

## FICHE N°8 : MODES DE DEVOLUTION

### Champ d'application

---

- Etablissements publics
- Etablissements privés non lucratifs soumis à l'ordonnance du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics
- Etablissements privés (pour la partie VEFA uniquement)

### Contexte et enjeux

---

Dans le cadre d'une opération de construction ou de restructuration, un établissement médico-social peut avoir recours à différentes procédures de contractualisation des marchés tant au niveau de la conception que de la réalisation, mais aussi de l'exploitation et de la maintenance.

Le choix sera lié à la complexité de l'ouvrage à construire ou à restructurer, au délai de réalisation de l'ouvrage et plus généralement à la mesure des avantages et inconvénients de chaque procédure et aux risques que cela peut entraîner pour l'établissement médico-social.

Les enjeux sont importants car le patrimoine immobilier de nombreux établissements médico-sociaux est insuffisamment adapté aux besoins actuels d'accueil des résidents. Les projets d'établissement de ces structures doivent de plus en plus s'accompagner d'une réflexion et d'une stratégie patrimoniale.

Pour les établissements publics et privés non lucratifs soumis aux marchés publics, ceux-ci doivent se conformer à l'ordonnance n°2015-899 du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics. Cette ordonnance a remplacé le code des marchés publics.

Le décret n°2016-360 du 25 mars 2016 relatif aux marchés publics précise les mesures d'application de l'ordonnance du 23 juillet 2015.

Cette ordonnance fixe notamment des dispositions particulières relatives aux marchés de partenariat dits de Partenariat Public Privé (PPP), remplaçant les contrats de partenariat (ordonnance du 16 juin 2004) et de baux emphytéotiques hospitaliers (BEH) (articles L.6148-1 et suivants du CSP).

**Nota :** les acheteurs publics ou privés soumis à l'ordonnance du 23 juillet 2015 sont définis par les articles 9 à 11.

Il est décrit ci-dessous les 3 principales procédures les plus fréquemment utilisées : loi MOP, Conception-réalisation et marchés de partenariat.

## Description

---

### Loi MOP

La loi n° 85-704 du 12 juillet 1985 relative à la maîtrise d'ouvrage publique et à ses rapports avec la maîtrise d'œuvre privée, dite loi MOP, et son décret d'application du 29 novembre 1993 définissent pour certains marchés la relation entre maîtrise d'ouvrage publique et maîtrise d'œuvre. Son rôle détermine les attributions de chacun et la contractualisation qui en résulte.

La loi MOP fixe les règles de fonctionnement entre l'équipe de conception et les bureaux d'études qui l'accompagnent sur toute la durée de l'opération (conception, construction et période de garantie). Elle propose une rémunération fonction de la complexité de l'ouvrage et des différentes missions dont elle sera chargée.

#### Missions de maîtrise d'œuvre

- la mission de base dans l'ordre de son déroulement contient les prestations suivantes :
  - esquisse (ESQ) généralement celle du concours de maîtrise d'œuvre ; dans le cas particulier d'une réhabilitation, la mission esquisse est remplacée par les études de diagnostic (DIAG)
  - les études d'avant-projet sommaire (APS) précisent les plans et les volumes, le traitement des espaces extérieurs et des premières dispositions techniques. L'APS précise le calendrier prévisionnel de réalisation et une estimation provisoire du coût des travaux
  - les études d'avant-projet définitif (APD) : surfaces détaillées de tous les éléments du programme. Plans coupes et façades ; décomposition des travaux en lots séparés.
  - les études de projet (PRO) : réalisation des descriptifs qualitatifs et quantitatifs (DQE) qui vont constituer le dossier de consultations des entreprises (DCE).
  - l'assistance pour la passation des travaux (ACT)
  - la direction d'exécution des contrats de travaux (DET)
  - le visa des études d'exécution (VISA)
  - l'assistance au maître d'ouvrage pour les opérations de réception des travaux puis pendant la garantie de parfait achèvement.
- des missions complémentaires éventuelles peuvent être confiées à l'équipe de maîtrise d'œuvre :
  - la réalisation des études d'exécution (EXE) couplée avec la réalisation des études de synthèse (SYN) qui viennent alors en remplacement de la mission VISA
  - la mission d'ordonnancement, de coordination et de pilotage de chantier (OPC)

#### Allotissement des marchés de travaux

L'article 32 de l'ordonnance du 23/07/2015 précise que « *les marchés publics autres que marchés publics de défense ou de sécurité sont passés en lots séparés, sauf si leur objet ne permet pas l'identification de prestations distinctes. A cette fin, les acheteurs déterminent le nombre, la taille et l'objet des lots* »

L'article 12 du décret du 25/03/2016 précise que :

- « I. - L'acheteur qui décide de ne pas allotir un marché public répondant à un besoin dont la valeur est égale ou supérieure aux seuils de procédure formalisée motive ce choix :... »
- « II. - L'acheteur qui décide de ne pas allotir un marché public répondant à un besoin dont la valeur est inférieure aux seuils de procédure formalisée ou un marché public relevant des articles 28 et 29 motive ce choix dans les documents relatifs à la procédure qu'il conserve en application de l'article 108. »

Pour que le pilotage des lots (ou corps d'état séparés), soient le plus efficace possible, la maîtrise d'ouvrage doit être structurée et consacrer un temps suffisant au déroulement du projet (voir à ce sujet le paragraphe sur la maîtrise d'ouvrage dans la fiche n° 03).

Par ailleurs le choix des entreprises doit faire l'objet d'une analyse attentive de la solidité technique et financière des entreprises consultées pour limiter les défaillances durant l'exécution des prestations.

## Marché de Conception-réalisation (CR)

Un marché de conception-réalisation est un marché confié par un maître d'ouvrage à un opérateur économique portant à la fois sur l'établissement des études et l'exécution des travaux.

Le marché est signé à l'issue d'un appel d'offres travaux, sur la base minimale d'un avant-projet sommaire (APS). Le montant des travaux est donc contractualisé et fixé avant la fin des études. Les délais de réalisation de l'opération constatés sont souvent intérieurs à des opérations réalisées en application de la loi MOP.

### Conditions de recours (marchés publics)

Pour les établissements soumis à l'ordonnance du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics, les conditions de recours à ces marchés sont définies par l'Article 33 :

*« I.-Les acheteurs peuvent conclure des marchés publics de conception-réalisation qui sont des marchés publics de travaux permettant à l'acheteur de confier à un opérateur économique une mission portant à la fois sur l'établissement des études et l'exécution des travaux.*

*Toutefois, sans préjudice des dispositions législatives spéciales, les acheteurs soumis aux dispositions de la loi du 12 juillet 1985 susvisée ne peuvent recourir à un marché public de conception-réalisation, quel qu'en soit le montant, que si des motifs d'ordre technique ou un engagement contractuel sur un niveau d'amélioration de l'efficacité énergétique rendent nécessaire l'association de l'entrepreneur aux études de l'ouvrage. Un tel marché public est confié à un groupement d'opérateurs économiques. Il peut toutefois être confié à un seul opérateur économique pour les ouvrages d'infrastructures.*

*II.-Les conditions mentionnées au second alinéa du I ne sont pas applicables aux marchés publics de conception-réalisation conclus, jusqu'au 31 décembre 2018, par les organismes d'habitations à loyer modéré mentionnés à l'article L. 411-2 du code de la construction et de l'habitation et les sociétés d'économie mixte de construction et de gestion de logements sociaux, soumis aux dispositions de la loi du 12 juillet 1985 susvisée, et qui sont relatifs à la réalisation de logements locatifs aidés par l'Etat financés avec le concours des aides publiques mentionnées au 1° de l'article L. 301-2 du code de la construction et de l'habitation. »*

L'article 35 7° précise que « La conception, la construction, l'aménagement, l'entretien et la maintenance de bâtiments ou d'équipements affectés à l'exercice des missions des établissements publics de santé, des organismes visés à l'article L. 124-4 du code de la sécurité sociale gérant des établissements de santé et des structures de coopération sanitaire dotées de la personnalité morale publique »

➔ Un EHPAD ne relevant pas d'un EPS n'est donc pas concerné par cet article.

Les procédures de mise en concurrence (marchés publics)

**L'article 42 de l'ordonnance du 23 juillet 2015 fixe les différents types de procédures de mise en concurrence pour un marché public.**

« Le marché public est passé, dans les conditions et selon les modalités fixées par voie réglementaire :

1° Lorsque la valeur estimée hors taxe du besoin est égale ou supérieure aux seuils européens publiés au Journal officiel de la République française, selon l'une des procédures formalisées suivantes :

a) La procédure d'appel d'offres, ouvert ou restreint, par laquelle l'acheteur choisit l'offre économiquement la plus avantageuse, sans négociation, sur la base de critères objectifs préalablement portés à la connaissance des candidats ;

b) La procédure concurrentielle avec négociation, par laquelle un pouvoir adjudicateur négocie les conditions du marché public avec un ou plusieurs opérateurs économiques ;

c) La procédure négociée avec mise en concurrence préalable, par laquelle une entité adjudicatrice négocie les conditions du marché public avec un ou plusieurs opérateurs économiques ;

d) La procédure de dialogue compétitif dans laquelle l'acheteur dialogue avec les candidats admis à participer à la procédure en vue de définir ou développer les solutions de nature à répondre à ses besoins et sur la base desquelles ces candidats sont invités à remettre une offre ;

2° Selon une procédure adaptée, dont les modalités sont déterminées par l'acheteur dans le respect des principes mentionnés à l'article 1er, lorsque la valeur estimée hors taxe du besoin est inférieure aux seuils mentionnés au 1° du présent article ou en fonction de l'objet de ce marché ;

3° Selon une procédure négociée sans publicité ni mise en concurrence préalables. »

**L'article 91 du décret du 25 mars 2016 définit les procédures de mise en concurrence :**

« I. - Les motifs d'ordre technique mentionnés au I de l'article 33 de l'ordonnance du 23 juillet 2015 susvisée sont liés à la destination ou à la mise en œuvre technique de l'ouvrage. Sont concernées des opérations dont la finalité majeure est une production dont le processus conditionne la conception, la réalisation et la mise en œuvre ainsi que des opérations dont les caractéristiques, telles que des dimensions exceptionnelles ou des difficultés techniques particulières, exigent de faire appel aux moyens et à la technicité propres des opérateurs économiques.

II. - Lorsque la **valeur estimée du besoin est égale ou supérieure aux seuils de procédure formalisée**, les acheteurs mentionnés à l'article 1er de la loi du 12 juillet 1985 susvisée passent des marchés publics de conception-réalisation selon les procédures et dans les conditions mentionnées aux articles 25 ou 26 sous réserve des dispositions qui suivent :

1° Un jury est désigné par l'acheteur. Il est composé exclusivement de personnes indépendantes des candidats. Lorsqu'une qualification professionnelle particulière est exigée pour participer à la procédure, au moins un tiers des membres du jury doit posséder cette qualification ou une qualification équivalente.

Le jury dresse un procès-verbal d'examen des candidatures et formule un avis motivé sur la liste des candidats à retenir. L'acheteur arrête la liste des candidats admis à réaliser des prestations.

Les candidats admis exécutent des prestations sur lesquelles se prononce le jury, après les avoir entendus. Ces prestations comportent au moins un avant-projet sommaire pour un ouvrage de bâtiment ou, pour un ouvrage d'infrastructure, un avant-projet accompagné de la définition des performances techniques de l'ouvrage.

Le jury dresse un procès-verbal d'examen des prestations et d'audition des candidats et formule un avis motivé.

*L'acheteur peut demander des clarifications ou des précisions concernant les offres déposées par les candidats. Ces précisions, clarifications ou compléments ne peuvent avoir pour effet de modifier des éléments fondamentaux de l'offre ou des caractéristiques essentielles du marché public.*

*Le marché public est attribué au vu de l'avis du jury ;*

**2° La désignation d'un jury est facultative dans les cas suivants :**

**a) Pour les marchés publics de conception-réalisation passés par les pouvoirs adjudicateurs dans les hypothèses énumérées aux a à c du 1° du II de l'article 90 ;**

**b) Pour les marchés publics de conception-réalisation passés par les entités adjudicatrices en dialogue compétitif ou en procédure négociée avec mise en concurrence préalable.**

**III. - Pour les marchés publics de conception-réalisation inférieurs aux seuils de procédure formalisée, les acheteurs mentionnés au II peuvent recourir à une procédure adaptée.**

**IV. - Dans les cas prévus aux II et III, lorsque les documents de la consultation ont prévu la remise de prestations, ils indiquent le montant des primes et les modalités de réduction ou de suppression des primes des soumissionnaires dont les offres sont irrégulières.**

*Le montant de la prime attribuée à chaque soumissionnaire est égal au prix estimé des études de conception à effectuer telles que définies par les documents de la consultation, affecté d'un abattement au plus égal à 20 %.*

*La rémunération du titulaire du marché public tient compte de la prime qu'il a reçue. »*

### Conditions pour un bon fonctionnement du contrat de conception réalisation

Le guide de l'ANAP « Rédiger un marché de conception-réalisation, démarches et pratiques organisationnelles » présente une notice juridique et propose 16 fiches thématiques pour piloter un contrat de conception-réalisation.

Parmi les points clés cités, il est souligné que de par sa nature, un contrat de conception-réalisation est fondamentalement différent d'un marché de travaux classique, notamment du fait de la présence dans le périmètre du marché, de la partie « conception ». De ce fait, il ne s'agit pas de travailler en prenant en compte les habitudes des marchés classiques et il faut s'interroger sur les spécificités des engagements ainsi que sur les conséquences qui en découlent.

En effet, contrairement à un contrat classique, le concepteur-réalisateur se voit notamment engagé très en amont sur les délais et sur les coûts. Ainsi, avant la phase relative aux études de conception et sur la base du programme fonctionnel détaillé, le concepteur-réalisateur sera contractuellement responsable du respect des délais et des coûts proposés. Cela doit amener la maîtrise d'ouvrage à repenser l'architecture du contrat qu'elle propose sur des points précis, comme, par exemple, la gestion des délais, des modifications de programme, les validations internes...

Il faut également noter que le partage des risques entre les parties et donc la rédaction des clauses contractuelles liant les parties, pourront être de nature différente selon la procédure de passation du contrat. En effet, pendant la procédure de dialogue, certaines clauses pourront être discutées et certains essais ou sondages pourront être réalisés pour purger ou pour le moins limiter le risque alors qu'il est très difficilement envisageable, pendant la procédure d'appel d'offres restreint, de procéder ainsi.

### Evaluation des procédures de réalisation des ouvrages

L'ANAP a publié en juin 2015 une évaluation des procédures d'investissement en santé. Une centaine d'opérations d'investissements d'établissements de santé et médico-sociaux ont été étudiées pour les trois procédures à dispositions des établissements.

Il a été mis en avant que, pour les opérations de typologie EHPAD, SSR et PSY, avec une forte composante hébergement :

- la maîtrise des coûts objectifs était très satisfaisante, quelle que soit la procédure employée,
- les délais de réalisation de l'opération étaient globalement plus courts avec la procédure Conception-réalisation qu'en loi MOP classique.

### Marchés publics globaux de performance

L'article 34 de l'ordonnance du 23 juillet 2015 définit les marchés publics globaux de performance :

*« les acheteurs peuvent conclure des marchés publics globaux de performance qui **associent l'exploitation ou la maintenance à la réalisation ou à la conception-réalisation** de prestations afin de remplir des objectifs chiffrés de performance définis notamment en termes de niveau d'activité, de qualité de service, d'efficacité énergétique ou d'incidence écologique. Ces marchés publics comportent des engagements de performance mesurables.*

Les modalités d'attribution de ce marché, de la rémunération des prestataires et la procédure de passation sont définies dans l'article 92 du décret du 25 mars 2016.

## **Le marché de partenariat**

L'ordonnance du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics a introduit la notion de « marchés de partenariat », nouveau dispositif venant remplacer les contrats de partenariat (CP) et les baux emphytéotiques hospitaliers (BEH).

Le marché de partenariat est un marché public qui permet de confier à un opérateur économique ou à un groupement d'opérateurs économiques (titulaire(s)) une mission globale ayant pour objet :

- la construction, la transformation, la rénovation, le démantèlement ou la destruction d'ouvrages, d'équipements, ou de biens immatériels nécessaires au service public ou à l'existence d'une mission d'intérêt général
- Cette mission globale peut également avoir pour objet :
  - Tout ou partie de la conception des ouvrages, équipements ou biens immatériels ;
  - L'aménagement, l'entretien, la maintenance, la gestion ou l'exploitation d'ouvrages, d'équipements ou de biens immatériels ou une combinaison de ces éléments ;
  - La gestion d'une mission de service public ou des prestations de services concourant à l'exercice, par la personne publique, de la mission de service public dont elle est chargée.
- L'acheteur peut donner mandat au titulaire pour encaisser, en son nom et pour son compte, le paiement par l'usager de prestations exécutées en vertu du contrat.

Après décision de l'acheteur, le titulaire du marché, peut avoir à sa charge l'acquisition des biens nécessaires à la réalisation de l'opération.

Le titulaire du marché assure la maîtrise d'ouvrage.

Lorsque l'acheteur ne confie au titulaire qu'une partie de la conception de l'ouvrage, il peut lui-même par dérogation à la définition de la mission de base faire appel à une équipe de maîtrise d'œuvre pour la partie de la conception qu'il assume (conformément à l'alinéa 4 de l'article 7 de la loi du 12 juillet 1985, relative à la loi MOP).

### Conditions de recours au marché de partenariat

L'ordonnance du 23 juillet 2015 encadre la conclusion de marchés de partenariat. L'article 71 interdit aux établissements publics de santé et structures de coopération sanitaire dotées de la personnalité morale publique de recourir directement à ce type de marché.

L'Etat peut conclure pour leurs comptes sous réserve que le ministère de tutelle ait procédé à l'instruction et que l'opération soit soutenable au regard de ses conséquences sur les finances publiques et sur la situation financière de la personne publique. Cette disposition n'est valable que pour les EHPAD rattachés à un EPS.

Lorsque le projet, pour lequel le marché de partenariat est envisagé, dépasse le seuil fixé par décret (établi en fonction de diverses caractéristiques du projet), le recours à ce montage juridique peut se faire dès lors que l'acheteur a démontré que compte-tenu des caractéristiques du projet, des exigences de service public ou de la mission dont il est chargé, ou encore des insuffisances et difficultés rencontrées dans la réalisation de projets comparables, le recours à un tel contrat présente un bilan plus avantageux, notamment sur le volet financier, que celui des autres modes de réalisation du projet.

La passation d'un marché de partenariat doit faire l'objet d'une évaluation préalable du mode de réalisation du projet. Elle fera l'objet d'un avis d'un organisme expert (créé par voie réglementaire). Cette analyse, en coûts complets, compare les différents modes de réalisation envisageables pour le projet.

Une étude de soutenabilité budgétaire devra également être réalisée, elle est soumise à l'avis du service de l'Etat compétent. Elle fait état des conséquences du marché sur les finances publiques.

Le financement du projet peut être assuré par une personne publique et le projet reste éligible aux subventions et autres participations financières. Les marchés de partenariats peuvent donner lieu à un recours au crédit-bail.

La rémunération du titulaire est effective pour la durée du contrat du titulaire. Elle est liée aux objectifs de performance assignés au contrat.

## **Vente en l'état futur d'achèvement (VEFA)**

### La VEFA

La vente en l'état futur d'achèvement est un contrat immobilier défini comme suit : « *contrat par lequel le vendeur transfère immédiatement à l'acquéreur ses droits sur le sol, ainsi que la propriété des constructions existantes. Les ouvrages à venir deviennent la propriété de l'acquéreur au fur et à mesure de leur exécution (...). Le vendeur conserve les pouvoirs de maître de l'ouvrage jusqu'à la réception des travaux* » (article 1601-3 du code civil).

Selon le statut juridique de l'établissement, le recours à la VEFA ne s'opère pas de la même manière.



### Etablissements publics :

Dans le cas d'une VEFA, le promoteur ne doit être lié à aucun cahier des charges émanant de la personne publique. Cette contrainte est imposée afin que la VEFA ne constitue pas pour les personnes publiques une manière de contourner les procédures imposées pour la maîtrise d'ouvrage publique. Cette dernière ne peut avoir recours à la VEFA qu'en qualité « d'acheteur » d'immeuble qui n'a pas été conçu en fonction de ses besoins propres. Le bien est sur le marché, et l'opportunité se présente pour l'établissement de l'acquérir. Une personne publique pourrait acquérir un bien en VEFA, qu'elle aménagera ensuite selon les procédures définies par le code des marchés publics.

Cependant le risque de requalification du montage juridique au regard des obligations liées à la mise en concurrence lors de marchés publics rend difficile le recours à la VEFA pour les établissements publics.

Ces derniers ont généralement recours à un bailleur qui va traiter avec un promoteur avec qui il réalisera une VEFA.

### Etablissements privés

Les établissements privés n'étant pas soumis aux règles des marchés publics ils peuvent avoir recours à la VEFA. Dès lors, ils traitent directement avec le promoteur et deviennent propriétaires de l'ouvrage à l'achèvement des travaux.

### Procédure de recours à la VEFA

La procédure s'établit ainsi :

- Le promoteur porte le financement de l'acquisition du terrain et du projet de construction, maîtrise seul la conception et la réalisation du projet. Il met en place une équipe projet composée d'experts qui élabore le projet dès la phase de conception.

Il peut faire appel à la technicité de l'entreprise générale :

- Afin de Réduire les risques techniques et économiques par association de la société de montage aux études de conception
- Et de permettre une véritable mise en compétition des offres par leur ingénierie.

- Le promoteur signe avec un bailleur ou un établissement (cas du privé) la vente en l'état futur d'achèvement ; et s'engage sur les délais et sur le coût de l'opération ;

Dans la convention entre les 2 parties, les points suivants doivent être stipulés :

- L'engagement par l'acheteur de payer de manière échelonnée en fonction de l'évolution des travaux (35% puis 70% puis 95% puis 100% à réception des travaux) ;
- L'engagement du promoteur de délivrer l'immeuble dans un délai d'exécution défini.
- A l'issue des travaux, le bailleur/l'établissement prend possession du bâtiment étant donné qu'il en est devenu propriétaire au fur et à mesure de ses paiements.

### Bail en l'état de futur achèvement (BEFA)

Ce dispositif n'est ni encadré législativement ni réglementairement. Il s'agit d'un contrat intégrant un bail commercial à une VEFA.



## Points d'attention

---

Le choix du mode de dévolution doit être motivé lors des études préalables en fonction des objectifs et contraintes de coûts, de délais et de financement.

Quelle que soit la procédure retenue,

- Le pilotage de l'opération d'investissement est primordial. Les compétences de maîtrise d'ouvrage dans les domaines techniques, juridiques et financiers doivent être suffisantes sur la durée de l'opération
- La réflexion en coût global dans les projets d'investissement doit être menée dès les études préalables.

Pour les établissements assujettis aux marchés publics, les procédures sont précisées par l'ordonnance du 23 juillet 2015, qui abroge le code des marchés publics et l'ordonnance du 6 juin 2005. Le décret du 25 mars 2016 précise les modalités d'application de l'ordonnance.

## Liens avec d'autres fiches

---

- Fiche n° 03 : Efficience d'un projet immobilier (paragraphe sur la maîtrise d'ouvrage)
- Fiche n° 07 : Guides et outils à disposition des établissements médico-sociaux
- Fiche n° 09 : Les modes de financement et l'impact sur le compte de résultat

## Pour aller plus loin

---

- La [loi n° 85-704 du 12 juillet 1985](#) relative à la maîtrise d'ouvrage publique et à ses rapports avec la maîtrise d'œuvre privée, dite loi MOP
- [L'ordonnance ,°2015-899 du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics](#)
- [Le décret n°2016-360 du 25 mars 2016 relatif aux marchés publics](#)
- Les partenariats public-privé des établissements de santé médico-sociaux (ANAP)