir adjudicateur, le soumissionnaire identifié comme ayant remis l'offre économiquement la plus avantageuse peut être amené à clarifier des aspects de son offre ou à confirmer les engagements figurant dans celle-ci...* ». La fiche explicative sur le dialogue compétitif rédigée par la Commission européenne (CC/2005/04 FR) est encore plus explicite : "*Cette possibilité de confirmer les engagements au tout dernier stade avant la conclusion du contrat mais après l'identification de l'offre économiquement la plus avantageuse a été offerte notamment afin de tenir compte de la réticence des institutions financières à souscrire à des engagements fermes avant ce stade d'une procédure.*"

Le droit communautaire distingue donc l'engagement du candidat (i.e le prix offert par le candidat, tel que reflété par la rémunération proposée) de la preuve de sa capacité à tenir son engagement (i.e la confirmation, par lettres de support ou de confort plus ou moins engageantes, de sa capacité à disposer des fonds nécessaires et ce à des conditions au moins équivalentes à celles figurant dans son offre).

2.4 Ordonnance de 2004 :

L'ordonnance n° 2004-559 du 17 juin 2004 sur les contrats de partenariat, prévoit également que le titulaire pressenti peut se voir demander de confirmer ses engagements financiers après remise de l'offre finale. En effet l'article 7-I dispose que « *La personne publique peut demander des clarifications, des précisions, des compléments ou des perfectionnements concernant les offres*

déposées par les candidats ainsi que la confirmation de certains des engagements, notamment financiers, qui y figurent. Cependant, ces demandes ne peuvent avoir pour effet de modifier les éléments fondamentaux de l'offre ou des caractéristiques essentielles du contrat dont la variation est susceptible de fausser la concurrence ou d'avoir un effet discriminatoire ».

Cette disposition est reprise dans l'art 8-II de l'Ordonnance qui mentionne également la possibilité de « faire confirmer » par le candidat ayant remis l'offre la plus avantageuse « les engagements figurant dans son offre ».

2.5 Au terme de cette analyse, la MAPPP considère qu'il était donc possible, dès avant la loi du 17 février 2009, de demander après la remise des offres finales la confirmation des engagements financiers, ce qui implique bien que l'on pouvait accepter lors de la remise de l'offre que le financement ne soit pas parfaitement bouclé. Le législateur a eu la volonté dès l'origine d'introduire le plus de souplesse possible dans la procédure applicable aux contrats particuliers que sont les contrats de partenariat. L'Ordonnance prévoit par ailleurs, dans le même article 7-I, qu'au moment de demander aux candidats la remise des offres finales, la personne publique « le cas échéant, précise les critères d'attribution du contrat définis dans l'avis d'appel public à la concurrence ou le règlement de la consultation », ce qui lui permet donc à ce stade éventuellement de préciser ses attentes en matière de financement .

Cette possibilité, présente dès l'origine dans l'Ordonnance, demeure bien évidemment aujourd'hui, après l'arrivée à échéance de la LAPCIPP.

3. La possibilité d'autoriser une variation du coût de l'offre à la baisse

3.1 Le principe :

Le mécanisme proposé consiste à autoriser la personne publique à faire varier le coût de financement proposé par le candidat uniquement à la baisse, dans l'hypothèse où les marges obtenues seraient inférieures à celles prévues à l'offre finale. Cela répond aux objectifs des textes en vigueur qui visent à interdire les modifications de l'offre financière liée à cette confirmation qui auraient pour conséquence de remettre en cause les conditions de la concurrence, notamment en altérant les conditions dans lesquelles l'appréciation et le classement des offres, et in fine le choix de l'offre économiquement la plus avantageuse, ont été opérées.

En effet, une amélioration de l'offre, dans des conditions transparentes et diffusées à l'ensemble des candidats, en ce qu'elle ne fait qu'améliorer une offre d'ores et déjà jugée meilleure que les autres, ne remet pas en cause le principe d'égalité de traitement des candidats *et permet de respecter pleinement le principe du choix de l'offre économiquement la plus avantageuse.*

3.2 Les modalités de la confirmation des engagements de l'offre finale :

La mise en œuvre de ce mécanisme nécessite que la personne publique demande au préalable, dans le cadre du règlement de consultation, aux candidats non déclarés attributaires à l'issue de la remise des offres finales de s'engager à délier de tout engagement d'exclusivité les organismes financiers associés à leur offre.

Par ailleurs, l'appréciation par la personne publique de la crédibilité de l'offre de financement pourra tenir compte d'un niveau minimum d'engagements fermes de souscription en proportion des instruments de dette.

Cette appréciation pourra aussi être basée sur l'existence d'un critère ou d'un sous-critère d'attribution permettant d'évaluer notamment la qualité et le niveau de fermeté des engagements financiers de l'offre.

Le mécanisme se résume donc de la façon suivante :

- Les candidats sont tenus de remettre une offre finale dans laquelle ils s'engagent sur un prix global ferme, qui est actualisé selon le dispositif prévu dans la procédure,

Le dossier de demande des offres finales précise aux candidats la proportion minimale d'engagements fermes de financement par les banques, ainsi que le délai alloué pour affermir cette offre de financement.

- Une fois désigné, le titulaire pressenti est tenu dans le délai imparti par la personne publique en vue du « bouclage » financier, de prouver qu'il a obtenu les engagements fermes de souscription de 100% de la dette prévue dans son plan de financement auprès du marché bancaire, ou qu'il est en mesure de réaliser un financement sur fonds propres ou bénéficiant de la garantie des actionnaires, pour un coût inférieur ou égal et à des conditions de robustesse financière au moins équivalentes à l'offre finale.
- A défaut de bouclage dans ces délais, la personne publique se réserve la possibilité d'éliminer le candidat déclaré attributaire et de poursuivre avec le candidat arrivé deuxième dans l'ordre du classement des offres finales.

4. Conclusion

En conclusion, on peut rappeler que la réalisation du bouclage financier d'un projet de PPP n'est pas une condition préalable à la signature, ou à l'entrée en vigueur du contrat, ni même à son exécution. Il est possible de faire un « *closing* » financier postérieurement à la signature du contrat : ce sera nécessairement le cas en matière de financement obligataire (l'émission obligataire ne peut intervenir avant la signature du CP...), de même que rien n'interdit –même si ce n'est pas financièrement optimisé– au partenaire privé de commencer à réaliser les travaux sur ses fonds propres. Si la pratique récente tend souvent à exiger la réalisation du bouclage financier à la date de signature, et plus encore à exiger une souscription intégrale des financements au stade de l'offre finale, c'est pour répondre à des considérations pratiques (cela

diminue d'autant les risques d'échec du *closing* ou du projet postérieurement à l'entrée en vigueur du contrat), et non pour des raisons juridiques.

Le mécanisme proposé correspond à une pratique de marché, mise en œuvre sur le marché tant français qu'européen des partenariats public privé, et parfaitement compatible avec le droit communautaire applicable. La confirmation, après remise de l'offre finale est possible dès lors qu'elle n'impacte pas défavorablement le coût et les conditions au point de vue de la robustesse financière ou du profil de risque du projet pour la personne publique cocontractante.
