



Inspection générale des finances

N°2008-M-087-02

RAPPORT

SUR

LES MODALITES DE PARTENARIAT ENTRE L'ADMINISTRATION PENITENTIAIRE ET LE SECTEUR PRIVE

Établi par

Patrick BLANC
Inspecteur des finances

Caroline DAUDE
Inspecteur des finances

Orianne DUPRAT-BRIOU
Inspecteur des finances

Jérôme RIVOISY
Inspecteur des finances

Sous la supervision de
Noël de SAINT-PULGENT
Inspecteur général des finances

- Avril 2009-

SYNTHESE

L'externalisation des prestations non régaliennes de l'administration pénitentiaire recouvre trois domaines d'activité distincts : les services bâtimentaires (conception, construction, maintenance) ; les services à la personne (hôtellerie, transport, restauration, cantine) ; les fonctions spécifiques de formation professionnelle des détenus et du travail des détenus (ci-après travail).

Elle prend trois formes juridiques. La première date de 1987 (loi « Chalandon ») : par un marché public dit de gestion déléguée, le prestataire privé gère des prestations comme le travail et la maintenance. Vingt sept établissements pour majeurs sont concernés à ce jour. La deuxième est l'autorisation d'occupation temporaire (AOT), prévue par la loi du 9 septembre 2002 (sept établissements concernés), non traitée dans le présent rapport. La troisième, le contrat de partenariat, est prévue par l'ordonnance du 17 juin 2004 et a été appliquée en février 2008 à un lot de trois établissements. Son spectre d'intervention inclut à la fois la conception, la construction et le financement de l'ouvrage ainsi que les services mentionnés *supra*.

1. S'agissant du contrat de partenariat, l'organisation du ministère de la justice pour gérer cette procédure, complexe sur le plan juridique, est un atout. L'agence publique pour l'immobilier de la justice (APIJ), établissement public, négocie pour le compte du ministère en assurant la maîtrise d'ouvrage déléguée. Elle concentre une expertise reconnue des interlocuteurs rencontrés par la mission. **La mission propose donc des adaptations au dispositif actuel plutôt qu'une profonde évolution** – si l'on fait abstraction de la problématique du travail pénitentiaire traitée *infra* -.

Aucun retour d'expérience du contrat de partenariat ne peut être obtenu à ce jour, faute d'établissement en exploitation. La mission s'est donc attachée à identifier des propositions pour intéresser de nouveaux offreurs. Ces acteurs réalisent un chiffre d'affaires conséquent (plusieurs centaines de millions d'euros) et disposent d'une couverture nationale, sans atteindre celui des majors comme VINCI ou BOUYGUES. Il ne s'agit pas en revanche de PME, qui n'ont pas la surface technique et financière pour mener à bien ces projets.

La mission a identifié trois leviers d'action principaux : i) revoir le partage des risques actuel, trop déséquilibré et finalement coûteux pour l'Etat ; ii) restreindre le périmètre du contrat aux services bâtimentaires, qui génère des gains, ou alors n'élargir le périmètre qu'aux seuls services à la personne hors travail et formation professionnelle ; iii) réduire la taille des lots à un ou deux établissements au maximum, pour abaisser le risque financier pris par les entreprises moyennes.

2. La mission a comparé la performance de la gestion déléguée et de la gestion publique, i.e. la qualité et le coût des prestations réalisées. **La stratégie d'externalisation poursuivie par l'administration pénitentiaire est globalement confortée** – sauf sur le travail -, mais le manque de données fiables ne permet pas de conclure définitivement à une supériorité de la gestion déléguée.

Le coût de la prestation en gestion déléguée par journée de détention (JDD) est en moyenne moins élevé que celui de la gestion publique en 2007, mais plus élevé en 2008, tant au niveau national qu'au niveau de l'échantillon analysé par la mission. Ce résultat est cependant positif car la base de comparaison est défavorable à la gestion déléguée – qui comptabilise les amortissements, impôts et taxes, marge, frais de siège, etc. – contrairement à la gestion publique.

Ce bilan comparatif est cependant plus contrasté lorsqu'on analyse la performance sur chaque domaine d'activité (services bâtimentaires, services à la personne, travail).

a- S'agissant des services à la personne, le bilan est *en première analyse favorable* à la gestion déléguée, qui propose une prestation dont la qualité est garantie à un coût voisin, voire inférieur à celui de la gestion publique, en particulier sur la restauration.

Cependant, l'absence de suivi organisé de la qualité des prestations en gestion publique empêche de formuler un avis définitif, toute comparaison avec la gestion déléguée, qui fait quant à elle l'objet de contrôles réguliers, s'avérant impossible.

b- S'agissant des services bâtimentaires, la mission formule un **avis plus réservé sur la qualité de la prestation** de la gestion déléguée. L'Etat consacre davantage pour la maintenance en gestion publique qu'en gestion déléguée, principalement au titre de la maintenance « corrective » (réparations et investissements lourds).

Pourtant les audits menés par le bureau SOCOTEC à la demande de l'administration pénitentiaire ne font pas ressortir un avantage net de la gestion déléguée quant à l'état des bâtiments, alors que la récurrence du loyer autorise en théorie une maintenance « préventive » qui devrait garantir à l'Etat des bâtiments en meilleur état. Certes le coût estimé des travaux de remise en état est inférieur en gestion déléguée lorsqu'il est ramené au nombre de places. Mais cela doit plus au fait que les établissements ont une capacité supérieure à ceux en gestion publique qu'à l'efficience avérée des prestataires privés. Il y a donc, dans ce domaine, une **marge de progrès**.

c- S'agissant du travail pénitentiaire, la gestion déléguée emploie en 2008 plus de détenus (taux d'emploi de 14,10%) que la gestion publique en 2008 (11,90%). Mais cet avantage est à nuancer, et **la pertinence de l'externalisation de cette fonction est discutable**, dans un contexte défavorable :

- l'avantage de la gestion déléguée n'est pas systématique dans le temps et dans toutes les DISP et le taux de surpopulation plus important du parc classique peut biaiser l'analyse (l'offre de travail ne suit pas la hausse de la population donc diminue son taux d'emploi) ;
- il est difficile de relier les résultats enregistrés à une action décisive des prestataires qui ont peu de prise sur un environnement défavorable au travail pénitentiaire dont la faible valeur ajoutée le rend sensible aux délocalisations et à l'automatisation des process ;
- inclure la fonction travail dans le contrat de partenariat est coûteux (provision du risque sur 30 ans) et **dissuade les entreprises moyennes de se positionner** ;
- la fonction est peu attractive pour les prestataires actuels – pertes prévisibles et application des pénalités -, qui peuvent chercher à compenser ces surcoûts sur d'autres activités comme la maintenance.

Pour toutes ces raisons, la mission recommande d'exclure cette fonction – ainsi que la formation professionnelle – du périmètre du contrat de partenariat et, *a minima*, de revoir le mode de financement et les objectifs demandés aux prestataires sur cette fonction en gestion déléguée. De manière générale, le rôle de la régie industrielle des établissements pénitentiaires (RIEP) pourrait être repensé et professionnalisé pour développer le travail pénitentiaire, quel que soit le mode de gestion.

3. Au final, si **le bilan du recours aux partenaires privés n'est pas défavorable pour l'Etat, des marges d'amélioration existent cependant**, en particulier sur la maintenance. Ce constat pose la question du pilotage efficace des prestataires et du pilotage effectif des établissements en gestion publique. L'administration pénitentiaire a entrepris une **démarche positive de professionnalisation** de ce pilotage qui souffre cependant de deux lacunes : a) elle est orientée sur la gestion déléguée mais n'évalue pas la performance de la gestion publique, pourtant majoritaire ; b) elle est centrée sur la mise en œuvre du contrat plus que sur l'évaluation de la performance.

L'administration pénitentiaire doit donc définir la finalité du contrôle de gestion. Celui-ci, aujourd'hui orienté sur la production de données d'activités, doit être tourné vers l'analyse de l'efficience et placé en amont et en appui de la décision. La comparaison avec la gestion déléguée montre en effet que des marges d'économie peuvent être exploitées en gestion publique.

SOMMAIRE

INTRODUCTION.....	1
I. PRIORITE DE L'ADMINISTRATION PENITENTIAIRE, LE PILOTAGE DES PRESTATAIRES PRIVES SE PROFESSIONNALISE POUR ACCOMPAGNER L'EXTERNALISATION CROISSANTE DES FONCTIONS NON REGALIENNES DES ETABLISSEMENTS PENITENTIAIRES.....	3
A. LA DEPENSE BUDGETAIRE DE FONCTIONNEMENT CONSACREE AU PAIEMENT DES LOYERS DES PRESTATAIRES PRIVES AUGMENTE AVEC L'EXTERNALISATION CROISSANTE DE LA GESTION DU PARC PENITENTIAIRE	3
1. <i>En 2012, 45% des places de détention seront gérées par un prestataire privé, avec un spectre d'activités croissant selon les modalités de gestion choisies</i>	3
2. <i>La part des dépenses de fonctionnement de l'administration pénitentiaire consacrée aux loyers versés aux prestataires privés va logiquement augmenter d'ici 2012.....</i>	3
3. <i>La hausse des loyers est corrélée à celle du nombre de personnes détenues.....</i>	4
B. L'ADMINISTRATION PENITENTIAIRE A IMPULSE DEPUIS FIN 2006 UNE REORGANISATION POSITIVE DU PILOTAGE DES PRESTATAIRES PRIVES, MAIS CE PILOTAGE PEUT ETRE ENCORE AMELIORE ET DOIT SURTOUT ETRE APPLIQUE AUX ETABLISSEMENTS EN GESTION PUBLIQUE.....	5
1. <i>Le pilotage des prestataires de la gestion déléguée s'est professionnalisé fin 2006 avec la mise en place d'une unité spécialisée dans le suivi des contrats.....</i>	5
2. <i>Cette organisation, centrée sur la mise en œuvre contractuelle, ne porte pas de regard particulier sur l'efficacité de la gestion déléguée tandis que la gestion publique ne fait pas l'objet d'un suivi organisé.....</i>	6
3. <i>Les outils de suivi des prestataires doivent conserver une finalité opérationnelle, ce qui n'est pas le cas du dispositif élaboré dans le cadre du contrat de partenariat</i>	8
II. LA GESTION DELEGUEE PRESENTE UN RAPPORT QUALITE-PRIX SATISFAISANT SAUF SUR LA MAINTENANCE, OU LES ETABLISSEMENTS NE SONT PAS NECESSAIREMENT MIEUX PRESERVES QU'EN GESTION PUBLIQUE	10
A. MALGRE UNE BASE DE COMPARAISON DEFAVORABLE, LA GESTION DELEGUEE PRESENTE DES COUTS PROCHES DE CEUX DE LA GESTION PUBLIQUE	11
1. <i>Le coût de la gestion déléguée avoisine celui de la gestion publique en tendance et sa hausse entre 2007 et 2008 s'explique par un niveau d'investissement élevé en 2008.....</i>	11
2. <i>En gestion déléguée, les économies générées sur la masse salariale et l'investissement compensent en partie le surcoût sur les frais de fonctionnement.....</i>	13
3. <i>L'analyse sur échantillon confirme la proximité du coût des deux modes de gestion.....</i>	13
B. LE PATRIMOINE IMMOBILIER N'EST PAS EN MEILLEUR ETAT QU'EN GESTION PUBLIQUE, DU FAIT DE LA QUALITE RELATIVEMENT MEDIOCRE DE LA PRESTATION DES OPERATEURS PRIVES.....	14
1. <i>Les obligations du prestataire en matière de maintenance sont peu précises.....</i>	14
2. <i>La qualité de prestation de la gestion déléguée est perfectible voire médiocre pour certains établissements.....</i>	15
C. LE CONTROLE INSUFFISANT DE L'ADMINISTRATION PENITENTIAIRE EST EN PARTIE RESPONSABLE DE LA PERFORMANCE INSUFFISANTE SUR LE PATRIMOINE PENITENTIAIRE	16
1. <i>Le contentieux lié aux désordres de construction, coûteux pour l'administration pénitentiaire, pèse sur la maintenance effective des bâtiments</i>	16
2. <i>Le suivi des engagements contractuels des prestataires est resté lacunaire alors que l'administration pénitentiaire aurait pu en retirer des économies.....</i>	17
D. LE RAPPORT QUALITE-PRIX EST BON DANS L'ENSEMBLE S'AGISSANT DES AUTRES FONCTIONS DELEGUEES, MAIS L'ACTIVITE SE DEGRADE POUR LE TRAVAIL CE QUI DEVRAIT CONDUIRE A REVOIR LE CONTENU DE CETTE PRESTATION.....	17
1. <i>L'avantage de la gestion déléguée sur le travail pénitentiaire est à nuancer</i>	17
2. <i>Le « Plan Entreprendre » vise à contrer la baisse structurelle d'activité constatée sur le travail, cette fonction s'avérant en outre déficitaire depuis au moins 2007 pour les prestataires, malgré les investissements consentis par certains</i>	18
3. <i>Ces difficultés structurelles et les évolutions permises par le projet de loi pénitentiaire pourraient conduire à redéfinir la relation avec les prestataires</i>	19
4. <i>S'agissant des autres fonctions, en particulier la restauration, le rapport qualité-prix est plus favorable à la gestion déléguée, qui bénéficie de coûts salariaux plus faibles</i>	21

III. DANS L'ENSEMBLE MAITRISEE, LA PROCEDURE DE CONTRAT DE PARTENARIAT POURRAIT ETRE ADAPTEE SUR LES STIPULATIONS CONSTITUANT DES BARRIERES A L'ENTREE.....	22
A. L'ADMINISTRATION PENITENTIAIRE A UTILISE LA FORMULE DU CONTRAT DE PARTENARIAT POUR UN LOT DE TROIS ETABLISSEMENTS PENITENTIAIRES	22
B. VIA L'APIJ, LE MINISTERE DE LA JUSTICE SE DOTE D'UNE REELLE EXPERTISE DANS LA NEGOCIATION DE CONTRATS COMPLEXES	23
1. L'APIJ, en centralisant l'ensemble des procédures du ministère de la justice, dispose d'une expertise reconnue face à des partenaires privés rompus à ces procédures.....	23
2. Le contrat de partenariat doit permettre d'engranger des gains significatifs liés à l'intégration des services bâtimentaires.....	24
3. Le dialogue compétitif a permis d'objectiver le niveau de performance attendu.....	24
4. Le contrat de partenariat a permis un accès important aux PME dans le cadre de la sous-traitance.....	24
C. LA PROCEDURE SUIVIE N'A CEPENDANT PAS ETE SUFFISAMMENT ADAPTEE AUX SPECIFICITES DU PROJET EN CONTRAT DE PARTENARIAT	25
1. Le travail d'évaluation préalable a été mené sur la base d'hypothèses de coûts « standard » assez éloignées des coûts du projet réel	25
2. L'association avec l'APIJ peut encore être renforcée pour que le projet reflète bien les besoins réels de l'administration pénitentiaire	27
D. PLUSIEURS STIPULATIONS DU CONTRAT SE REVELENT DES BARRIERES A L'ENTREE DE NOUVEAUX COMPETITEURS ET PEUVENT S' AVERER COUTEUSES POUR L'ETAT.....	28
1. Le périmètre large du contrat de partenariat ne génère pas de gain et la taille des lots empêchent les entreprises moyennes de concurrencer les « majors ».....	28
2. Le partage des risques et les exigences financières imposées au partenaire sont coûteux pour l'Etat et dissuadent les entreprises moyennes de concourir.....	29
3. La procédure s'avère longue, coûteuse et mal indemnisée pour des entreprises moyennes	30
IV. LES PROPOSITIONS DE LA MISSION	30
A. L'ADMINISTRATION PENITENTIAIRE DEVRAIT DEFINIR LA FINALITE DU CONTROLE DE GESTION POUR LE PILOTAGE DES ETABLISSEMENTS PENITENTIAIRES ET DES PRESTATAIRES.....	30
1. Le maintien d'un bureau transversal de contrôle de gestion en administration centrale est cohérent sous réserve de définir son rôle dans le processus de décision et d'en faire un animateur du réseau déconcentré.....	30
2. Les rôles des échelons déconcentrés doivent être précisés et la professionnalisation de la fonction « achats » doit être poursuivie	31
B. MESURER L'EFFICIENCE RESPECTIVE DES DEUX MODES DE GESTION REQUIERT UNE CONVERGENCE DES REFERENTIELS DE COMPTABILITE ANALYTIQUE.....	32
1. L'administration pénitentiaire doit définir une méthode de comptabilité analytique commune à la gestion publique et à la gestion déléguée et l'intégrer au futur renouvellement du marché de gestion déléguée	32
2. Une grille d'analyse commune pourrait faciliter l'analyse de la performance des deux modes de gestion	34
C. LA REVISION DU PERIMETRE DES SERVICES, DE LA TAILLE DES LOTS ET DU PARTAGE DES RISQUES POURRAIT PERMETTRE AUX ENTREPRISES NATIONALES « MOYENNES » DE MIEUX SE POSITIONNER SUR LES FUTURS CONTRATS DE PARTENARIAT	36
1. Borner le périmètre aux services bâtimentaires et diminuer la taille des lots pourraient accroître la concurrence sur les futures procédures de contrat de partenariat menées par l'APIJ.....	37
2. Le niveau des exigences bancaires, la répartition des risques voire le montant des indemnités doivent être révisés pour favoriser l'accès des compétiteurs.....	37
D. UN TRAITEMENT PARTICULIER EST NECESSAIRE SUR LES FONCTIONS TRAVAIL ET FORMATION PROFESSIONNELLE, COMPTE TENU DE LEURS SPECIFICITES ET DE L'EVOLUTION ATTENDUE DU CADRE LEGISLATIF.....	40
1. Confier les fonctions travail et formation professionnelle à d'autres acteurs pourrait être envisagé.....	40
2. A minima, les conditions d'exécution de la prestation travail doivent être revues à l'occasion du futur marché de gestion déléguée.....	41

INTRODUCTION

Par lettre de mission du 15 janvier 2009, le ministre de l'économie, de l'industrie et de l'emploi, le ministre du budget, des comptes publics et de la fonction publique et le garde des sceaux, ministre de la justice, ont saisi l'Inspection générale des finances (IGF) d'une mission d'évaluation de la gestion par le secteur privé de certaines prestations dans les établissements pénitentiaires.

Dans le cadre de ses investigations, la mission a rencontré des acteurs professionnels du secteur de la construction ou de la maintenance, ayant pour certains répondu aux appels d'offres du ministère de la justice. Elle s'est rendue dans le ressort de quatre directions interrégionales des services pénitentiaires (DISP) : celles de Lille, Est-Strasbourg, Centre-Est Dijon et Provence-Alpes Côte d'Azur-Corse. Elle a également visité les établissements de Maubeuge, Lille-Séquedin, Laon, Strasbourg, Châteaudun, Saint Maur et Aix-Luynes.

L'analyse de la performance économique des prestataires privés des marchés dits de gestion déléguée, comparée à la gestion publique, est au cœur de la demande faite à l'IGF. Les données de la comptabilité analytique tiennent donc une place centrale dans l'analyse faite dans le présent rapport. **La mission tient à souligner les limites des résultats obtenus compte tenu de la fragilité des données disponibles et de leurs insuffisances :**

- il n'existe aucun outil de suivi analytique commun aux deux modes de gestion, ce qui ne permet pas de comparer le coût par fonction (maintenance, restauration, etc.). Le référentiel par activité développé sous GEWEB, application informatique suivant la consommation des crédits du titre 3, prévoit bien une ventilation analytique de la dépense à partir de 2009 mais sans cohérence avec celle en vigueur pour la gestion déléguée ;
- la ventilation des comptabilités analytiques n'est pas homogène entre les prestataires, empêchant ainsi toute comparaison directe entre eux ;
- le recul historique permettant de conforter l'appréciation sur l'efficacité de tel ou tel mode de gestion n'est pas possible. L'application GEWEB n'a pas fonctionné en 2006 et n'a été fiabilisée qu'en 2008. De fait, la mission a pu constater la forte variation du titre 3 entre 2007 et 2008 pour les DISP et établissements visités ;
- l'appréciation de la performance sur la fonction maintenance, pourtant centrale, s'avère délicate. Sur le plan budgétaire, les crédits consacrés à la maintenance ne sont pas isolés ; il n'existe pas de typologie commune entre gestion déléguée et gestion publique. Sur le plan patrimonial, la méthode de valorisation choisie par l'administration pénitentiaire sous-estime les montants de travaux et seuls les audits réalisés permettent d'apprécier la qualité respective de la gestion déléguée et de la gestion publique.

Le présent rapport est organisé en quatre parties. La première analyse la réforme du pilotage des prestataires de la gestion déléguée, dans un contexte de recours croissant à l'externalisation de la gestion des établissements pénitentiaires. La deuxième compare la performance – avec les limites décrites *supra* – des deux modes de gestion, gestion déléguée et gestion publique, en mettant l'accent sur deux fonctions centrales : la maintenance et le travail pénitentiaire. La troisième partie analyse les stipulations du contrat de partenariat conclu en février 2008 par le ministère de la justice pour en faire évoluer les modalités afin de conserver ou de stimuler une offre concurrentielle. Enfin, la quatrième partie formule des pistes d'évolution.

L'administration pénitentiaire recourt depuis 1987 à des prestataires extérieurs en vue d'assurer l'exécution de fonctions non régaliennes (à l'exclusion donc des fonctions de direction, de greffe et de surveillance) au sein des établissements pénitentiaires. Cette intervention **s'est effectuée en trois phases successives, qui ont vu le spectre des fonctions dévolues aux partenaires privés s'étendre progressivement**, en particulier pour le programme de construction de places dit « 13 200 » lancé en 2002 et en phase de réalisation :

- l'article 2 de la loi n°87-432 du 22 juin 1987 a autorisé la délégation au secteur privé des fonctions non régaliennes, au moyen de marchés publics dits multiservices. Il s'agit de la maintenance des bâtiments et des services à la personne : restauration, hôtellerie, travail, etc. 27 établissements pour majeurs sont à ce jour en gestion déléguée (marché 2002-2009), construits dans le cadre des programmes « 13 000 »¹ (livrés entre 1989 et 1992) et « 4 000 » (livrés entre 2000 et 2005), auxquels s'ajoutent sept établissements pour mineurs (EPM) et quatre établissements pour majeurs du programme « 13 200 » (lancé en 2002), dont deux déjà livrés (Mont-de-Marsan et la Réunion). Trois prestataires, SIGES, GEPSA, IDEX, se partagent à ce jour ce marché ;
- la loi d'orientation et de programmation pour la justice (LOPJ) du 9 septembre 2002, couvrant la période 2002-2007, a étendu au domaine de la justice la possibilité de recourir à la procédure dite d'autorisation d'occupation temporaire-location avec option d'achat (AOT-LOA), introduite par la loi d'orientation et de programmation pour la sécurité intérieure (LOPSI) du 29 août 2002. Sept établissements sont en cours de construction *via* cette formule juridique de bail qui ne couvre que les services dits bâtimentaires ;
- l'ordonnance n°2004-559 du 17 juin 2004 met en place la formule juridique du contrat de partenariat. Ce contrat permet de confier à une entreprise privée un contrat global comprenant à la fois la conception/construction, le financement de l'établissement, ainsi que les prestations de services à la personne. Trois établissements seront construits selon cette formule d'ici à 2012.

Trois modalités de délégation à un prestataire privé cohabitent donc aujourd'hui. Les deux dernières formules sont des contrats administratifs de longue durée (27 à 30 ans). Leur spectre d'intervention est également différent, le contrat de partenariat couvrant la quasi-totalité des fonctions non régaliennes.

Tableau 1 : Périmètre d'intervention des différentes générations de marchés

	Conception	Construction	Financement	Entretien- maintenance	Restauration	Hôtellerie- Buanderie	Mess des personnels	Cantine	Accueil des familles	Transport	Travail	Formation
Contrat de partenariat	X	X	X	X	X	X	X	X	X	X	X	X
AOT-LOA	X	X	X	X	Marché public de gestion déléguée							
Commande publique	X	X	Gestion publique ou marché public de gestion déléguée									

Source : Administration pénitentiaire.

¹ Les quatre établissements, conservés en gestion publique, construits lors du programme « 13 000 » lancé en 1987 seront transférés en gestion déléguée à partir du renouvellement de marché intervenant fin 2009 (Laon, Arles, Châteauroux, St-Quentin Fallavier). Le nouveau marché de gestion déléguée qui sera exécuté à partir de 2010, dit « MGD-04 », concernera au total 50 établissements hors AOT-LOA et contrat de partenariat.

I. PRIORITE DE L'ADMINISTRATION PENITENTIAIRE, LE PILOTAGE DES PRESTATAIRES PRIVES SE PROFESSIONNALISE POUR ACCOMPAGNER L'EXTERNALISATION CROISSANTE DES FONCTIONS NON REGALIENNES DES ETABLISSEMENTS PENITENTIAIRES

A. La dépense budgétaire de fonctionnement consacrée au paiement des loyers des prestataires privés augmente avec l'externalisation croissante de la gestion du parc pénitentiaire

1. En 2012, 45% des places de détention seront gérées par un prestataire privé, avec un spectre d'activités croissant selon les modalités de gestion choisies

Au 31 décembre 2008, ce sont 27 établissements pénitentiaires pour majeurs et 7 établissements pour mineurs (EPM) qui fonctionnent en gestion déléguée, soit 31,5% du nombre total de places (15 997 places) et 27,2% des détenus. Au 31 décembre 2012, date prévue d'achèvement du programme « 13 200 », 45% des places seront situées dans des établissements gérés par des prestataires privés, en incluant tous les modes de gestion énumérés plus haut. La part du secteur privé dans le nombre d'établissements restera minoritaire, mais augmentera de 17% à 30%. En outre la gamme de services assurée sera plus étendue pour le programme « 13 200 » (cf. annexe I, au I.A.).

Tableau 2 : Evolution prévue entre 2008 et 2012 du nombre d'établissements et de places gérés par un prestataire privé

Mode de gestion privée	Programme de construction	Nb de places 2008	Nb établissements 2008	Nb de places 2012	Nb établissements 2012
Gestion déléguée	13 000	11 630	21	22 310	30
	4 000	3 847	6		6
	13 200 (dont EPM) *	420	7		14
AOT-LOA	13 200	0	0	4 469	7
contrat de partenariat	13 200	0	0	2 076	3
Total gestion privée	-	15 897	34	28 855	60
Total places / nb EP		50 806	201	63 810	200
Part dans le total du parc en %	-	31%	17%	45%	30%

Source : Statistique mensuelle de la population écrouée et détenue en France au 1^{er} juillet 2008 et administration pénitentiaire. Calculs de la mission. * Sont inclus les sept établissements pour mineurs (EPM) déjà livrés en 2008.

L'importance du recours au secteur privé varie selon la nature des établissements pénitentiaires. D'ici à 2012, à l'achèvement du programme « 13 200 », 12,2% des maisons d'arrêt seulement, mais 44,8% des centres de détention et 56,1% des centres pénitentiaires² seront gérées par un prestataire privé (cf. annexe I, au I.A.).

2. La part des dépenses de fonctionnement de l'administration pénitentiaire consacrée aux loyers versés aux prestataires privés va logiquement augmenter d'ici 2012

Les crédits de paiement consacrés au versement des loyers des prestataires privés sont recensés dans l'action n°1 (pour les établissements en cours de construction en AOT-LOA ou en contrat de partenariat) et l'action n°2 (gestion déléguée) du programme 107 dont le responsable de programme est le directeur de l'administration pénitentiaire (cf. également annexe I, au I.B.).

² Les maisons d'arrêt accueillent les prévenus et les condamnés au reliquat de peine inférieur à 1 an, les centres de détention les condamnés présentant des perspectives favorables de réinsertion ; les centres pénitentiaires comprennent au moins deux quartiers à régime différent, par exemple maison d'arrêt et centre de détention.

Les crédits de paiement consacrés à ces deux actions augmentent de 3,7% entre 2008 et 2009, pour atteindre 2 101 M€ (sur un budget total du programme 107 de 2 467 M€ en 2009).

Tableau 3 : Crédits de paiement des actions n°1 et n°2 du programme 107 en 2008 et 2009

En €	Titre 2	Titre 3	Titre 5	Titre 6	FDP-ADP	Total
Total 2009	1 437 241 473	355 694 631	228 628 975	79 724 000	350 000	2 101 639 079
Total 2008	1 358 683 999	305 240 489	287 559 831	75 105 051	414 000	2 027 003 370
Evolution en %	5,8%	16,5%	-20,5%	6,1%	-15,5%	3,7%

Source : Direction de l'administration pénitentiaire et PLF 2009.

La croissance du titre 3 s'explique par la hausse de 60% des loyers versés aux prestataires entre 2008 et 2009. Cette hausse s'explique notamment par la mise en place des crédits destinés à accompagner l'ouverture des nouveaux établissements du programme « 13 200 », par la réévaluation de +3% des crédits consacrés à la gestion déléguée et par l'intégration des frais de déplacement des personnels dans ces établissements³.

Tableau 4 : Part des loyers versés aux prestataires dans le titre 3 du programme 107

Part du titre 3 consacrée au loyer en €	2008	2009	2012
Loyer gestion déléguée 13 000 et 4 000	143 813 600	156 430 000	Nc
Loyer gestion déléguée 13 200 crédits d'ouverture	Nc	14 100 000	Nc
Loyer gestion déléguée 13 200 établissements pour mineurs	6 611 922	8 750 000	Nc
Loyer gestion déléguée 13 200 nouveaux marchés	0	41 130 000	Nc
Loyer AOT-LOA	0	20 264 000	60 660 000
Loyer contrat de partenariat	0	0	54 948 000
Total loyers prestataires privés	150 425 522	240 674 000	-
Total titre 3	305 240 489	355 694 631	-
Part loyers sur total titre 3	49,3%	67,7%	-

Source : PLF 2009, Mission gestion déléguée.

La part de la dépense en titre 3 consacrée à la gestion externalisée augmente entre 2008 (49,3%) et 2009 (67,7%), et va encore s'accroître d'ici à 2012 avec la mise en service des établissements construits en contrat de partenariat ou en AOT-LOA, ainsi qu'avec le transfert en gestion déléguée d'établissements anciennement en gestion publique⁴.

3. La hausse des loyers est corrélée à celle du nombre de personnes détenues

Le tableau *infra* retrace l'évolution des loyers versés aux gestionnaires délégués des établissements des programmes 13 000 et 4 000 entre 2002 et 2008 (cf. annexe I, au I.B.). **Sur la période 2002-2008, le montant global du loyer versé augmente de 69,2%** (passant de 85,02 M€ à 143,81 M€).

Tableau 5 : Evolution des loyers versés au titre de la gestion déléguée entre 2002 et 2008 au titre des programmes « 13 000 » et « 4 000 » (en k€)

	2002	2003	2004	2005	2006	2007	2008	Total
Total	85 024,0	103 908,5	113 824,7	126 196,0	132 941,1	138 504,3	143 813,6	844 212,2
Evolution annuelle (%)	-	22,2%	9,5%	10,9%	5,3%	4,2%	3,8%	-

Source : Direction de l'administration pénitentiaire. Mission gestion déléguée. Calculs de la mission.

³ Cf. note n°080566 du 1^{er} décembre 2008 de la direction de l'administration pénitentiaire. Cette réévaluation en base a été obtenue auprès de la direction du budget afin que l'indexation de ces contrats ne soit plus financée par redéploiement de crédits de titre 3 initialement destinés aux établissements en gestion publique.

⁴ L'administration pénitentiaire prévoit ainsi une enveloppe en AE de 1 441,38 M€ au titre du renouvellement du marché de gestion déléguée (source PLF 2009) qui s'échelonnait sur une durée maximale de huit ans. Le nombre d'établissements en gestion déléguée passera en effet de 34 (dont les 7 EPM) à 50 dans le futur marché « MGD-04 » et avec l'outre-mer.

Cela s'explique par l'application du coefficient de révision des prix prévu au contrat. Cet indice composite, fondé sur des agrégats (énergie, coût main d'œuvre, etc.) différents des fonctions retenues au contrat (restauration, transport, hôtellerie, etc.), ne permet pas de savoir quelle fonction a connu la plus forte inflation. En outre la pondération de ces indices a été fixée initialement alors qu'elle peut ne plus correspondre à l'évolution réelle des coûts⁵.

Le montant du loyer progresse surtout sous **l'effet volume lié à l'augmentation du nombre de détenus**. L'effet volume a plusieurs explications⁶ :

- le nombre de journées de détention facturées (JDF) augmente de +63,3% sur la période 2002-2008 tant en raison de l'ouverture d'établissements du programme 4 000 que de la croissance du nombre de détenus sur le parc du programme 13 000 ;
- au-delà d'un taux de suroccupation fixé à 120%, la rémunération du prestataire privé est augmentée pour tenir compte des charges supplémentaires induites (cf. art. 39 du cahier des clauses administratives particulières – CCAP -). Les établissements en gestion déléguée sont cependant en moyenne moins suroccupés que ceux en gestion publique : au 1^{er} juillet 2008, la gestion déléguée totalisait 31% des places mais 28% des détenus.

L'effet des avenants est en revanche négligeable puisque leur montant est inférieur à 2% du montant total du marché.

Tableau 6 : Taux de croissance annuels moyens (TCAM) des loyers versés, de l'indice de révision des prix et du nombre de journées de détention facturées (programmes « 13 000 » et « 4 000 »)

Période 2002-2008	TCAM des loyers	TCAM du coefficient de révision prévu au contrat *	TCAM journées de détention facturées **
Etablissements du programme « 13 000 » et « 4 000 »	9,2%	2,32%	8,5%

*Source : Direction de l'administration pénitentiaire – Mission gestion déléguée – calculs de la mission. * Les prix du marché sont révisables mensuellement par application d'une formule faisant jouer plusieurs indices reflétant l'évolution des prix des énergies, du coût de la main d'œuvre, etc. (art. 41 du CCAP). ** Le paiement comprend une part fixe et une part variable, celle-ci étant calculée selon les journées de détention (JDD) effectuées dans l'établissement (art 44), appelées « journées de détention facturées » (JDF). Les JDF sont obtenues en retranchant du nombre total de JDD du mois constaté par le greffe les hospitalisations, les chantiers extérieurs, les permissions de sortie, les semi-libertés et les placements sous surveillance électronique.*

B. L'administration pénitentiaire a impulsé depuis fin 2006 une réorganisation positive du pilotage des prestataires privés, mais ce pilotage peut être encore amélioré et doit surtout être appliqué aux établissements en gestion publique

1. Le pilotage des prestataires de la gestion déléguée s'est professionnalisé fin 2006 avec la mise en place d'une unité spécialisée dans le suivi des contrats

a) La mission gestion déléguée a permis de structurer le dialogue avec les prestataires privés et avec les échelons déconcentrés de l'administration pénitentiaire

La mission gestion déléguée (MGD) est une création récente puisqu'elle a été mise en place à partir de décembre 2006 et a déployé son activité progressivement à mesure que ses effectifs s'étoffaient (cf. annexe I, au II.B.).

⁵ La Cour des comptes signalait déjà cette situation dans son rapport 2006 « Garde et réinsertion : la gestion des prisons ».

⁶ L'impact sur la facturation n'est pas proportionnel à l'évolution du nombre de JDF car le paiement est décomposé en une partie fixe, indépendante de la population détenue, et une partie variable qui est comprise entre 60% et 75% du montant du loyer (le niveau de cette partie variable est différent selon les prestataires).

Chargée de superviser l'exécution des actuels marchés de gestion déléguée, d'organiser la passation des nouveaux marchés et d'assurer l'animation et la formation du réseau, la **MGD s'est imposée comme un interlocuteur reconnu**. Sa création s'est traduite par une impulsion nouvelle dans l'animation du suivi de la gestion déléguée au travers de réunions régulières et du développement d'outils de suivi de l'activité (cf. *infra*). Avec le nouveau rôle confié aux directions interrégionales des services pénitentiaires (DISP) par la LOLF (les DISP sont responsables du BOP interrégional), l'administration pénitentiaire a souhaité renforcer leur action en matière de suivi de la gestion déléguée. Les unités de suivi de la gestion déléguée (UGD) ont été instituées pour assurer un relais entre la MGD et les attachés des établissements chargés de la relation quotidienne avec les prestataires.

b) Les nouveaux outils mis en œuvre depuis 2008 permettent d'organiser un dialogue plus structuré et « objectif » avec les professionnels

La MGD a défini des outils normés et homogènes d'une DISP à l'autre pour faciliter la lecture et la comparaison des données. Ces outils sont de création récente (2008) et, pour certains d'entre eux, encore non stabilisés (cf. *infra*). Parmi les principaux outils mis en place figurent :

- la « grille » d'indicateurs de la gestion déléguée : 39 indicateurs déclinés sur 8 activités (restauration, transport, etc.) renseignés par les attachés d'établissement et transmis à la MGD via les UGD. De ces indicateurs résulte une synthèse mensuelle réalisée par la MGD, la « loupe », appréciée des différents échelons locaux pour sa lisibilité ;
- le rapport mensuel d'activité (RMA) renseigné chaque mois par le prestataire et devant servir de support au dialogue de gestion régulier avec l'établissement.

2. Cette organisation, centrée sur la mise en œuvre contractuelle, ne porte pas de regard particulier sur l'efficience de la gestion déléguée tandis que la gestion publique ne fait pas l'objet d'un suivi organisé

Le suivi des prestataires est partagé entre la MGD pour l'aspect contractuel et le bureau SD5 de l'administration centrale, en charge de l'évaluation, des achats et du contrôle de gestion pour l'ensemble des établissements pénitentiaires, quel que soit leur mode de gestion. **Les constats *infra* montrent cependant les déficiences actuelles du bureau SD5, principalement faute d'une conception claire du rôle et de l'utilité du contrôle de gestion pour le pilotage des établissements publics ou « privés » :**

- les travaux réalisés sont de portée limitée faute de méthodologie claire (cf. annexe I, au II.B), et **la finalité et l'usage fait de ces analyses des coûts pour le pilotage des moyens des établissements n'apparaissent pas clairement** ;
- la MGD est privée d'un outil consolidé d'analyse des coûts des prestataires dont elle aurait meilleur usage dans sa relation avec les prestataires ;
- l'animation du réseau déconcentré est réduite et la diffusion d'informations limitée.

a) La comparaison des coûts de la gestion déléguée et de la gestion publique est délicate faute d'outil fiable

Il n'existe pas d'outil commun permettant d'apprécier la performance de chacun des deux modes de gestion. Les crédits des titres 2, 3 et 5 sont suivis par des bureaux différents et sur des applications différentes, pour certaines d'une fiabilité relative, ce qui rend difficile tout exercice d'agrégation⁷.

S'agissant de la gestion déléguée, l'administration pénitentiaire n'a pas défini de « modèle » d'imputation des coûts commun aux trois prestataires, qui utilisent donc des méthodes différentes, rendant difficile toute comparaison soit entre eux, soit avec la gestion publique (cf. *infra* au III.). Les ratios de coût produits par l'administration pénitentiaire notamment pour la loi de finances trahissent ces incertitudes méthodologiques et s'avèrent peu exploitables.

Tableau 7 : Ratios de coût JDD sur la gestion déléguée produits par l'administration pénitentiaire

En 2007 en €	Coût direct partiel moyen*	Coût comparé moyen **	Coût complet moyen ***	Coût global moyen ****
Coût JDD	68,49	43,8	64,59	68,49

Source : Administration pénitentiaire, bureau SD5. * Le coût direct partiel inclut le titre 3 (budget de l'établissement + loyer versé au délégataire), le titre 2 et les frais de santé. ** Coûts moyen calculé en additionnant le titre 3 hors loyer versé au délégataire (soit la majeure partie du titre 3) au titre 2, divisé par le nombre de JDD. *** Le coût complet inclut le titre 2, le titre 3 (dont le loyer versé au délégataire), mais pas les crédits de maintenance du titre 5 ni les charges indirectes nées des frais des DISP. **** Malgré un nom différent, le coût global du marché reprend les mêmes éléments que le coût direct partiel moyen calculé par l'administration pénitentiaire.

La comparaison entre gestion déléguée et gestion publique est en outre difficile faute de référentiel commun. Un référentiel analytique des dépenses vient d'être mis en place dans GEWEB, applicable en 2009 aux établissements en gestion publique. Toutefois, la ventilation entre 17 fonctions figurant dans ce référentiel ne correspond pas à la ventilation par fonction demandée aux prestataires privés (cantine, travail, maintenance, transport, restauration, etc.). Elle ne couvre de plus que le titre 3.

b) La MGD et les UGD - dont le positionnement est encore flou - sont focalisées sur le suivi du contrat et n'analysent pas l'efficacité de la gestion déléguée

La MGD n'est pas chargée d'analyser l'efficacité des prestations mais de vérifier le respect par les prestataires de leurs obligations contractuelles. En outre, le rôle des UGD est encore flou – faute de lettre de mission donnée à leurs responsables et de fiche de poste –.

Les outils développés (« grille », RMA) sont très descriptifs de l'activité, parfois très détaillés (39 indicateurs pour la « grille ») et encore insuffisamment uniformisés. Le RMA repose sur l'autocontrôle du prestataire et l'absence d'interface avec le système d'information du gestionnaire délégué empêche de vérifier la fiabilité des données transmises. La nouvelle version du RMA est également critiquée pour son contenu peu adapté aux besoins des établissements (cf. annexe I, au II.B.). Aucune donnée d'efficacité (coût) n'est renseignée.

Enfin, les interlocuteurs rencontrés par la mission ont unanimement insisté sur un besoin de formation des attachés des établissements (dont la plupart ne peuvent pas se consacrer au suivi exclusif du prestataire dans la mesure où la gestion administrative de l'établissement requiert beaucoup de leur temps) et des responsables d'UGD, particulièrement dans le domaine juridique, pour assurer un suivi plus fin de l'exécution du contrat.

⁷ Les crédits de titre 3 sont suivis dans l'application GEWEB, fiabilisée en 2008 après un démarrage difficile en 2006, les crédits de titre 2 dans POEMS et les crédits de titre 5 sur un tableur Excel.

c) Le suivi des établissements en gestion publique est limité et n'est pas orienté sur l'efficience

Faute d'une réflexion sur la finalité du contrôle de gestion, aucune démarche coordonnée n'est organisée, animée et mise en œuvre au niveau national pour suivre l'efficience des établissements en gestion publique et la comparer avec la gestion déléguée. Pour certains des interlocuteurs rencontrés par la mission, les réactions des détenus constituent un bon moyen d'alerte (rendant inutile un système « équivalent » à celui de la gestion déléguée). Le bureau SD5 et les services d'audit interne (SAI) responsables du contrôle de gestion au niveau des DISP sont accaparés par la production de données d'activité pour le compte des directions métiers.

La gestion des établissements du parc classique est budgétaire, d'ailleurs non consolidée (pas de budget global regroupant titres 2, 3, 5 par établissement), et marquée par une logique de reconduction des budgets *via* un déblocage en fin d'année (le « dégel » budgétaire). Cette gestion n'incite guère les responsables d'établissement à optimiser leur gestion et les amène au contraire à dépenser rapidement en fin d'année la dotation complémentaire. Sauf initiative ponctuelle émanant des DISP⁸, le suivi des « coûts » est centré sur celui de la bonne exécution budgétaire.

Enfin, **l'animation nationale des SAI des DISP est pour le moment fort limitée.** La diffusion de données vers les DISP est tournée vers l'activité⁹. L'information sur l'efficience par le bureau SD5 reste ponctuelle¹⁰ alors que lorsqu'elle existe, elle peut être mise à profit par certaines DISP et certains établissements (DISP de Strasbourg, maison centrale de Saint-Maur) pour optimiser leurs achats en les régionalisant. Cette pratique de « régionalisation » (au niveau DISP) des achats se développe, pour pouvoir bénéficier d'économies d'échelles, en professionnalisant la fonction achats.

La direction de l'administration pénitentiaire a pris conscience de ces limites et a renforcé le bureau SD5 d'un pôle contrôle de gestion chargé notamment de « *l'animation et du pilotage d'un réseau de contrôleurs de gestion au sein des services déconcentrés, l'identification et la diffusion des bonnes pratiques à l'initiative des services déconcentrés et/ou des services de l'administration centrale (...)* »¹¹. Ces objectifs sont ambitieux au regard des moyens humains disponibles. Surtout, **la lettre de mission ne précise pas la finalité poursuivie et l'usage qui sera fait des données de coûts collectées** par exemple dans le cadre du dialogue de gestion avec les établissements.

3. Les outils de suivi des prestataires doivent conserver une finalité opérationnelle, ce qui n'est pas le cas du dispositif élaboré dans le cadre du contrat de partenariat

La fonction « maintenance » assurée par le prestataire en gestion déléguée concentre les critiques des interlocuteurs rencontrés par la mission. Faute de compétence et d'outils adaptés, la direction de l'établissement est démunie pour apprécier la réalité et la qualité des prestations sur un sujet central pour l'établissement. L'adoption d'un dispositif plus précis, décrivant les opérations à la charge du prestataire et permettant plus facilement à l'administration d'opérer un contrôle et de sanctionner les éventuels manquements, est donc un enjeu du futur marché. Toutefois celui-ci doit rester proportionné aux besoins et à la capacité de l'administration à en faire usage.

⁸ La DISP de Strasbourg a ainsi fait réaliser un audit sur la consommation et les conditions d'abonnement sur les fluides dans tous ses établissements, débouchant sur 200 000 € d'économies environ.

⁹ Le « *Tableau de bord* » mensuel de l'activité a bien été mis en place dans chaque DISP fin 2008, sur la base d'un modèle normé au niveau national. Il retrace cependant l'activité (nombre de JDD, violences, taux d'occupation, etc.), sans visée sur son efficience, ni comparaison entre les DISP.

¹⁰ A l'image du document « *Analyse de la restauration 2007 – établissements en gestion publique* » diffusée en mai 2008. Cette analyse est ciblée sur la gestion publique sans comparaison avec la gestion déléguée.

¹¹ Cf. lettre de mission du sous-directeur du fonctionnement et de l'organisation des services déconcentrés à l'adresse de l'adjoint du chef de bureau SD5 en date du 5 novembre 2008.

Le **dispositif imaginé dans le cadre du contrat de partenariat** (cf. *infra* au III) **est de ce point de vue peu adapté**. En effet, son application est problématique (cf. annexe II au IV.D). Il comprend des indicateurs de performance et de contrôle de la qualité assortis de pénalités en cas de non-respect, récapitulés dans le programme d'entretien maintenance et services (PEMS). Mais :

- les objectifs ne sont pas toujours réalistes ou ne correspondent pas à un besoin de l'administration pénitentiaire. Ainsi, un indicateur mesure le nombre de défaillances, local par local, des menuiseries intérieures et extérieures. La valeur à atteindre est l'absence de défaillance sans aucune plage de tolérance prévue. Dans la pratique, une telle valeur s'avère peu réaliste) ;
- les indicateurs ne laissent pas de place à l'acquisition de l'expérience ou à l'ajustement et leurs modalités pratiques d'application ne sont pas toujours spécifiées ;
- la capacité pratique de l'administration pénitentiaire à constater les défauts est source d'interrogation. Ainsi, l'indicateur de « *conformité fonctionnelle des installations* » prévoit comme valeur de mesure le nombre d'anomalies pour 20 m² de surface, avec une plage de tolérance de 20 anomalies. Compte tenu de la dimension des installations et du nombre de locaux, il sera difficile à l'administration pénitentiaire de mesurer concrètement l'atteinte de l'indicateur. La finalité concrète d'un tel indicateur devra également faire l'objet d'une discussion avec le partenaire (exemple : quel type d'anomalies est vraiment problématique) ;
- le mécanisme des pénalités est complexe dans son calcul et d'un montant élevé. En outre, l'absence de plage de tolérance ou le niveau exigé des indicateurs rend très probable la mise en œuvre des pénalités, sans lien toujours net avec la performance du prestataire.

L'administration pénitentiaire a tenu compte de ces imperfections et entend simplifier le dispositif pour le marché « MGD-04 » qui entrera en application à partir de 2010.

II. LA GESTION DELEGUEE PRESENTE UN RAPPORT QUALITE-PRIX SATISFAISANT SAUF SUR LA MAINTENANCE, OU LES ETABLISSEMENTS NE SONT PAS NECESSAIREMENT MIEUX PRESERVES QU'EN GESTION PUBLIQUE

Dans la lettre de cadrage du 4 février 2009 décrivant le périmètre des investigations et la méthodologie suivie, la mission souhaitait, pour comparer la performance de la gestion publique et la gestion déléguée, calculer « *le coût complet de chaque prestation (restauration, blanchisserie, etc.) ou, si les données sont insuffisantes, le coût direct propre à chaque prestation* ». Faute de système d'information suffisamment robuste il n'a cependant pas été possible de procéder à une analyse en coût complet. La détermination des coûts des DISP mais surtout de l'administration centrale pouvant être directement rattachés à un mode de gestion, soulève en effet des difficultés méthodologiques, tant pour la masse salariale que pour les crédits de fonctionnement. Par ailleurs, que l'on répartisse ces frais régionaux et nationaux en les divisant par le nombre d'établissements ou par le nombre de journées de détention, ils pèseraient de manière identique sur les établissements et ne permettent pas d'apprécier la performance d'un établissement par rapport à un autre, qu'il soit en gestion déléguée ou en gestion publique.

C'est pourquoi la mission a choisi de se concentrer principalement sur les dépenses susceptibles de réellement varier entre les deux modes de gestion : titre 2, titre 3 et titre 5. Ainsi, elle n'a pas pris en compte les dépenses de santé, qui pèsent de manière indistincte entre les deux modes de gestion et a principalement travaillé sur la base de coûts directs partiels (partiels car n'intégrant pas les charges des DISP, des SPIP et de l'administration directement rattachables à un mode de gestion) :

- un **coût direct partiel en 2007 et en 2008** de chacun des modes de gestion rapporté à la place et à la journée de détention¹². Ce calcul a été réalisé :
 - au niveau global, tous établissements confondus puis en ôtant les maisons centrales qui, par leur coût plus élevé que toute autre catégorie, biaisent l'analyse en défaveur de la gestion publique ;
 - au niveau d'un échantillon d'établissements visités par la mission afin de conforter les constats en fiabilisant les données.
- un coût direct partiel public – privé par fonction sur l'échantillon, qui a permis de raisonner en hors taxes (HT) sur cinq établissements¹³ et de limiter en partie le biais décrit *supra*. Le rapport s'attarde principalement sur deux fonctions :
 - la maintenance, pour mesurer si le budget consacré se traduit par un écart sur la qualité du patrimoine selon le mode de gestion. Cela a supposé un retraitement important : la typologie et les définitions en matière de maintenance ne sont pas communes entre gestion déléguée et gestion publique, les crédits consacrés à la maintenance figurent en titre 3 (programmes régionaux de maintenance et d'investissement et programmes régionaux de sécurité) comme en titre 5 ;

¹² La mission a donc inclus l'ensemble des dépenses budgétaires ne figurant pas toujours dans les différents calculs réalisés par le bureau SD5 : titre 2, titre 3 (facture réglée au prestataire incluse), titre 5 (et les dépenses « fléchées » du titre 3 sur le PMRI/PRS consacrées à la maintenance). Pour 2007, la mission a préféré s'appuyer sur les données INDIA pour le titre 3, les données de GEWEB n'étant pas suffisamment fiables et présentant trop de différences avec INDIA. Elle a ensuite déterminé un coût non par JDD mais par journée de détention facturée (JDF) pour la gestion déléguée car c'est sur le JDF qu'est établie la facturation par le prestataire, et par JDD réellement hébergée pour la gestion publique, i.e. hors des JDD placés sous surveillance électronique, JDD en semi-liberté, etc., afin de pouvoir comparer les deux modes de gestion.

¹³ Les données sont hors taxes pour les établissements en gestion déléguée de Maubeuge, Châteaudun et Aix-Luynes, ainsi que pour l'établissement de Strasbourg en gestion publique, qui a élaboré ses données à partir des rubriques de comptes du plan comptable de l'État (hors taxes). En revanche, les données transmises par l'établissement sur le centre pénitentiaire de Laon incluent la taxe sur la valeur ajoutée car elles sont tirées de GEWEB.

- le travail pénitentiaire. Cette activité économique est censée s'équilibrer mais elle pèse en réalité sur les comptes des gestionnaires délégués.

Les éléments d'analyse développés *infra* portent sur le marché public de gestion déléguée actuel (27 établissements pour majeurs concernés) qui doit prendre fin le 31 décembre 2009.

A. Malgré une base de comparaison défavorable, la gestion déléguée présente des coûts proches de ceux de la gestion publique

L'analyse présentée *infra* s'effectue toutes taxes comprises (TTC) car l'application budgétaire de l'administration pénitentiaire, GEWEB, ne distingue pas la taxe sur la valeur ajoutée (TVA) sur le prix des prestations payées en gestion publique. Elle ne permet donc pas de raisonner hors taxes - ce qui serait plus logique car la TVA n'est pas une charge constitutive du prix de revient du prestataire-. Le périmètre de la comparaison est défavorable à la gestion déléguée : la part des prestations soumise à TVA est plus importante pour la gestion déléguée que pour la gestion publique. En outre, certains coûts propres à la gestion déléguée sont inclus car soit difficiles à isoler – marge réalisée sur l'activité –, soit constitutifs du prix de revient de la prestation – amortissement, impôts et autre taxes –. **Ces différences de périmètre défavorables doivent pondérer le constat d'un surcoût de la gestion déléguée, qui n'est d'ailleurs pas systématique.**

1. Le coût de la gestion déléguée avoisine celui de la gestion publique en tendance et sa hausse entre 2007 et 2008 s'explique par un niveau d'investissement élevé en 2008

Selon les données analysées, la gestion déléguée est plus chère de 5,9% en coût par JDD TTC que la gestion publique en 2008 mais moins élevée de 3,9% en 2007¹⁴. Ces résultats doivent être cependant nuancés selon les DISP. Ainsi, en 2008, la gestion déléguée ressort à un coût par JDD TTC moins élevé dans les DISP de Bordeaux, Lyon, Marseille, Rennes et Toulouse.

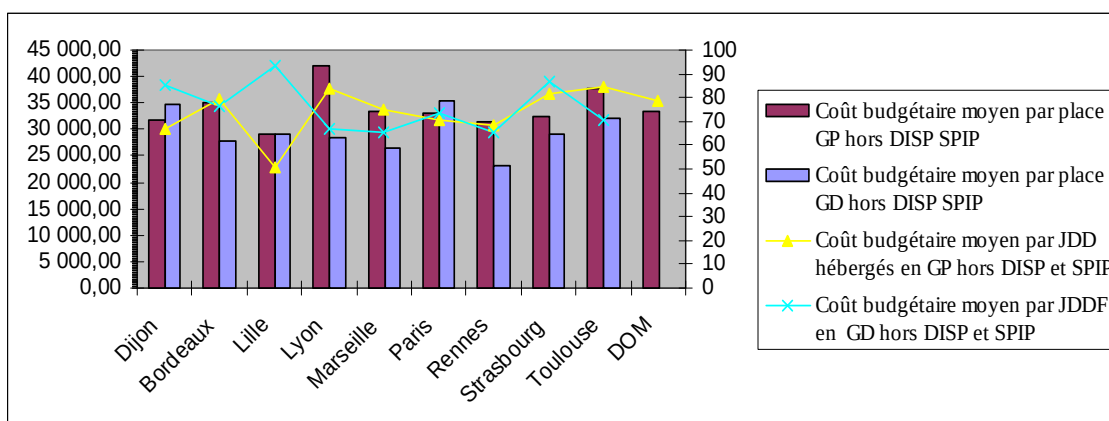
Tableau 8 : Coût par JDD gestion publique (GP) et gestion déléguée (GD) en 2007 et 2008 hors DOM

Coût par JDD en €	Dijon	Bordeaux	Lille	Lyon	Marseille	Paris	Rennes	Strasbourg	Toulouse	Total
GP 2007	78,72	77,08	63,89	79,11	69,01	77,48	70,11	83,79	88,10	75,67
GD 2007	74,55	73,97	81,24	65,56	79,42	60,50	66,07	81,68	70,62	72,75
GP 2008	67,28	79,55	51,10	83,97	74,71	70,58	68,26	81,63	84,82	71,56
GD 2008	85,45	76,18	93,42	66,85	65,41	73,32	65,76	86,54	70,49	75,78

Source : Données administration pénitentiaire retraitées par la mission sur la base des JDD hébergées pour la gestion publique et des JDF pour la gestion déléguée (cf. annexe II pour les modes de calcul). Il s'agit des coûts hors prise en compte des frais des DISP et des SPIP.

¹⁴ Compte tenu de la fiabilité relative des données 2007, les résultats sur cette année doivent être interprétés avec prudence.

Graphique 9 : Coût par JDD gestion publique et gestion déléguée en 2007 et en 2008



Source : Données administration pénitentiaire retraitées par la mission sur la base des JDD hébergées pour la gestion publique et des JDF pour la gestion déléguée, sans prise en compte des frais de DISP et des SPIP (DOM pour mémoire).

Sur la période analysée, les deux modes de gestion présentent des coûts proches. L'amplitude des écarts sur la période au sein de chaque DISP selon le mode de gestion souligne toutefois les limites de la comparaison, faute de données fiables et d'historique suffisant. **La hausse du coût de la gestion déléguée entre 2007 et 2008 s'explique par la forte progression des dépenses d'investissement** (titre 5) effectuée sur les sites, qui passe de 3,58 M€ à 14,18 M€ soit +296% (le nombre de JDF augmente seulement de +3,6%).

L'inclusion des maisons centrales (MC) induit un biais défavorable pour la gestion publique, ces établissements ayant des coûts plus élevés (personnel surveillant plus nombreux, sécurité renforcée, etc.) et la gestion déléguée ne gérant pas de telle structure à la date de la mission. **Le calcul hors MC renforce donc l'avantage de la gestion publique** : le coût par JDD est inférieur de 11% à celui de la gestion déléguée. Toutefois, **ramené au coût par place, le constat s'inverse** : la gestion déléguée est -7,98% moins chère que la gestion publique hors MC.

Tableau 10 : Ecart du coût JDD en 2008 entre gestion publique, avec et hors maisons centrales (MC), et gestion déléguée

En €	Gestion publique avec MC	Gestion publique hors MC	Gestion déléguée
Coût JDD (hors DISP et SPIP)	71,56	68,26	75,78
Ecart en % avec gestion déléguée	-5,89%	-11%	-
Coût par place (hors DISP et SPIP)	33 473,79	32 552,24	29 955,34
Ecart en % avec gestion déléguée	+10,51%	+7,98%	-

Source : Données administration pénitentiaire retraitées par la mission.

En moyenne, la gestion publique s'avère plus coûteuse par place malgré un périmètre de comparaison favorable. Ce constat peut s'expliquer aussi par la taille et l'âge des établissements : les établissements pénitentiaires de plus de 50 ans (52% du total) sont tous en gestion publique. Par ailleurs, le nombre de places moyen est moins élevé en gestion publique qu'en gestion déléguée, ce qui peut se traduire par des frais fixes plus importants par journée de détention.

2. En gestion déléguée, les économies générées sur la masse salariale et l'investissement compensent en partie le surcoût sur les frais de fonctionnement

La gestion déléguée compense le surcoût constaté en titre 3 (l'établissement en gestion déléguée a un budget de fonctionnement auquel s'additionne la facturation TTC versée au prestataire privé) par des économies réalisées sur le titre 2 et le titre 5. Ce raisonnement TTC pénalise le prestataire : la TVA sur la facture, majoritaire dans le titre 3, « gonfle » ce titre et explique le surcoût.

Tableau 11 : Écart entre gestion publique et gestion déléguée sur le ratio dépenses par titre budgétaire rapportées au JDD en 2008 hors maisons centrales et hors DOM

En €	Titre 3/JDD	Titre 2/JDD	Titre 5/JDD	Total
Moyenne gestion publique	12,34	52,91	3,01	68,26
Moyenne gestion déléguée	26,58	46,97	2,23	75,78
Ecart entre GD et GP en %	+115,3%	-11,2%	-25,9%	+11%

Source : Données AP retraitées par la mission. Calcul réalisé hors DOM (ceux-ci ne comportant pas d'établissement en gestion déléguée à la date de la mission) et hors frais DISP et SPIP.

3. L'analyse sur échantillon confirme la proximité du coût des deux modes de gestion

La mission a ajouté à l'échantillon des établissements visités des établissements en gestion publique comparables. Cet échantillon offre l'intérêt, d'une part, de comparer des établissements d'âge proche pour éviter les biais liés à l'ancienneté et de pouvoir comparer les prestataires se partageant le marché de la gestion déléguée : GEPSA, IDEX et SIGES ; et, d'autre part, de fiabiliser les données disponibles sur l'entretien et la maintenance du bâti (titre 5 et titre 3 PRMI/PRS), en prenant une moyenne des dépenses sur la période 2002-2008¹⁵.

Les coûts des deux modes de gestion calculés par la mission sur l'échantillon sont proches : la gestion déléguée est moins coûteuse en 2007 que la gestion publique (-2,6%) mais plus chère de +1,2% en 2008, sans que ce surcoût soit systématique en 2008 pour tous les établissements en gestion déléguée.

Tableau 12 : Coût par JDD hors taxes et hors frais DISP - SPIP sur l'échantillon analysé par la mission

Mode de gestion	Etablissement	2007 en €	2008 en €
Gestion publique (gestion publique)	A	60,41	56,24
	B	60,93	56,91
	C	83,95	85,16
	D	61,86	58,36
	E	75,77	82,00
	Moyenne	67,10	65,37
Gestion déléguée (gestion déléguée)	F	79,07	76,77
	G	57,61	60,70
	H	68,54	65,54
	I	67,87	69,35
	J	60,57	63,08
	Moyenne	65,38	66,15

Source : Données administration pénitentiaire retraitées par la mission. Pour 2007, les données INDIA sont utilisées pour le calcul du titre 3.

¹⁵ Les dépenses liées à des agrandissements, des créations de quartier ou des réparations dues à des dégâts exceptionnels (tempête) ont été exclues.

L'explication réside là encore dans les variations de dépenses entre titres budgétaires. En moyenne, la gestion publique coûte plus cher en frais de personnel (titre 2) et en investissement (titre 5), la gestion déléguée en coût de fonctionnement (titre 3). Rappelons que le coût de la gestion déléguée inclut la marge du prestataire, les impôts, les amortissements et les charges sociales.

Tableau 13 : Écart entre gestion publique et gestion déléguée sur le ratio titre budgétaire/JDD en 2008

En €	Titre 2/JDD	Titre 3/JDD	Titre 5/JDD	Total
Montant moyen gestion publique	51,29	12,55	1,53	65,37
Montant moyen gestion déléguée	39,35	26,20	0,61	66,16
Ecart entre gestion publique et gestion déléguée en %	-23,3%	108,7%	-60,4%	1,2%

Source : Ecart sur les établissements du tableau 12. Données administration pénitentiaire retraitées par la mission.

En coût **par place**, la gestion déléguée prend l'avantage en 2007 comme en 2008. Ainsi, en 2008, le coût par place en gestion déléguée est inférieur de -19,7% à celui de la gestion publique (26 608,12 € contre 33 125,54 €). L'intégration de la valeur nette comptable des investissements réalisés par les prestataires ne modifie pas l'analyse, mais marginalement le coût par JDD moyen (66,46 € au lieu de 66,16 € pour la gestion déléguée).

B. Le patrimoine immobilier n'est pas en meilleur état qu'en gestion publique, du fait de la qualité relativement médiocre de la prestation des opérateurs privés

1. Les obligations du prestataire en matière de maintenance sont peu précises

La maintenance au titre du marché de gestion déléguée des 27 établissements pour la période 2002-2009 est définie à l'article 21 du cahier des clauses techniques particulières (CCTP). Le CCTP pose les obligations du prestataire en matière de maintenance de manière très générale¹⁶. Celui-ci distingue maintenances « préventive » et « corrective ». Cependant, **les définitions renvoient à des obligations peu précises pour le prestataire¹⁷, tant sur le contenu que le niveau de maintenance attendu. En outre, ces définitions ne se comparent pas à celles en vigueur pour la gestion publique**, avec une classification sur cinq niveaux de maintenance (le niveau 5 comprenant le gros entretien). Mais le contrat de gestion déléguée ne se réfère pas à cette échelle de maintenance, qui est en outre peu usitée au niveau local pour le parc classique.

¹⁶ Article 25 : « La maintenance et l'entretien sont à la charge du cocontractant qui doit maintenir ou rétablir tout bien, rentrant dans le champ d'application, dans son état initial de conservation, de fonctionnement ou de performances conforme aux spécificités d'exploitation ou de fonctionnement des établissements pénitentiaires et des spécifications techniques du marché de conception, construction et d'aménagement (annexe XXI des C.C.A.P. et C.C.T.P.). La maintenance, de nature préventive ou corrective, doit répondre en tout temps et en tout lieu aux exigences de fonctionnement des établissements pénitentiaires avec le souci permanent d'assurer la continuité du service public pénitentiaire ».

¹⁷ Ainsi l'article 33 du CCTP prévoit que : « La maintenance préventive a pour but de maintenir les niveaux de performances des matériels, équipements et installations techniques afin de réduire les risques de panne (...). L'entretien comprend : - l'entretien courant ou petit entretien avec des opérations élémentaires de courte durée et peu coûteuses ; - le gros entretien pour des opérations de remise à niveau **pouvant aller** jusqu'au remplacement partiel **ou** complet d'équipements, de réfection ou reconstruction d'ouvrage ».

L'article 51 du cahier des clauses administratives particulières (CCAP) prévoit la possibilité pour l'administration pénitentiaire de réaliser un audit un an avant l'expiration du contrat afin de prendre les mesures nécessaires pour la continuité du service. Ces audits, confiés au bureau SOCOTEC, sont achevés à la date de la mission. L'enjeu de ces audits est à la fois d'apprécier l'état du bâtiment, d'évaluer la nature et le montant des travaux nécessaires sur dix ans et de procéder enfin à leur imputation, à la charge de l'administration pénitentiaire ou du prestataire. Ces audits s'inscrivent **donc dans une logique de négociation entre l'administration pénitentiaire et le prestataire** – par exemple sur le montant de travaux que le prestataire en fin de contrat devrait prendre à sa charge -, **où le partage des responsabilités peut s'avérer délicat** (cf. *infra* au C.).

2. La qualité de prestation de la gestion déléguée est perfectible voire médiocre pour certains établissements

Les audits SOCOTEC révèlent la qualité de la prestation de maintenance effectuée pendant sept ans par le prestataire et la comparent à la gestion publique¹⁸ sans biais, puisque tous les établissements sont issus du programme « 13 000 », donc d'âge et de conception similaires.

Le coût moyen des travaux sur la période 2009-2018 est très proche, quel que soit le mode de gestion. La programmation des travaux souligne l'effet de « rattrapage » sur 2009, le montant de la dépense prévue étant deux fois supérieur à celui des années suivantes, ce qui souligne l'urgence à mener des travaux qui auraient dû être réalisés précédemment. Ce rattrapage est cependant plus important en gestion publique qu'en gestion déléguée (+74,8%).

Tableau 14 : Estimation du coût de remise en état par SOCOTEC sur la période 2009-2018

En €	Coût moyen par établissement	Coût moyen sur l'année 2009	Nb moyen de places par établissement	Coût à la place par établissement
Gestion déléguée	4 112 414	929 784	560	7 336
Gestion publique	4 068 877	1 625 042	401	10 138
Ecart	-1,1%	74,8%	-28,4%	38,2%

Source : Synthèse des audits SOCOTEC, Mission gestion déléguée.

Ces audits ne démontrent pas d'avantage net de la gestion déléguée quant à l'entretien des établissements¹⁹. Rapporté à la place, le coût est certes moindre pour la gestion déléguée (7 336 € contre 10 138 € en gestion publique). Mais **ce calcul traduit autant les économies d'échelle induites par un plus grand nombre de places qu'une efficience avérée du prestataire**. Cela met en exergue la nécessité pour l'administration pénitentiaire de disposer d'outils de suivi de la réalité de la prestation dans ce domaine. La régularité du loyer devrait se traduire par une maintenance préventive accrue, donc par un coût de remise en état plus faible et plus étalé dans le temps.

En outre, l'examen sur l'échantillon visité par la mission montre la diversité des situations. L'audit SOCOTEC est par exemple accablant au sujet de la maintenance d'un établissement en gestion déléguée visité par la mission : *« Nous constatons l'absence de maintenance sur les installations de sécurité incendie qui ont conduit la CDIS à un avis défavorable sur l'exploitation de l'établissement. Ces pratiques sont incompréhensibles voire dangereuses et il est difficile de comprendre que l'avis défavorable formulé en mai 2008 n'ait produit de réaction qu'en novembre 2008. A fin novembre, le problème n'est toujours pas réglé. Nous constatons un retard de plusieurs années, reconnu par le GD lors des réunions, sur des actions de maintenance (...). Une quantité très impressionnante de demandes de l'administration pénitentiaire ne sont pas satisfaites (chauffage et eau chaude des zones détention) générant des risques pour le fonctionnement de l'établissement »*.

¹⁸ En effet, ces audits ont été étendus aux trois établissements en gestion publique qui ont vocation à être gérés par un prestataire privé pour le marché 2010-2017 dits « MGD-04 » : Laon, Châteauroux, St Quentin Fallavier.

¹⁹ L'échantillon moindre en gestion publique biaise en outre la lecture de résultats en moyenne.

C. Le contrôle insuffisant de l'administration pénitentiaire est en partie responsable de la performance insuffisante sur le patrimoine pénitentiaire

Les éléments d'analyse développés *infra* portent sur le marché public de gestion déléguée actuel qui couvre les 27 établissements pour majeurs concernés et prendra fin le 31 décembre 2009.

1. Le contentieux lié aux désordres de construction, coûteux pour l'administration pénitentiaire, pèse sur la maintenance effective des bâtiments

La gestion des anomalies ou malfaçons couvertes par la garantie décennale de construction relève de la seule administration pénitentiaire.

A l'instar d'établissements visités par la mission (Maubeuge, Laon et Aix-Luynes), des « désordres de construction » sont apparus pour certains établissements du programme « 13 000 », pénalisant ainsi la maintenance alors qu'ils auraient dû être réglés par la mise en œuvre de la garantie décennale des constructeurs concernés. Les prestataires ont pu se retrancher derrière ces litiges pour s'abstenir d'effectuer les travaux (cf. *supra* au B. et annexe I, au II.A.). Mais la réaction de l'administration pénitentiaire a été tardive, pour des établissements livrés entre 1990 et 1991.

Ainsi, outre l'établissement d'Osny dans le ressort de la DISP de Paris, quatre établissements du ressort de la DISP de Lille ont été affectés par ces désordres : Laon, Maubeuge, Longuenesse et Bapaume. La première proposition de règlement à l'amiable intervient en 1999²⁰ sur les seuls centres de Bapaume et Maubeuge, pour une indemnisation fixée à 11,486 MF TTC (soit 1,750 M€ TTC valeur 2000, soit compte tenu de l'évolution de l'indice BT01-TCE un montant de 2,31 M€ TTC en valeur janvier 2008 pour ces deux établissements). Le protocole amiable pour les 5 établissements ci-dessus a été signé le 9 mars 2009²¹, après dix ans de procédure. Il attribue à l'Etat une indemnité de 850 000 € TTC (hors frais d'expertise), le coût total des désordres étant estimé après expertise à 1,134 M€ TTC. Cette **valeur est inférieure au coût des travaux d'ores et déjà financés depuis 2003 pour la seule DISP de Lille, soit 1,06 M€.**

Tableau 15 : Montant des reprises des désordres de construction financés par l'Etat (DISP de Lille)

Etablissement en €	2003	2004	2005	2006	2007	2008	Total
CD Bapaume	12 916,8	234 000	3 705,93	5 160	-	60 000	315 782,73
CP Laon	45 200	-	156 123,92	134 146	-	-	335 469,92
CP Longuenesse	-	-	41 259,68		150 000	-	191 259,68
CP Maubeuge	-	164 000	21 246,8	14 000	-	17 200	216 446,8
Total en €	58 116,8	398 000	222 336,33	153 306	150 000	77 200	1 058 959,13

Source : DISP Lille.

Aucun contentieux n'a été engagé dans la zone sud-est, dont les établissements présentent pourtant des désordres de construction que la mission a pu mesurer lors de sa visite d'Aix-Luynes.

Il convient de relever que cette problématique de partage des responsabilités entre le constructeur et le mainteneur disparaît dans le contrat de partenariat car il y a identité entre les deux. L'administration pénitentiaire devra cependant veiller à assurer un suivi centralisé des dossiers de garantie avec l'agence publique pour l'immobilier de la justice (APIJ).

²⁰ Cf. lettre recommandée avec AR de la direction de l'administration pénitentiaire du 29 novembre 1999.

²¹ Cf. protocole d'accord transactionnel prévu par les articles 2044, 2052 et s. du code civil du 9 mars 2009.

2. Le suivi des engagements contractuels des prestataires est resté lacunaire alors que l'administration pénitentiaire aurait pu en retirer des économies

Les prestataires, dans leurs mémoires techniques thématiques joints à l'acte d'engagement, ont pris des engagements contractuels précis, parfois chiffrés, en termes d'investissements ou de travaux à mener. SIGES a ainsi pris des engagements précis pour renouveler le matériel de cuisine selon une périodicité variable par établissement au titre de la fonction restauration, ou pour renouveler le matériel de transport là encore selon un calendrier adapté à la situation de chaque établissement. Il en est de même de GEPSA ou d'IDEX (construction d'aménagements pour le ramassage des déchets, mise en place d'équipements pour le tri sélectif). **L'administration pénitentiaire n'a pas été en mesure, faute d'inventaire précis et actualisé, de suivre le calendrier et l'exécution de ces engagements**, ni de relayer les efforts des équipes locales pour obtenir leur réalisation (. Des audits périodiques en milieu de contrat permettraient de faire le point sur l'exécution de ces engagements (cf. au IV.A.).

En outre, l'article 31 du CCTP²² prévoit la conclusion d'une convention pour tous les établissements en gestion déléguée intéressant l'administration pénitentiaire aux gains financiers des économies d'énergie. A la date de la mission, seuls 14 des 27 établissements en disposent.

Tableau 16 : Etablissements en gestion déléguée ayant conclu une convention d'intéressement aux économies d'énergie avec l'administration pénitentiaire

Etablissements en gestion déléguée	Nombre
Ayant signé une convention d'économies d'énergie	14
N'ayant pas conclu une telle convention	10
N'ayant pas fait connaître le résultat aux services centraux	3

Source : Administration pénitentiaire – mission gestion déléguée.

Les motifs pour lesquels 13 établissements n'ont pas fait l'objet d'une telle convention n'ont pas été explicités, non plus que les relances éventuellement effectuées par l'administration pour conclure ces conventions. De plus, **aucun chiffrage des gains financiers n'a pu être obtenu**.

D. Le rapport qualité-prix est bon dans l'ensemble s'agissant des autres fonctions déléguées, mais l'activité se dégrade pour le travail ce qui devrait conduire à revoir le contenu de cette prestation

1. L'avantage de la gestion déléguée sur le travail pénitentiaire est à nuancer

Les données relatives au temps de travail pénitentiaire sont à appréhender avec prudence, dans la mesure où il n'existe pas de suivi fiable du temps travaillé. La journée de travail ne recouvre pas le même nombre d'heures selon les établissements, et la comptabilisation des heures n'est pas toujours effectuée de manière stricte et harmonisée. En outre, les indicateurs de la direction de l'administration pénitentiaire sont différents sur la fonction travail selon que le suivi est effectué par la sous-direction de l'organisation et du fonctionnement des services déconcentrés (SD), d'une part, la sous-direction des personnes placées sous main de justice (PMJ), d'autre part. Les mêmes indicateurs sont calculés différemment.

²² Article 31 « (...) Le chef d'unité privé et le chef d'établissement négocient au plus tard dans la troisième année du marché une convention écrite ayant pour objet d'intéresser l'établissement à la réduction de la consommation d'énergie. Ce plan définit les obligations de l'administration et fixe le bénéfice financier ou matériel qui revient à l'administration en fonction d'objectifs quantifiables à atteindre ».

Tableau 17 : Taux d'emploi 2007 et 2008 selon le calcul de SD et PMJ

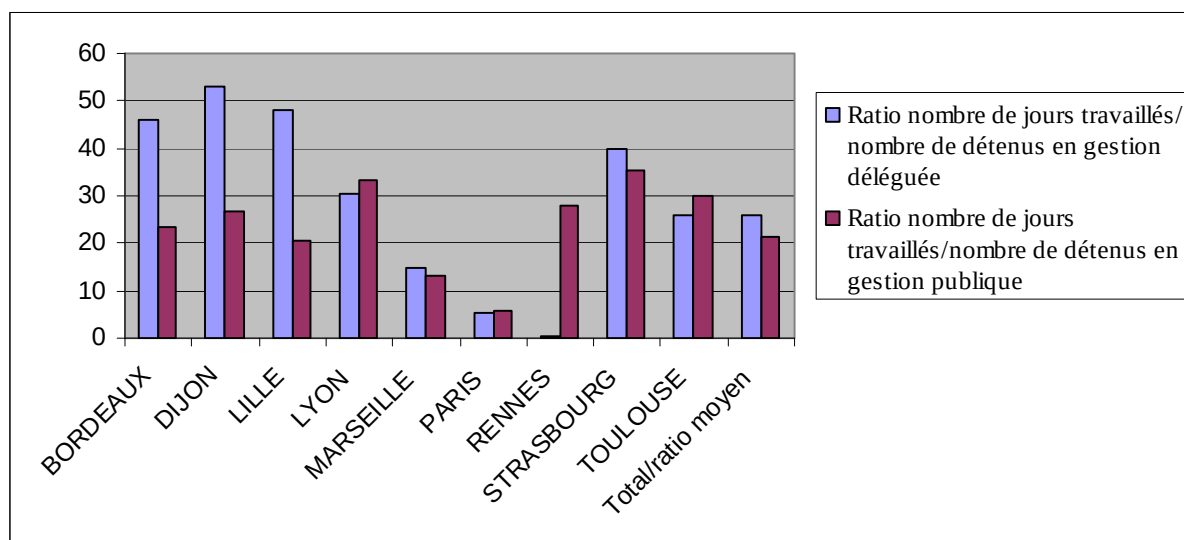
	Mode de gestion	Journées travaillées	Journées de détention	Taux d'emploi selon PMJ	Taux d'emploi selon MGD
2008	Gestion déléguée	555 774	6 395 139	12,64%	14,10%
	Gestion publique	1 200 319	16 364 969	10,67%	11,90%
2007	Gestion déléguée	577 635	6 681 174	12,57%	14,03%
	Gestion publique	1 255 009	13 666 336	13,35%	14,90%

Source : Direction de l'administration pénitentiaire, bureau PMJ3. Le bureau PMJ calcule le taux d'emploi sur la base d'un nombre de jours ouvrables de 251 jours par an, tandis que le marché de gestion déléguée prévoit 225 jours ouvrables.

La gestion déléguée ressort avec un taux d'emploi supérieur en 2008 à la gestion publique et légèrement inférieur en 2007. Cet indicateur est toutefois biaisé compte tenu de l'évolution divergente du nombre de jours de détention, en hausse de 20% entre 2007 et 2008 dans la gestion publique mais en baisse de 4% pour la gestion déléguée. Le taux d'emploi des détenus diminue cependant depuis 2003 au niveau national (15,3% en 2003 contre 12,52% en 2008).

Si la gestion déléguée emploie, en moyenne, plus de détenus au travail que la gestion publique en 2008, ce **constat n'est cependant pas systématique** : dans les DISP de Paris, Rennes, Lyon et Toulouse, la gestion publique a l'avantage dans ce domaine.

Graphique 18 : Ratio nombre de jours travaillés sur nombre de détenus par DISP en 2008



Source : Données DAP PMJ 3 pour le nombre de jours travaillés, réponses aux questions parlementaires du PLF 2009 pour le nombre de détenus en gestion publique et en gestion déléguée au 1^{er} juillet 2008.

2. Le « Plan Entreprendre » vise à contrer la baisse structurelle d'activité constatée sur le travail, cette fonction s'avérant en outre déficitaire depuis au moins 2007 pour les prestataires, malgré les investissements consentis par certains

L'administration pénitentiaire a fait le constat d'une érosion structurelle des résultats du travail depuis 2003 en milieu pénitentiaire, en raison notamment de :

- la fragilité des secteurs économiques de la SEP-RIEP (le service de l'emploi pénitentiaire – SEP - est un service à compétence nationale placé sous l'autorité du directeur de l'administration pénitentiaire et qui gère la régie industrielle des établissements pénitentiaires (RIEP)) ;

- la fragilité du tissu industriel avec le départ d'entreprises concessionnaires (délocalisations, disparitions, difficultés de travail dans le milieu pénitentiaire) ;
- la concurrence des produits d'importation à bas coût de main d'œuvre et l'automatisation accélérée des opérations manuelles dans les procédés de production ;
- la méconnaissance de la réalité du travail pénitentiaire par les acteurs économiques.

Le « Plan Entreprendre » a été lancé en décembre 2007 pour renforcer l'offre de travail au profit des personnes détenues. L'objectif triennal 2007-2010 est de créer 2 000 postes de travail supplémentaires²³ en production et d'augmenter le taux de personnes détenues ayant accès au travail (objectif non chiffré). Il repose sur 11 axes de progrès, déclinés par DISP, parmi lesquels : flexibilité des horaires, mise en place de la journée continue, etc. Le bilan définitif sera dressé fin mai 2009. Fin 2008, les DISP progressent nettement sur les objectifs qualitatifs. En revanche, pour ce qui est de deux objectifs quantitatifs à atteindre, i.e. le nombre d'ETP employés et la masse salariale versée, seule la DISP de Rennes remplit l'un des objectifs chiffrés (en masse salariale)²⁴.

Les données collectées par la mission montrent que la fonction travail est en outre déficitaire chez les trois prestataires sur l'échantillon d'établissements visités par la mission, quelle que soit la zone et le type d'établissement. Malgré l'importance des investissements consentis sur le site de l'établissement B (cf. tableau *infra*), qui se traduit d'ailleurs par une activité plus importante que dans d'autres établissements visités, le prestataire privé accuse un déficit de 99 000 € en 2007 (au moins autant en 2008).

Tableau 19 : Coût direct de la fonction travail en atelier en 2007 sur quatre établissements

En €	Etablissement A	Etablissement B	Etablissement C	Etablissement D
Mandataire	privé	privé	privé	Public et recours à un concessionnaire
Total charges d'exploitation	483 958,58	2 030 205,50	999 514,51	859 753,64
Total produits de la fonction	222 307,03	1 930 468,16	647 329,28	500 000
Résultat d'exploitation du mandataire	-261 651,55	-99 737,34	-352 185,23	-359 753,64

Source : Données tirées de la comptabilité des prestataires IDEX, GEPSA, SIGES et de l'établissement en gestion publique, retraitées par la mission. Les charges d'exploitation de l'établissement en gestion publique comprennent les achats, les fluides, le personnel pénitentiaire et les rémunérations versées aux détenus en atelier.

L'efficience de la gestion déléguée sur la fonction travail demeure difficile à apprécier : les bons résultats peuvent autant tenir au « vivier » de donneurs d'ordres déjà présents, à la structure de l'établissement (une maison d'arrêt connaît une forte rotation des détenus préjudiciable à la productivité) qu'aux efforts des prestataires. Si les résultats sur l'établissement B *supra* sont moins dégradés, la corrélation avec la prestation (taux d'encadrement, action de prospection), reste difficile à établir. Il faut également souligner que la gestion déléguée est moins coûteuse puisque le déficit d'exploitation est assumé par le seul prestataire privé.

3. Ces difficultés structurelles et les évolutions permises par le projet de loi pénitentiaire pourraient conduire à redéfinir la relation avec les prestataires

Le projet de loi pénitentiaire a été adopté par le Sénat le 6 mars 2009 (« petite loi »). Il prévoit une évolution importante du cadre général de la détention et des modalités applicables à la formation professionnelle et au travail.

²³ La population détenue a augmenté de 60 876 à 63 157 détenus entre 2007 et 2008. Source : DAP/ PMJ3.

²⁴ Source : DAP/SDPMJ/PMJ3 « Travail en milieu pénitentiaire en 2008 ».

L'article 11 du projet **pose en principe l'obligation d'activité du détenu** : « *Toute personne condamnée est tenue d'exercer au moins l'une des activités qui lui est proposée par le chef d'établissement (...)* ». En outre, l'objet même du travail en tant qu'activité économique évolue avec la **possibilité pour le détenu de bénéficier des dispositions relatives à l'insertion**.

L'article 14 du projet de loi dispose en effet que : « [l'acte d'engagement] *précise notamment les modalités selon lesquelles le détenu, dans les conditions adaptées à sa situation et nonobstant l'absence de contrat de travail, bénéficie des dispositions relatives à l'insertion par l'activité économique prévues aux articles L.5132-1 à L.5132-17 du code du travail* ». Enfin l'article 3 prévoit que **l'Etat peut confier aux régions** « *à titre expérimental et pour une durée maximale de trois ans (...) par convention (...) sur leur demande, l'organisation et le financement des actions de formation professionnelle continue des personnes détenues* ».

La **nature de la fonction travail s'en trouve, dans son principe, modifiée** : aujourd'hui considérée comme une activité économique, la fonction « travail » n'est pas rémunérée par l'Etat au prestataire. Dans le projet de loi, la fonction a aussi une vocation d'insertion, financée par l'Etat aux entreprises ou associations d'insertion²⁵. Dès lors plusieurs facteurs défavorables s'accumulent :

- conçu *de facto* sur un mécanisme de compensation entre activités « rentables » (maintenance, transport) et « déficitaires » (travail), le contrat actuel de gestion déléguée manque de clarté. L'administration pénitentiaire n'a pas l'assurance d'obtenir le bon niveau de prestation par rapport au prix payé sur certains services, le prestataire compensant ainsi ses difficultés sur des prestations plus difficiles à évaluer (travail) ;
- la diversification du travail pénitentiaire vers le secteur tertiaire, pour compenser le déclin du travail « industriel », peut difficilement être étendue à 50 établissements compte tenu de la faible qualification des détenus (90% ont un niveau inférieur ou égal au BEP) et des contraintes sécuritaires spécifiques à prendre en compte. Sans pouvoir être exclu, le renversement de tendance sur le taux d'occupation des détenus est difficile à envisager ;
- le développement du parc en gestion déléguée rendra plus difficile l'atteinte d'objectifs quantitatifs surtout si le parc est déjà concentré sur une zone géographique peu étendue (comme c'est déjà le cas en région Provence-Alpes-Côte d'Azur). Les prestataires auront à gérer un nombre accru d'établissements sur le même bassin d'activité ;
- dès lors la pénalisation des prestataires sur les bases quantitatives actuelles comme la masse salariale ou le nombre de détenus au travail paraît contre-productive, sans intérêt financier pour l'Etat (elle sera provisionnée dans le loyer) et peu incitative alors que dans le même temps, l'Etat développe une activité d'insertion par le travail, qui repose sur une logique différente²⁶ ;
- la synergie travail – formation par le même prestataire peine à faire ses preuves, les formations proposées ne trouvant pas nécessairement d'écho dans les ateliers de production où prédominent les tâches manuelles à faible valeur ajoutée. En outre, le principe du transfert de la formation professionnelle aux régions est posé.

²⁵ Selon le bureau PMJ3, le coût annuel de l'insertion par détenu atteindrait 9 000 € et 20 000 détenus pourraient en théorie en bénéficier.

²⁶ L'application stricte des pénalités prévue au CCAP peut d'ailleurs être réduite pour tenir compte des difficultés des prestataires, à l'image du courrier transmis par la direction de l'administration pénitentiaire le 10 juillet 2008 à IDEX (source PMJ3).

Ces évolutions pourraient amener à modifier la conception du travail qui prévaut dans le marché en cours avec les prestataires (2002-2009). La nature des objectifs devrait être revue. Le rôle de la RIEP, aujourd'hui circonscrit, devrait également être repensé et professionnalisé, et son implantation – à Tulle – revue pour faciliter le démarchage des donneurs d'ordres nationaux.

4. S'agissant des autres fonctions, en particulier la restauration, le rapport qualité-prix est plus favorable à la gestion déléguée, qui bénéficie de coûts salariaux plus faibles

S'agissant de la restauration, la comparaison sur le plan qualitatif entre les deux modes de gestion n'est pas possible, faute de suivi national de la qualité dans les établissements en gestion publique. Les prestataires fournissent dans le cadre du RMA et du rapport annuel d'établissement un grand nombre de données et appliquent systématiquement le référentiel *Hazard Analysis Critical Control Points* (HACCP). Ce suivi en routine n'existe pas pour la gestion publique, le contrôle externe reposant notamment sur les inspections des affaires sociales. **L'état des informations ne permet pas de trancher définitivement sur la supériorité d'un mode de gestion. Mais il permet d'affirmer que la performance est davantage garantie en gestion déléguée.**

Sur le plan financier, à charges comparables (achats, personnel, sous-traitance)²⁷, **le coût supporté par l'administration pénitentiaire au titre de la restauration est comparable entre les deux modes de gestion, malgré une base de comparaison défavorable à la gestion déléguée.** En effet, la gestion publique ne comptabilise pas des charges qui devraient logiquement l'être comme les « frais de structure » (appui de la DISP), ou les amortissements lors de l'acquisition de matériels. Le coût de la gestion déléguée s'en trouve renchéri mais ses coûts de personnel plus avantageux compensent cet écart : le coût de la masse salariale d'Aix est ainsi inférieur de 40% à celui de Strasbourg pour un nombre de JDD inférieur de 6% seulement.

Tableau 20 : Coût de la fonction restauration sur cinq établissements en 2007 en gestion déléguée (GD) et gestion publique (GP)

En €	Etabt. A (GD)	Etabt. B (GD) *	Etabt. C (GD)	Etabt. D (GP)	Etabt. E (GP)
Total charges d'exploitation	1 447 154,16	1 277 445,20	923 438,94	1 216 332,29	612 113,40
<i>Dont achats</i>	919 901	902 842	603 435	902 764,68	468 727,42
<i>Dont personnel</i>	177 806	123 317	167 820,23	295 180,53	138 456,00
<i>Dont sous-traitance</i>	7 450	-	141,18	-	754,66
<i>Dont dotation aux amortissements</i>	13 300	42 433	34 830	NC	NC
<i>Dont frais de structure</i>	200 134	57 136	11 168,59	NC	NC
Total produits d'exploitation facturés	1 606 424,68	1 321 930,71	998 923,37	0,00	0,00
Résultat d'exploitation	159 270,2	44 485,51	75 484,42	-	-
Personnel pénitentiaire intervenant sur la fonction (charge AP)	29 645,00	59 290,00	29 645,00	Cf. supra	Cf. supra
Travailleurs détenus (charge AP)	5 945,33	62 820,86	61 436,96	88 358,83	4 537,47
Total du coût pour l'AP	1 636 658,60	1 444 041,57	1 090 005,33	1 286 244,04	616 650,87

Source : Données tirées de la comptabilité analytique des trois prestataires pour les mêmes établissements que ceux figurant supra dans le tableau 19 ; DISP ou établissement concerné pour la gestion publique. Un établissement supplémentaire en gestion publique visité par la mission a été ajouté au vu des données disponibles. * Pour l'établissement B, les charges d'exploitation détaillées (achats, personnel, amortissements) sont celles du cotraitant.

²⁷ La rubrique « autres frais » n'est pas prise en compte en gestion publique car elle est incomplète et donc non comparable à ce qu'elle recouvre en gestion déléguée.

III. DANS L'ENSEMBLE MAITRISEE, LA PROCEDURE DE CONTRAT DE PARTENARIAT POURRAIT ETRE ADAPTEE SUR LES STIPULATIONS CONSTITUANT DES BARRIERES A L'ENTREE

L'agence publique pour l'immobilier de la justice (APIJ) a conclu le 20 février 2008 un contrat de partenariat pour la construction d'un lot de trois établissements pénitentiaires. Cette modalité contractuelle présente des enjeux et des problématiques spécifiques par rapport aux marchés de gestion déléguée. La mission a jugé souhaitable de regrouper les constats sur le contrat de partenariat, les éléments d'analyse détaillée figurant en annexe II. Conformément à sa lettre de mission, la mission ne s'est pas intéressée aux conditions financières de l'opération qui fait l'objet d'un appel d'offres organisé par l'APIJ.

A. L'administration pénitentiaire a utilisé la formule du contrat de partenariat pour un lot de trois établissements pénitentiaires

La procédure de passation d'un contrat de partenariat est encadrée par l'ordonnance du 17 juin 2004, modifiée par la loi du 28 juillet 2008 qui en assouplit les possibilités d'utilisation²⁸. Cette procédure permet à l'administration pénitentiaire de confier à une entreprise privée un contrat global comprenant à la fois la conception, la construction, le financement de l'établissement, ainsi qu'un certain nombre de prestations de services à la personne (restauration, etc.). En échange, le partenaire perçoit un loyer sur une durée de 20 à 30 ans, selon la complexité et le volume du projet.

L'intérêt pour l'Etat de ce type de formule est de confier à un partenaire un ensemble de prestations dans lesquelles son expertise lui confère un avantage économique. L'Etat peut ainsi optimiser le coût global conception – construction – entretien – maintenance et transférer au partenaire privé les risques que celui-ci est le mieux à même de porter. **Le partage des risques est donc un point central du contrat de partenariat.** De la répartition des risques dépend l'équilibre du contrat, son coût global, son efficacité au regard de l'exécution du contrat.

Dans le cadre du programme « 13 200 » de construction d'établissements pénitentiaires en cours d'exécution, l'administration pénitentiaire fait construire dix établissements sous forme de PPP répartis en trois lots et deux formules juridiques : l'AOT-LOA²⁹ (2 lots) et le contrat de partenariat (1 lot).

Tableau 21 : Présentation des trois lots concernés par des PPP

	Lot 1 AOT-LOA	Lot 2 AOT-LOA	Lot 3 Contrat de partenariat *
Date de signature	23 février 2006	12 octobre 2006	20 février 2008
Nombre de places	2 800	1 700	2 100
Nombre de sites	4	3	3
Etablissements	Roanne, Lyon-Corbas, Nancy, Béziers	Poitiers, Le Havre, Le Mans	Nantes, Réau, Lille
Investissement	250 M€	170 M€	215 M€
Loyer annuel	35 M€/an	25 M€/an	* 54,95 M€/an
Lancement procédure	août 2004	mars 2005	juillet 2006

²⁸ Le recours au contrat de partenariat n'est plus seulement réservé aux projets présentant une complexité particulière ou un caractère d'urgence mais également aux cas où « ... compte tenu soit des caractéristiques du projet, soit des exigences du service public dont la personne publique est chargée, soit des insuffisances et difficultés observées dans la réalisation de projets comparables, le recours à un tel contrat présente un bilan entre les avantages et les inconvénients plus favorable que ceux d'autres contrats de la commande publique ».

²⁹ La loi d'orientation et de programmation pour la justice (LOPJ) du 9 septembre 2002 autorise en effet le ministère de la justice à recourir à la formule d'AOT-LOA pour ses besoins. Le périmètre d'externalisation est cependant moins large que celui du contrat de partenariat. Cette formule d'AOT, qui a précédé historiquement celle du contrat de partenariat, n'a pas nécessairement vocation à être utilisée à l'avenir. Elle n'est pas analysée dans le présent rapport.

	Lot 1 AOT-LOA	Lot 2 AOT-LOA	Lot 3 Contrat de partenariat *
Livraison du 1 ^{er} établissement	septembre 2008	juin 2009	septembre 2010
Titulaire du contrat	OPTIMEP 4	Thémis	Théia
Construction	Eiffage Construction	Bouygues Construction	Bouygues Construction
Entretien-Maintenance	EMEP4, filiale de Eiffage	Exprimm	Exprimm
Partenaire bancaire	Natexis	RBS, Dexia	RBS, Dexia
Services	Contrat séparé : GEPSA	Contrat séparé : GEPSA	I dex, Sogeres, Preface
Durée du contrat	30 ans	30 ans	27 ans à compter de la prise de possession de l'établissement

*Source : Données septembre 2008, APIJ. * Il s'agit du montant du loyer prévu en 2012 pour un taux d'occupation de 120%.*

Pour les lots 1, 2 et 3, le contrat de partenariat a été négocié et passé par l'agence de maîtrise d'ouvrage des travaux du ministère de la justice (AMOTMJ), créée par décret du 31 août 2001, devenue depuis l'agence publique pour l'immobilier de la justice (APIJ), son champ de compétence ayant été étendu par le décret du 22 février 2006. L'APIJ est donc en charge de la passation des contrats de partenariat pour le compte de l'administration pénitentiaire.

La procédure de passation du contrat de partenariat a été lancée concomitamment à la signature des contrats AOT-LOA. **L'APIJ n'a donc pas pu bénéficier du retour d'expérience sur l'exploitation des bâtiments construits pour les lots 1 et 2.** Elle a pu en revanche reprendre les données des évaluations préalables issues de ces lots sans autre actualisation que l'inclusion des services à la personne.

L'inclusion des services à la personne est la spécificité du contrat de partenariat au regard de l'AOT-LOA. La durée du contrat (30 ans avec la phase de construction et les 27 ans d'exploitation) est moins adaptée aux services à la personne, la visibilité sur l'évolution des services, de leur coût, de la productivité dans les domaines concernés étant faible à moyen terme. Ce manque de visibilité risque d'entraîner un décalage entre le prix facturé à l'Etat, déterminé au moment de la signature du contrat, et le coût réel pour le partenaire privé plusieurs années après. Une « *procédure d'adéquation périodique du prix des services comparés* » a été mise au point pour pouvoir réviser les prix des services à la personne (restauration, hôtellerie, cantine, mess, accueil des familles, travail et formation) deux fois au cours du contrat, soit tous les neuf ans. Elle comprend trois phases, les phases 2 et 3 n'intervenant qu'à défaut d'accord entre l'Etat et le partenaire (cf. annexe II, au II.B.).

B. Via l'APIJ, le ministère de la justice se dote d'une réelle expertise dans la négociation de contrats complexes

1. L'APIJ, en centralisant l'ensemble des procédures du ministère de la justice, dispose d'une expertise reconnue face à des partenaires privés rompus à ces procédures

Contrairement à d'autres structures ministérielles (au ministère de la santé ou au ministère chargé de l'équipement et des transports), l'APIJ ne joue donc pas seulement un rôle de conseil et d'appui, mais aussi de responsable de la passation et de l'attribution du contrat. Ce rôle central lui permet de consolider une expérience et une compétence technique et juridique, et d'être un interlocuteur sérieux et compétent face aux groupements intervenant dans les appels d'offres. L'APIJ a ainsi pu conforter sa méthodologie et ses connaissances pour l'évaluation préalable (évaluation des coûts, évaluation des risques), la procédure du dialogue compétitif (dont la durée a été réduite entre le lot 1 en AOT-LOA et le lot 3) et la rédaction du contrat.

L'APIJ n'est pas l'utilisateur final et ce schéma, pour fonctionner de façon optimale, suppose une interaction forte avec l'administration pénitentiaire (cf. *infra* au C.). Il constitue cependant un point fort souligné par tous les interlocuteurs rencontrés par la mission.

2. Le contrat de partenariat doit permettre d'engranger des gains significatifs liés à l'intégration des services bâtimentaires

La synergie née de l'intégration dans un contrat unique dévolu à un seul partenaire de la conception, de la construction et de l'exploitation d'un bâtiment dans le contrat « lot 3 » devrait autoriser un gain, certes modeste mais réel (-4%) en termes de délai de construction par rapport au scénario de référence³⁰, ainsi qu'un risque plus faible de dépassement des délais.

Tableau 22 : Comparaison des délais de procédure et travaux entre la conception-réalisation et le contrat de partenariat

Procédure	Conception-réalisation	Contrat de partenariat
Délais global	214 semaines – 235,4 avec aléas	205 semaines – 225,5 avec aléas
Dont Travaux	104 semaines	92 semaines
Dont procédure d'attribution	69 semaines	86 semaines

Source : Données issues de l'« Evaluation préalable au lancement d'une procédure de passation d'un Contrat de partenariat pour la construction de nouveaux établissements pénitentiaires (lot 3) », juin 2006, AMOTMJ.

L'évaluation préalable réalisée par l'APIJ chiffre également les gains liés aux synergies du contrat de partenariat. Ces gains s'expliquent par le fait que l'ensemble de la construction est pensé en amont pour optimiser les coûts de maintenance, ce qui peut induire de légers surinvestissements initiaux propres à réduire les coûts ou les consommations en période d'exploitation.

Tableau 23 : Exemples de gains liés aux synergies du contrat de partenariat

Thème	Ecart en % avec le scénario de référence
Coût de maintenance	-12% à -13%
Consommation des fluides	-15%

Source : Evaluation préalable de l'APIJ.

3. Le dialogue compétitif a permis d'objectiver le niveau de performance attendu

Dans d'autres types de contrats, la description du contenu et du niveau des performances attendues est un point faible de la relation contractuelle entre l'administration pénitentiaire et ses prestataires, en particulier s'agissant de la maintenance bâtementaire (cf. *supra* au II). Or la performance est une notion importante du contrat de partenariat, le paiement du loyer dans la durée y étant associé. Dans le contrat de partenariat, le partenaire privé doit proposer à l'Etat un plan de maintenance mis à jour annuellement en fonction du réalisé et revu tous les cinq ans après diagnostic complet par un expert extérieur. L'Etat bénéficie ainsi d'une prévisibilité à moyen terme sur les actions de renouvellement des matériels et plus généralement sur le niveau de qualité pour l'ensemble des prestations déléguées.

Les limites du système de management de la performance sont décrites *supra* au I.B.3.

4. Le contrat de partenariat a permis un accès important aux PME dans le cadre de la sous-traitance

La durée, la complexité de la procédure, la taille des projets et le risque financier limitent par définition l'accès des PME à cette modalité particulière de la commande publique qui se développe dans certains secteurs (prisons, infrastructures lourdes de transport, hôpitaux...).

³⁰ Ce gain peut s'expliquer en partie par le fait que le scénario de référence de l'APIJ (conception / réalisation) ne constitue pas une maîtrise d'ouvrage « pure » mais un recours déjà élevé au partenaire privé qui conçoit et réalise le bâtiment.

L'ordonnance du 17 juin 2004 impose cependant comme l'un des critères d'attribution « *la part d'exécution du contrat que le candidat s'engage à confier à des petites et moyennes entreprises et à des artisans* » (article 8). L'engagement des candidats sur ce point constitue là encore **une nouveauté au regard de l'AOT-LOA**. Finalement, le prestataire retenu s'est engagé dans le contrat (article 2.8) à faire réaliser par des PME :

- 40 % des prestations (en prix) en phase de construction pour chacun des établissements, le respect de cet engagement étant apprécié lors de la prise de possession de chacun des établissements ;
- 10 % des prestations (en prix) d'entretien, maintenance et services, le respect de cet engagement étant apprécié pour chaque établissement tous les trois ans.

Le respect des engagements doit faire l'objet de contrôles réguliers de l'administration pénitentiaire, prévus par le contrat. En cas de non-respect, des pénalités sont appliquées.

C. La procédure suivie n'a cependant pas été suffisamment adaptée aux spécificités du projet en contrat de partenariat

1. Le travail d'évaluation préalable a été mené sur la base d'hypothèses de coûts « standard » assez éloignées des coûts du projet réel

Le recours au contrat de partenariat est comparé à un scénario de référence d'une construction en conception / réalisation + contrat de gestion déléguée. Ce choix n'est pas véritablement étayé dans l'évaluation préalable, alors qu'il conditionne les écarts de coût et donc l'avantage comparatif du contrat de partenariat. Ainsi, le contrat de partenariat n'est pas comparé à la gestion publique ou à une AOT-LOA + contrat de gestion déléguée, ce qui ne permet pas de mesurer les gains de synergie liés à l'inclusion des services à la personne et donc la pertinence du périmètre large du contrat de partenariat.

L'évaluation préalable (imposée par le cadre juridique) du lot 3 réalisée en avril 2006 s'est fondée en outre sur celle déjà réalisée pour les lots 1 et 2 (valeurs 2004). Le travail a surtout consisté en une actualisation des coûts (inflation, évolution des coûts de construction) et une mise à jour du périmètre des services (élargis aux services à la personne, ce qui a une incidence sur les coûts de management du partenaire).

L'évaluation préalable du lot 3 est fondée sur un lot-type de trois établissements de 600 places, sans intégrer les spécificités du programme du lot 3³¹. C'est sur cette base que le projet a été soumis à l'avis de la mission d'appui à la réalisation des contrats de partenariat (MAPPP), conformément à l'ordonnance du 17 juin 2004 (art. 2). Puis les calculs ont été adaptés et ajustés par l'APIJ aux conditions économiques à la date du dialogue compétitif, en mai 2007, et aux spécificités du lot 3 afin d'établir le « coût objectif » du programme. Cette mise à jour révèle une forte hausse des coûts. **La hausse des coûts s'explique il est vrai par l'évolution du périmètre du contrat** (cf. annexe II, au IV.B.) : actualisation des coûts de construction ajustés aux spécificités du programme, ajustement des coûts d'exploitation pour tenir compte des modifications du périmètre des services (exemple : cuisine et blanchisserie centrales) et inclusion du coût du service général (rémunéré par le partenaire et non l'Etat). Il est donc difficile de comparer ces coûts compte tenu des évolutions intervenues dans l'intervalle.

³¹ Parmi lesquelles : la taille des établissements (818 places à Réau, 688 à Lille), l'existence d'une cuisine et d'une blanchisserie centrales à Nantes, la construction d'un quartier longues peines, la construction d'un centre national d'orientation des détenus (CNOA).

Tableau 24 : Evolution des coûts en VAN entre l'évaluation préalable de 2006 et sa mise à jour en 2007 (scénario de référence et contrat de partenariat)

Coûts en valeur actuelle nette (VAN) en M€	Scénario de référence M€ conditions éco 2006 (valeur 2004)	Contrat de partenariat avec recours à la cession de créance M€ conditions éco 2006 (valeur 2004)	Scénario de référence M€ mai 2007	Contrat de partenariat lot 3 M€ mai 2007
Construction (y.c. indirect)	141,06	153,05	207,71	239,45
Exploitation	180,16	176,54	428,56	418,34
dont assurances			19,73	19,73
Maintenance	152,31	110,27	222,11	137,00
Financement	0,00	12,68	0,00	19,57
Coûts interne MJ	15,00	15,52	16,37	9,24
Total en M€	488,53	468,06	874,75	822,90
Ecart	-	-	+79,1%	+75,8%

Source : Mission, à partir des données de l'évaluation préalable, AMOTMJ, juin 2006, et du « Rapport de présentation », Procédure pour le lot 3, AMOTMJ, février 2008. Lecture: Le tableau supra explicite la hausse des coûts en reprenant les données de l'évaluation préalable (M€ valeur janvier 2004, conditions économiques de 2006) pour le scénario de référence et le scénario contrat de partenariat avec recours à la cession de créance, et les données de coûts issues de la mise à jour de l'évaluation préalable en mai 2007 (M€ valeur mai 2007) pour le scénario de base et le scénario contrat de partenariat (niveau de recours à la cession de créance fixé à 65 %). Attention, les données entre les deux premières colonnes et les deux suivantes ne sont pas en euros de la même année, et représentent des VAN qui ne sont pas calculées à la même année ni sur la même durée. Elles ne sont donc pas directement comparables.

Mais **cette forte évolution** (+79,1% entre les deux scénarios de référence), **si elle paraît expliquée, pose néanmoins question** :

- l'évolution du contenu du projet est telle que **la pertinence de l'évaluation préalable initiale est discutable et n'offre pas une lisibilité suffisante pour l'ensemble des acteurs de la procédure** (administration pénitentiaire, direction du budget). Une mise à jour formalisée aurait été souhaitable car si elle a été présentée et discutée lors du dialogue compétitif, l'évolution des coûts par rapport à l'évaluation préalable et la nouvelle comparaison entre les scénarii de référence et scénario en PPP n'ont pas été formellement présentées ni discutées à nouveau ;
- **l'impact des différentes modifications sur l'évolution du coût n'est pas précisé** (exemple : surcoût lié à l'augmentation du nombre de places, à l'instauration d'une cuisine centrale, etc.) ;
- elle ne permet pas d'apprécier les gains réels du projet, par exemple sur la maintenance, à partir de l'offre finale, faute de mise à jour des hypothèses.

Le tableau *infra* montre la hausse des coûts des travaux et des services à la personne entre les données initiales de l'évaluation préalable, leur mise à jour en 2007, et les offres des candidats.

Tableau 25 : Comparaison des coûts de l'évaluation préalable, du dialogue compétitif et des offres des quatre candidats

Coûts en k€ valeur mai 2007	Evaluation préalable 2006	Evaluation préalable mai 2007	Candidat 1	Candidat 2	Candidat 3	Candidat 4
Travaux	140 651	184 853	191 523	183 465	176 500	208 756
Services bâtimentaires*	9 996	9 777	7 800	7 797	8 942	8 038
Services à la personne**	6 823	14 313	15 153	14 090	13 407	15 562

Source : Mission, à partir des éléments de l'évaluation préalable et du dialogue compétitif de l'AMOTMJ. L'effet de l'inflation a été neutralisé en actualisant l'ensemble des chiffres supra à leur valeur 2007.* : Coût annuel ; Périmètre AOT-LOA y compris fluides. ** : Coût annuel ; y compris transport.

2. L'association avec l'APIJ peut encore être renforcée pour que le projet reflète bien les besoins réels de l'administration pénitentiaire

L'administration pénitentiaire et l'APIJ n'ont pas une vision partagée du coût. Aucun coût-objectif global n'est défini pour le contrat de partenariat, alors qu'il s'agit pourtant d'une prestation globale (construction, financement et exploitation). Le coût-objectif imposé à l'APIJ ne concerne que la construction (100 000 € la place en valeur janvier 2004), ignorant l'inflation éventuelle du coût de fonctionnement, qui va peser dans la durée sur le budget de l'administration pénitentiaire.

a) Les critères de notation des candidats sous-valorisent le poids des services à la personne dans le contrat

Les critères de pondération utilisés sont adaptés *a minima* des contrats AOT-LOA et ne reflètent pas le poids des services à la personne dans le lot 3 (cf. annexe II, au IV.C.).

Tableau 26 : Critères d'évaluation des offres des candidats pour les lots 1 et 2 et pour le lot 3 et pondération

Critère	Pondération lots 1 et 2	Pondération lot 3	Description
Coût global	35 %	35 %	VAN des composantes du loyer. Robustesse financière et économique de l'offre
Respect des objectifs de performance fonctionnelle	35 %	25 %	Respect du programme fonctionnel, des surfaces utiles minimales, des contraintes du site, des exigences de sûreté active
Respect des objectifs de performance opérationnelle		15 %	Respect des exigences du cahier des charges relatives aux services et aux contraintes d'exploitation, pertinence de l'organisation et des ressources mises en œuvre
Délai	15 %	10 %	-
Qualité de prise en charge du risque par le titulaire du contrat	15 %	10 %	Clauses de déchéance et de résiliation, étendue des recours de l'Etat, étendue des garanties, transfert du risque de conception
Part d'exécution du contrat que le candidat s'engage à confier à des PME et à des artisans	Non évalué	5 %	Montant des prestations confiées à des PME et à des artisans en proportion du montant de l'ensemble des prestations assurées

Source : Données APIJ.

Le critère « *respect des objectifs de performance opérationnelle* » correspondant aux services à la personne pèse 15% de la note totale, alors que le « loyer S » qui rémunère ces services représente 32% du loyer annuel global versé par l'Etat. **La notation valorise donc le candidat présentant l'offre économiquement la plus avantageuse**, ce qui est évidemment souhaitable, **mais pas celui qui propose des solutions innovantes sur les services à la personne**, une composante pourtant importante du loyer et la spécificité du lot 3³².

b) Le système de gestion de la performance est complexe, difficile à appliquer par l'administration pénitentiaire et parfois peu réaliste dans son contenu

Si le principe d'un tel système n'est pas remis en cause, l'application du dispositif prévu au contrat est problématique (cf. *supra* au I.B.3 et annexe II au IV.D.).

L'APIJ doit associer plus étroitement et en amont l'administration pénitentiaire, sur la base d'une définition des besoins tenant mieux compte du retour d'expérience des utilisateurs des établissements. Les interlocuteurs rencontrés par la mission soulignent d'ailleurs **l'évolution positive de la pratique de l'APIJ** en ce domaine.

D. Plusieurs stipulations du contrat se révèlent des barrières à l'entrée de nouveaux compétiteurs et peuvent s'avérer coûteuses pour l'Etat

L'ouverture à une plus grande concurrence est une préoccupation majeure pour l'administration pénitentiaire. La mission a examiné les clauses ou les modalités du contrat de partenariat qui peuvent limiter l'accès d'autres compétiteurs, principalement les entreprises françaises de construction de taille moyenne (couverture nationale et chiffre d'affaires de plusieurs centaines de millions d'euros).

1. Le périmètre large du contrat de partenariat ne génère pas de gain et la taille des lots empêchent les entreprises moyennes de concurrencer les « majors »

Les lots 1, 2 et 3 comptent trois à quatre établissements, soit un investissement en construction compris entre 170 M€ et 250 M€. L'idée était de bénéficier d'économies d'échelle et de gains de productivité *via* la standardisation entre les établissements d'un même lot, de réduire le coût administratif pour l'Etat et de permettre au partenaire de répartir les risques d'exploitation sur plusieurs établissements. Le corollaire de lots aussi importants est la réduction associée de l'intensité de la concurrence sur ces marchés (cf. également annexe II, au IV.A.) :

- la procédure est longue et l'investissement dans la préparation et la remise d'offres pour un contrat de partenariat est élevé (supérieur à 1 M€). Les entreprises non retenues ont investi à perte et ne peuvent continuer à supporter de tels frais. L'écart risque de se creuser entre les entreprises installées et les autres ;
- le partenaire prend un risque financier (c'est le principe même du contrat de partenariat). **Mais les entreprises de taille moyenne n'ont pas la surface financière suffisante pour investir et porter en risque** une part du capital des sociétés de projet chargées d'exploiter les établissements, compte tenu de l'ampleur financière des lots.

Par ailleurs, la **pertinence du maintien du périmètre large du contrat de partenariat pour le lot 3, incluant les services à la personne, est discutable.**

³² L'APIJ considère que les propositions des candidats ne les engageant pas contractuellement, elles sont difficilement valorisables. Toutefois elles reflètent aussi le degré d'engagement du candidat dans le partenariat avec l'Etat et sa volonté à répondre aux mieux aux attentes de celui-ci même si l'organisation peut évoluer au fil du temps.

D'une part, la procédure ne procure pas de gains, lorsqu'on compare le montant du loyer au coût obtenu par l'administration pénitentiaire sur le contrat de gestion déléguée sur le lot 1. A périmètre comparable³³, il ressort au contraire un surcoût de 3% du coût des services à la personne du lot 3, mais avec des écarts sensibles selon les fonctions : le surcoût dans le lot 3 est 5% sur la fonction restauration mais de 70% sur la fonction travail pénitentiaire (cf. annexe II, au IV. F.). Ce constat doit certes être pondéré, car le prestataire privé, titulaire du contrat en gestion déléguée du lot 1, a souligné avoir réalisé un effort commercial pour emporter le marché. *A contrario*, cela indique le caractère plus concurrentiel du marché de la gestion déléguée.

D'autre part, un tel périmètre pose problème aux entreprises moyennes. Elles ne disposent pas de compétences suffisantes pour encadrer et gérer correctement leurs partenaires, en particulier sur les fonctions travail et formation professionnelle. **L'ajout de ces services éloignés de leur cœur de métier, le risque associé sur un contrat de 30 ans peuvent dissuader les entreprises moyennes de soumissionner aux projets de l'administration pénitentiaire** (le surcoût constaté sur le lot 3, de 70%, accrédite l'idée que le prestataire provisionne des pénalités pour non-respect de ses objectifs sur une telle période). Il faut également souligner que le projet de loi pénitentiaire en cours d'examen au Parlement à la date de la mission prévoit le transfert de la fonction formation aux régions volontaires comme mentionné *supra*.

2. Le partage des risques et les exigences financières imposées au partenaire sont coûteux pour l'Etat et dissuadent les entreprises moyennes de concourir

Le partage des risques est au cœur de l'équilibre du contrat de partenariat. L'ensemble des clauses et leurs modalités opérationnelles doivent être détaillées dans le contrat. Le schéma de partage des risques du lot 3 reproduit celui des lots 1 et 2.

Or l'analyse du contrat montre que certains risques transférés au partenaire sont inhabituels au regard de la pratique contractuelle d'autres administrations³⁴ et pénalisants pour des entreprises moyennes qui ne peuvent assumer un tel niveau de risques (cf. annexe II, au IV.D.). Il s'agit notamment du :

- risque d'obtention du permis de construire ;
- risque d'évolution du taux après la signature du contrat, en particulier avant même la livraison des établissements ;
- risque écologique et archéologique exceptionnel.

Un tel niveau de transfert de risque s'avère dans la pratique **difficilement soutenable pour le partenaire privé et in fine coûteux pour l'Etat**, comme le montre l'exemple rencontré par l'APIJ sur le premier établissement du lot 3 à Nantes³⁵. Conformément au contrat, le risque de sol est porté par le partenaire privé, mais le coût de dépollution du site est tel que la société de projet serait alors mise en faillite. De fait, un protocole transactionnel est en cours de négociation pour que l'Etat prenne une partie des frais à sa charge. Le transfert de certains risques à la charge du partenaire n'est pas réaliste au final, l'Etat devant transiger alors que ce risque est valorisé par le partenaire dans son offre (donc dans le loyer payé par l'Etat), même si la concurrence sur le lot 3 a pu limiter ce coût.

³³ Le contrat lot 3 recouvre des prestations de cuisine et de blanchisserie centrales. Cet effet « desserte extérieure » a été corrigé pour comparer le contrat de partenariat avec le contrat gestion déléguée du lot 1. En revanche les biais liés à la durée différente des contrats (27 ans pour le contrat de partenariat, 8 pour la gestion déléguée) et à la taille des lots sont difficiles à quantifier.

³⁴ A l'exemple du projet « *Construction de centres d'entretien et d'intervention* », direction générale des routes, sous-direction de la gestion du réseau, évaluation préalable du 18 septembre 2007.

³⁵ Le site s'est révélé miné, contrairement à ce que certifiait le ministère de la défense, précédent propriétaire du site. Ce certificat assurait les deux partenaires que le risque de sol miné était exclu et n'était donc pas à prendre en compte. Le contrat

En outre, l'APIJ exige sur toute la durée du contrat des **garanties bancaires pénalisantes pour les entreprises moyennes car trop coûteuses** :

- les garanties bancaires portent sur des durées longues (6 ans) et des montants élevés (7 M€ par établissement) ;
- la garantie est exigible à l'issue du contrat sur une période de trois ans pour chaque établissement. Si cette clause existe dans d'autres types de contrats, elle n'excède jamais trois à six mois.

Enfin, le montant des pénalités et l'absence de souplesse dans leur application en cas de non-respect par le partenaire du délai de mise à disposition des établissements représentent une « double peine » pour lui (portage de la dette liée au retard du paiement du loyer + pénalités de retard).

3. *La procédure s'avère longue, coûteuse et mal indemnisée pour des entreprises moyennes*

La phase de dialogue compétitif, spécifique au contrat de partenariat, allonge le délai de la procédure et son coût (phase d'étude plus détaillée avec réalisation d'un avant-projet détaillé nécessitant un dessin architectural très poussé, mobilisation des équipes et des conseils juridique et financier sur une période de plusieurs mois). Certains délais sont incompressibles et consubstantiels à une procédure destinée justement à améliorer les offres, mais une élimination plus rapide en cours de procédure des candidats trop mal notés serait possible, dans le droit actuel, et souhaitable.

Une réflexion est en outre nécessaire sur le niveau d'indemnisation. Le niveau actuel fixé par l'APIJ (250 000 €) couvre à peine les frais d'architecte, bien en-deçà du coût total estimé de la procédure (> 1 M€). Plusieurs interlocuteurs ont souligné auprès de la mission que les entreprises moyennes ne peuvent se permettre d'engager à perte de tels frais, ni *a fortiori* de soumissionner à plusieurs reprises.

IV. LES PROPOSITIONS DE LA MISSION

A. L'administration pénitentiaire devrait définir la finalité du contrôle de gestion pour le pilotage des établissements pénitentiaires et des prestataires

1. *Le maintien d'un bureau transversal de contrôle de gestion en administration centrale est cohérent sous réserve de définir son rôle dans le processus de décision et d'en faire un animateur du réseau déconcentré*

La présence dans l'organigramme d'une structure transversale, le bureau SD5, dévolue au contrôle de gestion de la gestion déléguée et de la gestion publique, **apparaît cohérente**. En outre, les orientations ambitieuses de l'administration pénitentiaire vont dans le bon sens, le bureau SD5 étant renforcé d'un pôle de gestion chargé notamment **d'ici fin 2009** de³⁶ :

- recenser les systèmes d'information et en assurer la cohérence (objectif 6) ;
- définir et informer le réseau du plan directeur du contrôle de gestion (objectif 11) ;

de partenariat prévoyant que le risque de sol est porté par le partenaire privé, le déminage devrait donc, théoriquement, être à sa charge.

³⁶ Cf. lettre de mission du sous-directeur du fonctionnement et de l'organisation des services déconcentrés à l'adresse de l'adjoint du chef de bureau SD5 en date du 5 novembre 2008.

- comparer la performance (efficacité et efficience) de la gestion publique et de la gestion déléguée (objectif 15) ;
- animer le réseau des contrôleurs de gestion en services déconcentrés (objectifs 18 à 20).

Au vu des constats *supra*, la direction de l'administration pénitentiaire doit définir :

- **la finalité du contrôle de gestion dans le processus de décision** : quel rôle peuvent jouer les données de coût collectées dans le processus d'allocation budgétaire de la gestion publique ; quel est le rôle respectif du pôle contrôle de gestion et des SAI dans le contrôle des prestations du marché de gestion déléguée ;
- **le type d'analyse à laquelle doit se consacrer le contrôle de gestion** : les SAI et le bureau SD5 consacrent l'essentiel de leur activité à la collecte de données d'activité, rôle qui devrait échoir pourtant clairement aux services métier. La valeur ajoutée des acteurs du contrôle de gestion est faible sur ce sujet. A ce titre, les objectifs de la lettre de mission confiant comme tâche au pôle de gestion d'« *actualiser et fiabiliser l'étude du coût du panier du détenu pour 2008* » (objectif 12) ou de « *consolider l'ensemble des séries statistiques longues* » (objectif 16) l'empêchent de se concentrer sur des analyses de coût utiles pour la prise de décision.

Enfin, le contrôle de gestion doit définir les principaux postes de coût pour les deux modes de gestion sur lesquels il peut être demandé aux échelons déconcentrés d'agir, sur la base de la diffusion régulière de données comparatives entre DISP et entre établissements.

2. Les rôles des échelons déconcentrés doivent être précisés et la professionnalisation de la fonction « achats » doit être poursuivie

Le rôle des échelons interrégionaux est aujourd'hui flou, qu'il s'agisse des unités chargées du suivi des prestataires (UGD) ou des entités transversales d'audit (SAI), faute de précision sur leurs attributions.

La définition des fonctions et la création de fiches de postes seraient souhaitables pour le SAI comme pour l'UGD, afin de recruter des personnes motivées. Le positionnement des UGD dans l'organigramme (unité du département budget) pourrait être revu en cohérence avec leur vocation « horizontale » (cf. annexe I, au III.A.).

Une circulaire de la direction de l'administration pénitentiaire pourrait utilement apporter les précisions nécessaires à cet égard. Elle serait actuellement en préparation. Cette circulaire pourrait expliciter l'articulation des différents échelons :

- les établissements : lieu de la relation au quotidien avec le prestataire, de suivi de la qualité du service rendu ;
- la DISP : les fonctions de l'UGD et du SAI pourraient être les suivantes :
 - l'UGD : rôle d'arbitrage et de conseil dans la relation établissement – prestataire et expertise dans le domaine juridique sur la base d'une documentation établie par la MGD ou dans la maintenance (si recrutement adapté) ;
 - le SAI : réorienter son action vers l'analyse de l'efficience et non la production de statistiques qui relèvent des départements métier ;

- le niveau central : clarifier l'articulation entre la MGD et le bureau SD5 sur la gestion déléguée.

Le renforcement de l'équipe de direction des établissements en gestion déléguée serait souhaitable pour mieux piloter le prestataire. Si cela s'avère difficile faute de ressources :

- le rôle et la composition de l'UGD pourraient être renforcés sur le volet maintenance ;
- des **audits périodiques à mi-parcours du contrat des établissements en gestion déléguée** pourraient être mis en œuvre. Cela éviterait l'effet « tunnel » d'audits en fin de contrat liés en outre à la perspective du renouvellement – et à la négociation financière qui s'y attache -. Ces audits pourraient vérifier le respect par le prestataire des engagements pris dans son mémoire technique, d'une part, et demander au prestataire d'engager des actions correctrices plus tôt en cas de problème, d'autre part.

Ces audits pourraient être réalisés soit par les auditeurs internes à l'administration pénitentiaire déjà en charge d'audit de la gestion déléguée, soit par des prestataires extérieurs.

Par ailleurs, le mouvement de re-concentration des achats opéré par l'administration pénitentiaire depuis quelques années doit être poursuivi. Il devrait toutefois être affecté par les réformes en cours sur cette fonction au sein de l'Etat en général et du ministère de la justice en particulier.

Le responsable ministériel des achats du ministère de la justice, qui a pris ses fonctions en janvier 2009, a en effet fait procéder au recensement de toutes les procédures en vigueur au sein des différentes composantes du ministère (judiciaire, pénitentiaire, protection judiciaire de la jeunesse) selon 12 segments (véhicules, informatique, fournitures de bureau...). Ce panorama doit déboucher sur une nouvelle architecture distinguant les procédures qui devront être passées et suivies au niveau national de celles qui le seront plus utilement au niveau interrégional ou régional. Parmi les options possibles de professionnalisation de la fonction achats au sein du ministère de la justice, l'une d'elles, qui n'est encore qu'à l'état d'étude, pourrait consister en la création d'une plateforme « achats » commune à l'ensemble des composantes du ministère, qui serait située au sein du secrétariat général et comprendrait en son sein des agents de l'administration pénitentiaire.

Dans cette perspective, encore non stabilisée à la date à laquelle la mission a conduit ses investigations, les unités responsables des achats au sein des département du budget et des finances (DBF) des DISP pourraient, à l'avenir, être davantage mobilisées sur le contrôle de l'exécution des marchés passés au niveau interrégional (dans le sens d'une veille active destinée à accroître la performance de la commande publique) que sur la passation même des marchés (la rédaction des procédures intervenant surtout au niveau national, de façon plus « standardisée » qu'aujourd'hui).

B. Mesurer l'efficacité respective des deux modes de gestion requiert une convergence des référentiels de comptabilité analytique

1. L'administration pénitentiaire doit définir une méthode de comptabilité analytique commune à la gestion publique et à la gestion déléguée et l'intégrer au futur renouvellement du marché de gestion déléguée

La comptabilité analytique développée progressivement dans GEWEB et la ventilation analytique de la dépense renseignée par les trois prestataires privés constituent quatre référentiels différents et peu comparables en lecture directe. Leur retraitement à des fins comparatives, qui a été effectué ponctuellement par la mission dans le cadre du présent rapport, est lourd et difficilement reproductible en routine. La convergence des modèles est donc nécessaire.

L'administration pénitentiaire a développé sous GEWEB une grille de comptabilité analytique, reliée aux actions du programme annuel de performance (PAP budgétaire), qui va s'étoffer en 2009 avec l'imputation de la dépense *via* le référentiel des 17 activités. Il est proposé de faire évoluer cette grille pour que les activités/fonctions qui y sont renseignées soient identiques à celles demandées en comptabilité analytique au prestataire privé, et de **demandeur au prestataire de ventiler sa facturation par fonction dans sa facture mensuelle**. La TVA devrait également être isolée dans les deux modes de gestion.

Par ailleurs, pour faciliter la comparaison dans le temps des coûts des différentes fonctions entre modes de gestion et entre prestataires privés, des conventions sur la présentation de la comptabilité analytique doivent être établies *ex ante* afin d'être intégrées par les candidats dans leur réponse à l'appel d'offres du futur marché de gestion déléguée :

- adoption d'une présentation indiquant les rubriques du plan comptable général distinguant produits et charges d'exploitation, produits et charges financiers, produits et charges exceptionnels : la comparaison par les charges d'exploitation est celle qui s'approche le mieux du périmètre de la gestion publique ;
- indication de la part de la facturation liée à la fonction au titre : 1) du contrat ; 2) des factures hors contrats ; 3) des pénalités ;
- ventilation des frais d'administration du site, frais de siège par fonction mais en isolant des coûts directement liés à cette fonction et en demandant au prestataire d'indiquer la méthode de ventilation retenue ;
- distinction des frais liés à l'administration du site, ce qui peut permettre ensuite de comparer le poids de la direction en gestion publique et en gestion déléguée ;
- définition et identification des fluides (eau, électricité, gaz) dans un poste distinct comme c'est le cas pour le contrat de partenariat. Dans la mesure du possible, imputation des fluides par fonction (ce qui supposera de tenir compte des clés de répartition pour les futurs contrats de partenariat) ;
- distinction du carburant du reste des fluides ;
- distinction entre impôts sur les bénéfices et participation des salariés.

L'administration pénitentiaire devra également demander la mention sur la facture mensuelle de la part de facturation liée à chaque fonction, afin de pouvoir ventiler précisément la facture du gestionnaire délégué entre les différentes fonctions comme le prévoit le nouveau référentiel d'activités de GEWEB.

L'administration pénitentiaire dispose cependant à l'heure actuelle d'une visibilité réduite sur l'application budgétaire et comptable dont elle disposera en 2010. En effet, le passage à CHORUS doit normalement s'effectuer au 1^{er} janvier 2010 et l'administration pénitentiaire ne sait pas, à ce stade, si elle pourra conserver son application budgétaire actuelle, GEWEB en l'interfaçant avec CHORUS. Deux cas doivent donc être envisagés :

a) L'administration pénitentiaire conserve GEWEB, interfacé avec CHORUS

Le suivi du titre 3 pourrait s'effectuer dans le référentiel d'activité modifié portant modèle analytique commun avec la gestion déléguée.

Ce suivi du titre 3 via GEWEB devrait être complété par une analyse des dépenses de titre 2, de titre 5 et de titre 3 PRMI/PRS qui seront gérées dans CHORUS, mais ne seront pas ventilées par fonction dès l'imputation de la dépense (les dépenses de titre 5 et de titre 3 PRMI/PRS sont à rattacher à la maintenance). Cependant, le suivi de la masse salariale (titre 2) devrait être renforcé, par exemple au niveau des DISP, *via* des enquêtes annuelles auprès des établissements. Une grille d'analyse, même sommaire, pourrait être établie pour ventiler sur chaque fonction les effectifs de l'administration pénitentiaire et calculer le coût en masse salariale correspondant.

b) L'administration pénitentiaire doit abandonner GEWEB

La question principale qui se pose est celle de la ventilation des dépenses qui seront retracées au niveau des comptes PCE. Les deux branches de l'alternative sont les suivantes :

- l'administration pénitentiaire réussit à obtenir l'intégration de son référentiel d'activité dans CHORUS et à obtenir un axe d'analyse géographique au niveau de l'établissement. Cette solution serait évidemment la plus simple, mais pourrait aussi alourdir CHORUS et il est impossible d'indiquer à ce stade la faisabilité de cette option ;
- l'administration pénitentiaire ne réussit pas à ventiler dès l'imputation de la dépense ses dépenses par fonction et par établissement.

Dans ce dernier cas, la prise en charge de la comptabilité analytique et de la ventilation des charges par fonction et par mode de gestion dans ce cas reposera intégralement sur le bureau SD5 et les SAI. En particulier pour les établissements en gestion publique, un suivi de la dépense devra être organisé sur un échantillon d'établissements, imposant de tenir un journal précis des dépenses sur un système d'information *ad hoc* (tableur Excel). Pour alléger le travail des SAI, l'échantillon serait réparti nationalement, chaque DISP ne devant suivre qu'un ou deux établissements. Le bureau SD5 devra définir des clés de répartition de la dépense entre les différentes fonctions, en s'inspirant du travail effectué dans les DISP de Strasbourg et Lille par exemple.

Sur le plan pratique en revanche, pour les établissements en gestion déléguée, la ventilation des dépenses par fonction sera de toute manière disponible grâce à la comptabilité analytique transmise par les prestataires.

2. Une grille d'analyse commune pourrait faciliter l'analyse de la performance des deux modes de gestion

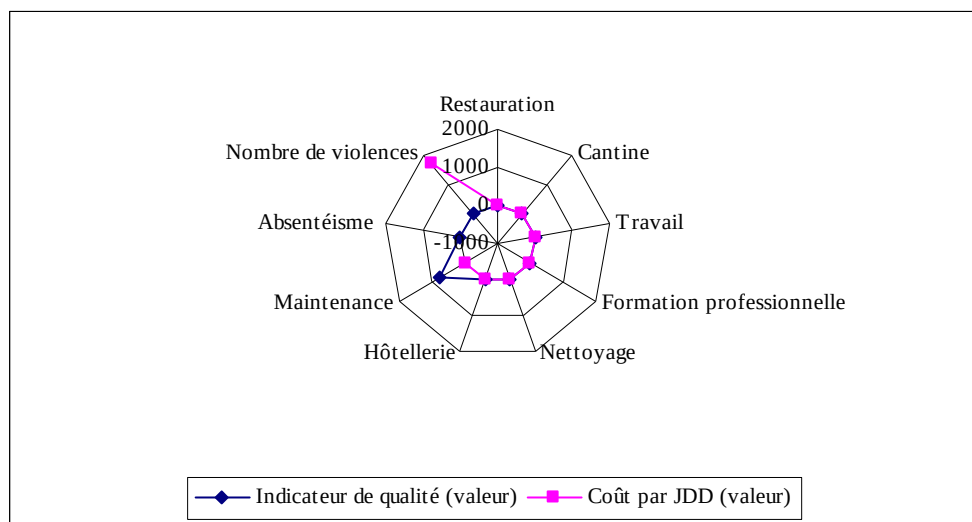
Au vu des entretiens de la mission, plusieurs outils faciliteraient la mise sous tension des deux modes de gestion. Deux outils sont plus particulièrement destinés au pilotage de la gestion déléguée.

La mise à disposition d'abord, de préférence en ligne, d'une documentation juridique synthétique, à destination des établissements ou des UGD. Cet outil constituerait une avancée très appréciable, qui a fait défaut jusqu'à présent pour l'exécution des marchés de gestion déléguée. Cet outil devrait, en revanche, être utilisable dès le début de la mise en œuvre du futur marché et enrichi au fur et à mesure des questions posées par les utilisateurs (attachés, directeurs techniques et chefs d'établissement, etc.) et de l'affinement de la « doctrine » par la MGD.

La mise en place d'une interface informatique avec le système d'information du prestataire, ensuite, permettrait de mieux contrôler la fiabilité des données y figurant et qui alimentent les RMA. Sans reprendre le système de management sur la maintenance du contrat de partenariat critiqué *supra* (cf. au I.B.3.), cette interface pourrait permettre à l'administration pénitentiaire de demander au prestataire de définir un plan de maintenance incluant les opérations de gros entretien renouvellement, en conformité avec les résultats des audits SOCOTEC. Ce plan serait mis à jour annuellement en fonction des travaux réalisés, en association avec la direction de l'établissement.

Une grille nationale pourrait être développée sur le modèle présenté *infra*, commune aux deux modes de gestion. Elle consisterait en l'alliance d'indicateurs de qualité et d'indicateurs de coût pour cartographier l'efficacité de chaque fonction. Ce diagramme ou « radar » serait établi pour la gestion publique et la gestion déléguée, au niveau national mais aussi au niveau de chaque établissement, permettant une comparaison rapide. La périodicité de l'édition de ce diagramme reste à déterminer (semestriel, trimestriel), mais la plus large diffusion devrait être faite au niveau des DISP.

Graphique 27 : Proposition de diagramme d'activité complété pour l'établissement de Maubeuge



Source : Mission.

Cette grille serait alimentée par les indicateurs d'efficacité et de coût suivants, communs aux deux modes de gestion. Les indicateurs choisis sont pour l'essentiel d'ores et déjà suivis soit en gestion déléguée, soit dans les deux modes de gestion via les suivis statistiques de la sous-direction des personnes placées sous main de justice. Il est fait l'hypothèse ici que la fonction travail demeurera dans le périmètre des fonctions déléguées même si ce sujet peut être discuté (cf. *infra* au D.).

Tableau 28 : Proposition d'indicateurs communs aux deux modes de gestion

Fonction	Indicateur principal (national)	Indicateurs complémentaires (DISP, établissement)	Indicateur de coût
Maintenance	Nombre d'heures d'actions préventives réalisées	- Nombre d'heures d'actions correctives réalisées dont nombre d'heures d'astreintes - Consommations énergétiques/type de fluides (en unités: m3, kW/h)	- Coût de la fonction maintenance (achats, sous-traitance, fluide, masse salariale)
Indicateurs RH	Nombre d'arrêts de maladie de courte durée	- Taux d'absentéisme (hors formation, congés maternité, etc.)	-
Nombre de violences	Nombre d'agressions entre détenus	- Taux de suicides	- Coût des dégradations individuelles volontaires

Fonction	Indicateur principal (national)	Indicateurs complémentaires (DISP, établissement)	Indicateur de coût
Restauration	Satisfaction : nombre d'évaluations « bien » ou « très bien » du goûteur lors des contrôles de l'AP sur un nombre déterminé de contrôles	- Contrôle du grammage (avec définition d'un nombre de contrôles) ; - Contrôle de la température (sur un nombre de contrôle imposé) ; - Nombre d'analyses bactériologiques satisfaisantes (50 contrôles à l'année) - Respect des repas, variété des menus	Coût= (montant des achats alimentation + masse salariale associée à la fonction+ fluides+dotation aux amortissements+ sous-traitance)/ nombre de JDF ou de JDD réellement hébergés
Travail	Temps moyen de travail par détenu classé en ateliers (heures travaillées par mois)	- Nombre d'heures de prospection ; - Montant d'investissements ; - Nombre de nouveaux contrats signés ; - Rémunération moyenne mensuelle des détenus classés en ateliers (€/mois) ; - Nombre de détenus au SMR et au-delà	Résultat d'exploitation de la fonction = différence produits de la fonction - charges liées à la fonction
Formation	Nombre d'attestations de compétences remises	- Nombre de nouvelles actions entamées ; - (nombre d'heures FP réalisées)/(nombre heures FP proposées)	Coût direct de la fonction (masse salariale+ achats+sous-traitance+fluides+ dotation aux amortissements) / nombre de JDF ou de JDD réellement hébergés
Cantine	Nombre de réclamations du mois (fondées)	- Montant moyen cantiné par détenu cantinant (€) ; - Répartition du CA de la cantine par catégorie de produits (ordinaires ou exceptionnels) ; - CA des 100 premiers produits cantinés/ nombre de commandes	- Prix moyen du panier du détenu (en €) en gestion déléguée et en gestion publique - Résultat d'exploitation de la fonction cantine
Hôtellerie	Taux de draps non restitués par rapport au nombre de sorties	- Nombre de draps usagés ; - Allocation de dotation/nombre d'entrants.	Coût de la fonction (achats+ masse salariale+ fluides+ sous-traitance)/JDD (en €)
Transport	Taux d'indisponibilité des chauffeurs	- Nombre global de transferts, dont extractions médicales ; - Kilométrage mensuel moyen des véhicules	Coût de la fonction (achats+ masse salariale+ carburants+ sous-traitance+ dotation aux amortissements)/JDD (en €)
Nettoyage	Pourcentage des déchets traités en tri sélectif et/ou recyclés	- Nombre de demandes d'interventions pour un nettoyage curatif	Coût de la fonction (achats+ masse salariale+ fluides+ sous-traitance+ dotation aux amortissements)/JDD (en €)

Source : Mission.

C. La révision du périmètre des services, de la taille des lots et du partage des risques pourrait permettre aux entreprises nationales « moyennes » de mieux se positionner sur les futurs contrats de partenariat

L'ensemble des propositions de la mission concernant le contrat de partenariat sont récapitulées dans le tableau *infra* et sont détaillées dans l'annexe II au V. **La mission met ici l'accent sur les préconisations pouvant, sans remettre en cause le caractère « déconsolidant » sur le plan budgétaire du projet, faciliter l'accès de nouveaux offreurs au marché de la construction/exploitation des établissements pénitentiaires** – des acteurs qui ne constituent pas des majors mais disposent néanmoins d'un chiffre d'affaires et d'une surface financière suffisante pour prétendre gérer un contrat de partenariat -.

1. Borner le périmètre aux services bâtimentaires et diminuer la taille des lots pourraient accroître la concurrence sur les futures procédures de contrat de partenariat menées par l'APIJ

L'expérience de l'inclusion des services à la personne dans le contrat de partenariat est au final négative si le surcoût par rapport au contrat de gestion déléguée sur l'AOT-LOA est confirmé par l'analyse comparée par l'administration pénitentiaire des prochains contrats de gestion déléguée (le marché actuel prendra fin au 31 décembre 2009) avec les résultats du contrat de partenariat.

La mission propose en scénario central **de limiter le périmètre du contrat de partenariat aux services bâtimentaires**, les services à la personne faisant l'objet d'un contrat séparé de gestion déléguée. Si les fonctions travail et formation professionnelle faisaient l'objet d'un traitement séparé (cf. *infra* au D.), l'administration pénitentiaire aurait cependant la possibilité de contracter selon deux options :

- contrat de partenariat limité aux services bâtimentaires ;
- contrat de partenariat incluant en outre les services de restauration, d'hôtellerie et de transport.

L'administration pénitentiaire pourrait ainsi comparer les mérites respectifs des deux formules sur un périmètre moins problématique à appréhender pour les différents acteurs du marché, et mesurer le coût des prestations par rapport à la gestion déléguée classique.

La **taille des lots doit être diminuée, à un ou deux établissements au maximum** – surtout si, dans ce dernier cas, la construction est effectuée simultanément - pour permettre aux acteurs de taille moyenne de limiter leur risque financier. Ce périmètre est en outre compatible avec la nécessité de ne pas multiplier les procédures pour l'APIJ et l'administration pénitentiaire.

2. Le niveau des exigences bancaires, la répartition des risques voire le montant des indemnisations doivent être révisés pour favoriser l'accès des compétiteurs

Certains risques assumés aujourd'hui par le prestataire doivent être transférés vers l'Etat, plus à même de les prendre en charge :

- une partie du risque d'obtention du permis de construire, portant en particulier sur le délai d'obtention ;
- le risque du recours à la signature du contrat lorsqu'il porte sur le fondement même du contrat ou de l'investissement (dommages permanents de maîtrise d'ouvrage) ;
- l'ordre d'affermissement des tranches conditionnelles décidé par l'Etat ;
- le risque écologique et archéologique exceptionnel ;
- le risque d'évolution du taux après la signature du contrat en particulier avant même la livraison des établissements.

Par ailleurs, outre l'abaissement de la durée de garantie après l'achèvement du contrat (aujourd'hui de trois ans), l'ensemble des durées et montants des garanties pourraient être revus pour ne pas représenter de barrière inutile à l'entrée du marché pour des entreprises de taille moyenne.

La mission n'est pas en mesure – cela ne relevait d'ailleurs pas du champ de ses investigations - d'évaluer l'impact financier de ces transferts sur les conditions de financement offertes à l'administration pénitentiaire. Ces transferts de risques sont en revanche de nature à permettre à de nouveaux offreurs du secteur de pouvoir soumissionner aux futurs projets.

Enfin, plusieurs clauses peuvent permettre de rétablir, au moins partiellement, l'équilibre entre les nouveaux entrants et les majors déjà implantés, parmi lesquelles (cf. annexe II au V) :

- permettre aux entreprises de finaliser leur groupement, et notamment le choix du partenaire financier, après le dépôt de leur candidature (disposition prévue par la loi de relance du 17 février 2009) ;
- proposer un projet de conception dans le dossier d'appel d'offres, qui n'aurait pas de caractère prescriptif, mais pourrait réduire l'investissement des candidats dans ce domaine, tenir compte des propositions d'économies faites par la révision générale des politiques publiques (RGPP) et réduire l'écart entre candidats ayant déjà conçu des établissements et les autres ;
- mettre en place des étapes intermédiaires d'élimination des candidats lors du dialogue compétitif pour éviter un investissement trop important de la totalité des candidats ;
- mieux indemniser les groupements non retenus en tenant compte de l'effort financier du candidat, éventuellement via une prise en charge par le titulaire ;
- revoir les critères de sélection des candidats (notamment les pondérations) pour mieux prendre en compte les propositions en termes de services et d'exploitation.

Le tableau *infra* résume les propositions développées en annexe II.

Tableau 29 : Tableau synthétique des propositions de modification sur le contrat de partenariat

Propositions
1. Evaluation préalable et évaluation des candidats
Réaliser l'évaluation préalable à partir d'un projet le plus défini et précis possible, afin que l'évaluation soit la plus pertinente possible
Justifier le choix du scénario de référence servant de base à la comparaison
Améliorer la méthodologie pour l'évaluation des risques : analyser l'ensemble des risques intervenant dans le projet, définir les courbes de répartition de probabilités, les données de surcoûts et les indicateurs utilisés pour la quantification des risques, déterminer plusieurs paramètres pour chacun des risques quantifiables (variance, espérance, moyenne...), quantifier le risque global à partir de l'analyse de la corrélation des risques
Capitaliser au maximum les informations permettant de définir les coûts et d'évaluer les risques des différents projets. Utiliser la MAPP comme plate-forme d'échange et de diffusion entre ministères des bonnes pratiques en termes de réalisation des évaluations préalables, de l'évaluation des risques, des méthodologies utilisées...
Prévoir systématiquement de vérifier, à l'issue du dialogue compétitif, que le projet est toujours éligible au contrat de partenariat, c'est-à-dire que le projet avec les coûts réels issus des offres finales des candidats (ou de l'offre finale du candidat retenu) est plus avantageux lorsqu'il est réalisé en contrat de partenariat que selon les autres modalités étudiées lors de l'évaluation préalable
Demander aux candidats le calcul du coût du projet sans et avec mécanisme de cession de créances (au niveau auquel l'administration souhaiterait le fixer), afin de bien évaluer le coût supplémentaire supporté par l'Etat
Revoir les coefficients d'évaluation des candidats afin que leur pondération prenne mieux en compte le poids des services au sein du contrat ; détailler les pondérations des sous-critères
Mieux valoriser la créativité et l'innovation des candidats au sein de la notation
Réduire l'investissement des candidats lors du dialogue compétitif : réduire le nombre et le niveau des offres (niveau APS et non APD)
Prévoir des éliminations de candidats au cours de la procédure afin de réduire les investissements à perte des candidats
2. Répartition des risques du contrat

Propositions
Transférer au secteur public une partie du risque d'obtention du permis de construire (lorsqu'il n'est pas lié à une faute du partenaire privé)
Transférer au secteur public le recours à la signature du contrat lorsqu'il porte sur le fondement-même du contrat ou sur le choix de réaliser un tel investissement (dommages permanents de maîtrise d'ouvrage)
Transférer au secteur public le risque lié à l'ordre d'affermissement des tranches conditionnelles (indemnité à verser au partenaire privé)
Transférer au secteur public le risque écologique et archéologique exceptionnel
Transférer au secteur public le risque d'évolution du taux entre la signature du contrat et la livraison des établissements
Réduire la durée de garantie de trois ans après l'achèvement du contrat pour chaque établissement (ou prévoir la réduction progressive du montant des indemnités dues par le partenaire)
3. Système d'indicateurs mieux adapté et plus flexible
Prévoir une période d'ajustement pour certains types d'indicateurs (non dommageables à la sécurité immédiate des détenus ou du personnel)
Mener une réflexion avec l'administration pénitentiaire pour définir précisément les modalités pratiques de mesure et de contrôle de certains indicateurs problématiques (ou sources potentielles de difficultés) et introduire plus de souplesse afin de permettre à l'administration pénitentiaire d'adapter les mécanismes avec le partenaire privé en cours de contrat si nécessaire
Instaurer des niveaux de pénalités proportionnés ne représentant pas un obstacle pour d'éventuels partenaires financiers, notamment les pénalités concernant le travail pénitentiaire
4. Portage du contrat de partenariat
Associer au maximum l'administration pénitentiaire à la phase de projet, de construction, et à la rédaction de l'ensemble des documents contractuels
Tenir compte dans les documents préparés par l'APIJ des retours d'expérience de l'administration pénitentiaire sur les établissements les plus récents, y compris en cours de livraison (défauts de construction, matériaux inadaptés...)
Doter l'administration pénitentiaire de compétences juridiques solides pour assurer le suivi du contrat, au niveau central comme au niveau local : mettre en place notamment des formations systématiques à destination de la direction des établissements concernés
5. Périmètre des services à inclure dans le contrat de partenariat
Exclure les services à la personne du contrat de partenariat, qui serait donc limité aux services bâtimentaires ; Services à la personne repris au sein d'un contrat de gestion déléguée conclu pour une durée de 8 ou 9 ans
Traitement des services travail-formation : expérimentation de l'exclusion des services travail-formation du contrat de partenariat ou du contrat de gestion déléguée, avec une délégation de service spécifique sur cette activité séparée, ou bien sa reprise par l'administration pénitentiaire
6. Expression de la concurrence sur le marché
Réduire la taille des lots à 1 ou 2 établissements au maximum
Permettre au candidat de boucler le montage financier (choix du partenaire financier) après le dépôt de candidature
Réduire le délai de la procédure sur toutes les phases amont et aval du dialogue compétitif, et augmenter le niveau des indemnités pour attirer des entreprises de taille moyenne
Revoir les dispositifs de garanties bancaires (durée et montant, y compris après la fin du contrat) demandées aux candidats afin qu'ils ne constituent pas une barrière à l'entrée pour des candidats de taille moyenne
Proposer un projet de conception « de référence » du bâtiment dans le dossier d'appel d'offres afin de réduire l'écart entre les groupements ayant déjà réalisé des établissements et les autres
7. Mise en cohérence par la MAPP
Au moment du dialogue compétitif, exiger la formalisation de la mise à jour des coûts de la comparaison des scénarios pour valider l'avantage du PPP au vu des coûts affinés du projet
Proposer des éléments méthodologiques pour l'évaluation des risques de l'évaluation préalable ; mettre en place des échanges entre ministères pour diffuser les bonnes pratiques

Source : Mission.

D. Un traitement particulier est nécessaire sur les fonctions travail et formation professionnelle, compte tenu de leurs spécificités et de l'évolution attendue du cadre législatif

1. Confier les fonctions travail et formation professionnelle à d'autres acteurs pourrait être envisagé

L'évolution du marché du travail et les dispositions du projet de loi pénitentiaire vont modifier l'organisation des établissements mais aussi la place du travail dans la détention et la conception de la relation avec les prestataires en vigueur dans la génération actuelle du marché (2002-2009). La mission estime que le périmètre actuel du marché de gestion déléguée - et par conséquent celui du contrat de partenariat, cf. *supra* – pourraient être revus dans le sens d'une exclusion du travail et de la formation professionnelle pour les motifs listés *supra* au II.D.

La MGD prévoit déjà le caractère optionnel de la prestation de formation professionnelle dans le cadre du futur appel d'offres de la gestion déléguée (2010-2015/2017), sur les lots géographiques des régions volontaires pour le transfert de compétences (Nord-Pas-de-Calais, Pays-de-la-Loire, etc.). Ce mécanisme optionnel pourrait être étendu à la fonction travail ou du moins expérimenté, afin d'élargir l'accès à cette fonction à des prestataires spécialisés et de comparer prix et prestations. Cette expérimentation pourrait intervenir soit dans le cadre du renouvellement des marchés de gestion déléguée soit à l'occasion de la construction de nouveaux établissements.

L'intervention des entreprises d'insertion, rendue possible par le projet de loi pénitentiaire adopté par le Sénat le 6 mars 2009, pourrait également être prise en compte.

Cette réflexion pourrait **englober le rôle et le périmètre d'activité du service de l'emploi pénitentiaire (SEP)**. Aux termes de son arrêté constitutif du 4 septembre 1998, le SEP a un **large champ d'intervention** puisqu'il est chargé « *1. D'organiser la production de biens et de services par des détenus et d'en assurer la commercialisation ; 2. D'assurer, dans le cadre des orientations générales définies en matière de réinsertion et de travail pénitentiaire et de manière complémentaire au travail en concession et au service général, la gestion ou l'aide au développement d'activités de travail et de formation dans les établissements pénitentiaires, particulièrement dans les établissements pour peines ; 3. De gérer la régie industrielle des établissements pénitentiaires* ». Aujourd'hui, son activité est limitée géographiquement, sur un panel d'activités diversifié³⁷.

Toutefois, le SEP-RIEP concentre l'expertise technique et dispose d'un réseau de commerciaux pour démarcher les acteurs économiques. L'élargissement de son périmètre d'intervention pourrait être envisagé, y compris en gestion déléguée, pour assister et appuyer les démarches de prospection commerciale des établissements.

³⁷ La RIEP est présente sur 44 ateliers répartis dans 27 établissements et emploie 1 200 personnes pour un chiffre d'affaires de 21,16 M€ en 2006. La RIEP propose ses services dans 11 domaines d'activité : confection, métallerie, menuiserie, cuir, mécanique, imprimerie, traitement de l'image, traitement du son, agriculture, foresterie, informatique.

2. A minima, les conditions d'exécution de la prestation travail doivent être revues à l'occasion du futur marché de gestion déléguée

Dans un contexte économique structurellement défavorable au travail en milieu pénitentiaire, les conditions d'exercice de la prestation doivent être aménagées si la prestation travail figure toujours dans le périmètre de la gestion déléguée. Parmi les aménagements peuvent figurer, à l'occasion du renouvellement du marché de gestion déléguée :

- le paiement par l'Etat d'un forfait au prestataire pour la fonction travail (aujourd'hui le prestataire n'est pas rémunéré), afin de couvrir une partie au moins des charges fixes assumées par le prestataire et d'éviter tout financement croisé par ce dernier sur la part du loyer théoriquement consacrée à d'autres fonctions (exemple : maintenance) ;
- la possibilité pour le prestataire de proposer/développer d'autres activités si les conditions économiques sur le bassin d'activité se dégradent, en lieu et place de la pénalisation dans un premier temps ;
- la pénalisation adaptée aux efforts réellement consentis par le prestataire à la prospection et au démarchage des clients, sous réserve de trouver un indicateur adapté (exemple : nombre d'heures de prospection, nombre de contacts et de comptes rendus au client, nouveaux investissements, etc.). La mission note d'ailleurs que le RMA comporte déjà un indicateur pour évaluer les efforts de prospection du prestataire (indicateur « *Nombre de nouveaux contrats signés* »). La mission estime pertinent de développer des indicateurs traduisant mieux l'effort commercial du prestataire, et donc son savoir-faire pour adapter la pénalité en conséquence.

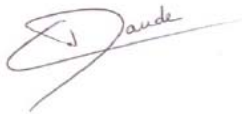
L'objectif n'est pas de diminuer le niveau d'exigences de l'Etat envers le prestataire mais de l'adapter à une fonction complexe, sur tous les paramètres de laquelle le prestataire n'a pas nécessairement prise, et qui se révèle peu attractive. Une pénalisation « automatique » peut s'avérer désincitative (le prestataire pourrait économiquement avoir intérêt à payer la pénalité, moins coûteuse que d'investir dans la fonction).

Paris, le 7 avril 2009

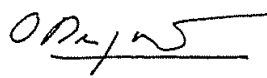
Les inspecteurs des finances,



Patrick BLANC



Caroline DAUDE



Orianne DUPRAT-BRIOU



Jérôme RIVOISY

Sous la supervision de
l'inspecteur général des finances



Noël de SAINT-PULGENT

ANNEXES

LISTE DES ANNEXES

**ANNEXE I : PILOTAGE ET SUIVI DE LA PERFORMANCE DES
PRESTATIONS ASSUREES PAR DES PARTENAIRES
EXTERIEURS A L'ADMINISTRATION PENITENTIAIRE**

**ANNEXE II : ANALYSE DES CONTRATS DE PARTENARIAT ET
PROPOSITIONS D'EVOLUTION**

ANNEXE III : LISTE DES PERSONNES RENCONTREES

ANNEXE I

**PILOTAGE ET SUIVI DE LA PERFORMANCE
DES PRESTATIONS ASSUREES PAR DES PARTENAIRES EXTERIEURS A
L'ADMINISTRATION PENITENTIAIRE**

SOMMAIRE

I. LE RECOURS A L'EXTERNALISATION POUR PRENDRE EN CHARGE UN SPECTRE CROISSANT DE FONCTIONS DANS LES ETABLISSEMENTS PENITENTIAIRES TEND A DEVENIR UN MODE DE GESTION PREPONDERANT.....	1
A. D'ICI A 2012, LA GESTION DU TIERS DES ETABLISSEMENTS ET D'UN PEU MOINS DE LA MOITIE DES PLACES DE DETENTION SERA CONFIEE, SELON DIVERSES MODALITES, A DES PRESTATAIRES EXTERIEURS A L'ADMINISTRATION.....	1
1.L'innovation de la « gestion mixte » introduite par la loi du 22 juin 1987 dite « loi Chalandon ».....	1
2.La loi d'orientation et de programmation pour la justice du 9 septembre 2002 et l'ordonnance du 17 juin 2004 relative aux contrats de partenariat conduisent à un élargissement de l'intervention du secteur privé à la construction des futurs établissements pénitentiaires, ainsi qu'à un redécoupage des fonctions traditionnellement dévolues aux gestionnaires délégués	3
3.Parallèlement à la prise en charge par le secteur privé des services liés aux bâtiments et de ceux destinés aux détenus, l'administration pénitentiaire recourt fréquemment, s'agissant des établissements demeurés en gestion publique, à des marchés pour acheter des biens ou des prestations de services.....	6
4.L'intensité du recours aux prestataires privés diffère selon le type d'établissement pénitentiaire.....	9
B. L'EXTENSION PROGRESSIVE DU RECOURS AUX PRESTATAIRES DE SERVICES EXTERIEURS SE TRADUIT PAR UNE PART CROISSANTE DE LA DEPENSE PENITENTIAIRE CONSACREE AU PAIEMENT D'ECHEANCES OU DE LOYERS CONTRACTUELS.....	10
1.La situation budgétaire de l'administration pénitentiaire en 2008 et 2009 fait déjà apparaître la place croissante que tendent à occuper dans le parc les établissements en gestion déléguée.....	10
2.La part des dépenses budgétaires consacrées au paiement de prestations extérieures sous forme de loyers ou d'échéances va encore s'accroître entre 2008 et 2012.....	11
3.L'évolution de la « facture » des établissements en gestion déléguée entre 2002 et 2008 dépend pour partie des clauses d'indexation figurant dans les marchés et du nombre de détenus qui y sont hébergés	12
C. POUR FAIRE FACE A LA HAUSSE TENDANCIELLE DE LA POPULATION PENALE ET MODERNISER SON PARC, L'ADMINISTRATION PENITENTIAIRE S'EST ENGAGEE DANS UN IMPORTANT PROGRAMME DE CONSTRUCTION D'ETABLISSEMENTS, ASSORTI DE FERMETURES	15
1.Le programme d'ouvertures-fermetures de 2009 à 2012	15
2.La projection de la carte pénitentiaire à l'horizon 2017 vise à porter le nombre de places disponibles à plus de 65 000.....	18
II. SI LE PILOTAGE DES PRESTATAIRES PRIVES EST INCONTESTABLEMENT DEvenu UNE PRIORITE POUR L'ADMINISTRATION PENITENTIAIRE, IL PEUT ENCORE ETRE AMELIORE POUR SUIVRE PLUS EFFICACEMENT L'EXECUTION DES CONTRATS ET DOIT ETRE COMPLETE D'UNE EVALUATION DE LA PERFORMANCE DES ETABLISSEMENTS GERES EN GESTION PUBLIQUE	21
A. LE SUIVI DES CONTRATS DE PRESTATIONS DELEGUEES A LONGTEMPS ETE NEGLIGE PAR L'ADMINISTRATION PENITENTIAIRE.....	21
1.Les constats de l'audit conduit en 2007 sur la programmation pluriannuelle des investissements du ministère de la justice s'agissant notamment des prestations liées à l'entretien et à la maintenance des bâtiments.....	21

2.... complètent les commentaires exprimés par la Cour des comptes en 2006 sur d'autres aspects de la gestion déléguée.....	21
3.Les lacunes du pilotage des établissements en gestion déléguée se font sentir, en 2009, dans trois domaines en particulier	22
B. CONSCIENTE DE CES LACUNES, L'ADMINISTRATION PENITENTIAIRE A FAIT DU PILOTAGE DES ETABLISSEMENTS EN GESTION DELEGUEE UNE PRIORITE CLAIREMENT AFFICHEE DEPUIS 2006-2007, MEME SI L'ORGANISATION ET LES OUTILS MIS EN PLACE PEUVENT ENCORE ETRE AMELIORES	24
1.Si le pilotage de la gestion déléguée est désormais assuré par une structure centrale dédiée favorablement perçue, les attributions dévolues dans ce domaine à l'échelon interrégional restent à préciser et les outils peuvent encore être perfectionnés	25
2.Des attentes fortes sont exprimées par les établissements en gestion déléguée, tout particulièrement ceux du programme « 13 000 », moins dotés en ressources humaines que les établissements dont la construction est prévue en AOT-LOA ou contrat de partenariat.....	31
C. LES ETABLISSEMENTS PENITENTIAIRES EN GESTION PUBLIQUE NE FONT PAS L'OBJET D'UN SUIVI UNIFIE PAR L'ADMINISTRATION CENTRALE EN VUE D'EVALUER LA QUALITE DE LEUR GESTION ET DES PRESTATIONS QUI Y SONT ASSUREES	33
1.Le pilotage des établissements du parc dit classique est essentiellement de nature budgétaire tout en n'étant pas exempt de défauts.....	33
2.Les deux types de gestion ne font l'objet que de comparaisons ponctuelles, à l'initiative notamment de certains bureaux de l'administration centrale et de quelques DISP.....	33
3.La sensibilité des chefs d'établissement du parc classique aux aspects touchant à la gestion apparaît très inégale	34
4.Le bureau de l'évaluation, du contrôle de gestion et des achats (SD5) ne joue pas pour les établissements du parc classique un rôle équivalent à celui de la MGD à l'égard des établissements en gestion déléguée.....	35
III. PRINCIPALES RECOMMANDATIONS EN VUE D'ACCROITRE L'EFFICACITE DU PILOTAGE DES ETABLISSEMENTS PENITENTIAIRES, QUEL QUE SOIT LEUR MODE DE GESTION	36
A. ORGANISATION ET ATTRIBUTIONS	36
1.Une clarification des rôles respectifs des différents échelons administratifs s'agissant du pilotage des marchés de gestion de déléguée ou des autres types de contrats.....	36
2.Le fonctionnement des services centraux et déconcentrés de l'administration pénitentiaire pourrait être revu en vue d'assurer un pilotage plus efficient des établissements, moyennant le développement prioritaire d'un contrôle de gestion appliqué à la gestion publique.....	37
B. RESSOURCES HUMAINES ET FORMATION	38
1.Les ressources humaines	38
2.La formation	39
C. INSTRUMENTS DE PILOTAGE.....	39
1.Tableaux de bord et rapports.....	39
2.Audits	40
3.Outils et supports informatiques.....	40

I. LE RECOURS A L'EXTERNALISATION POUR PRENDRE EN CHARGE UN SPECTRE CROISSANT DE FONCTIONS DANS LES ETABLISSEMENTS PENITENTIAIRES TEND A DEVENIR UN MODE DE GESTION PREPONDERANT

Depuis la fin des années 1980, l'administration pénitentiaire recourt à des prestataires de services extérieurs en vue de l'exécution et de la gestion d'un certain nombre de fonctions pour le compte de ses établissements.

Si les modalités d'intervention de ces prestataires, qui appartiennent tous au secteur privé, et le périmètre des services qui leur sont confiés diffèrent selon la formule juridique choisie ou le type d'établissement pénitentiaire concerné, ce mode de gestion est largement privilégié pour l'ouverture de nouveaux établissements et devrait approcher, d'ici à l'horizon 2012, la moitié du total des places de détention disponibles.

La part des dépenses consacrées à ce titre par l'administration pénitentiaire va donc sensiblement progresser dans les prochaines années, à la faveur notamment des constructions réalisées sous la forme d'un partenariat public-privé (PPP) et des loyers qui seront versés aux titulaires des contrats.

A. D'ici à 2012, la gestion du tiers des établissements et d'un peu moins de la moitié des places de détention sera confiée, selon diverses modalités, à des prestataires extérieurs à l'administration

1. L'innovation de la « gestion mixte » introduite par la loi du 22 juin 1987 dite « loi Chalandon »

Parallèlement à la gestion publique classique (c'est à dire en régie), une nouvelle modalité de gestion des établissements pénitentiaires, la « gestion mixte », a été instaurée avec la loi n° 87-432 du 22 juin 1987 relative au service public pénitentiaire, qui offre un cadre assez large pour confier l'exécution de certaines fonctions à des prestataires, publics ou privés.

L'article 2 de la loi précitée du 22 juin 1987 modifiée dispose en effet que : « *Par dérogation aux dispositions des articles 7 et 18 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'œuvre privée, l'Etat peut confier à une personne ou à un groupement de personnes, de droit public ou de droit privé, une mission portant à la fois sur la conception, la construction et l'aménagement d'établissements pénitentiaires. L'exécution de cette mission résulte d'un marché passé entre l'Etat et la personne ou le groupement de personnes selon les procédures prévues par le code des marchés publics. Si le marché est alloti, les offres portant simultanément sur plusieurs lots peuvent faire l'objet d'un jugement global. (...) Les fonctions autres que celles de direction, de greffe et de surveillance peuvent être confiées à des personnes de droit public ou de droit privé habilitées, dans des conditions définies par un décret en Conseil d'Etat. Ces personnes peuvent être choisies dans le cadre des marchés prévus au deuxième alinéa.* »

Dans les faits, les fonctions déléguées jusqu'à présent à des prestataires ont concerné la maintenance, le transport des détenus, la restauration, le nettoyage, la cantine, le travail pénitentiaire, la formation professionnelle, ainsi que la santé pour la seule première génération de contrats (1990-2001).

L'article 1^{er} du décret n° 87-604 du 31 juillet 1987 pris pour l'application de la loi précitée prévoit notamment que les personnes auxquelles peuvent être confiées par contrat des fonctions autres que celles de direction, du greffe et de surveillance dans les établissements pénitentiaires doivent faire l'objet d'une habilitation accordée par le garde des sceaux, ministre de la justice.

- Annexe I, page 2 -

A la fin de l'année 2008, 27 établissements (soit 21 du programme dit « 13 000¹ » et 6 du programme dit « 4 000² »), représentant de l'ordre de 30% des places pour détenus majeurs, fonctionnaient selon le mode de la gestion déléguée telle qu'instituée par la loi du 22 juin 1987. Des contrats dits multiservices ont été conclus sous la forme de marchés publics entre l'administration et les entreprises gestionnaires.

Tableau 1 : Liste des 27 établissements pénitentiaires en gestion déléguée (programmes « 13 000 » et « 4 000 » – conception-réalisation) au 31 décembre 2008

Etablissements	Programme	Type	Prestataire	Nombre de places	DISP de rattachement
Neuvic-sur-l'Isle	13 000	CD	Gepsa	400	Bordeaux
Uzerche	13 000	CD		600	
Châteaudun	13 000	CD	Gepsa	600	Dijon
Joux-la-Ville	13 000	CD		600	
Varennes-le-Grand	13 000	CP		600	
Villenauxe-la-Grande	13 000	CD		400	
Bapaume	13 000	CD	Siges	600	Lille
Longuenesse	13 000	CP		600	
Maubeuge	13 000	CP		400	
Lille-Séquedin	4 000	MA		635	
Liancourt 1 et 2	4 000	CP		600 + 202	
Aiton	13 000	CP	Gepsa	430	Lyon
Villefranche-sur-Saône	13 000	MA		600	
Aix-Luynes	13 000	MA	Idex	600	Marseille
Grasse	13 000	MA		600	
Salon-de-Provence	13 000	CD		600	
Tarascon	13 000	CD		600	
Avignon-Le Pontet	4 000	CP		605	
Toulon-La Farlède	4 000	CP		605	
Nanterre	13 000	MA	Gepsa	600	Paris
Osny-Pontoise	13 000	MA		600	
Villepinte	13 000	MA		600	
Meaux-Chauconin	4 000	MA		605	
Argentan	13 000	CD	Gepsa	600	Rennes
Saint-Mihiel	13 000	CD	Siges	400	Strasbourg
Villeneuve-lès-Maguelone	13 000	MA	Gepsa	600	Toulouse
Toulouse-Seysses	4 000	MA		595	
Total				15 477	

Source : Direction de l'administration pénitentiaire - mission gestion déléguée.

Le marché des prestataires délégués présents dans les activités pénitentiaires se caractérise par une structure très oligopolistique dans la mesure où seuls trois entreprises ou groupements d'entreprises se partagent les établissements concernés : Gepsa, Siges et Idex.

Gepsa, filiale d'Elyo (chauffagiste du groupe GDF-Suez), intervient en 2009 dans 15 des 27 établissements pour majeurs couverts par un contrat de type multiservices sur la période 2002-2009. Cette société, spécialement créée lors de la passation des premiers marchés de gestion déléguée à la fin des années 1980, réalise la quasi-totalité de son chiffre d'affaires dans le domaine pénitentiaire. Deux cotraitants interviennent à ses côtés : Elyo pour la maintenance et Eurest pour la restauration.

¹ Etablissements livrés entre décembre 1989 et juin 1992 et premiers contrats signés à compter de septembre 1989.

² En 1998, décision a été prise d'inclure les établissements du programme dit « 4 000 » (livrés au cours des années 2000) dans la gestion mixte à la faveur du renouvellement des contrats multiservices sur un périmètre de fonctions analogue au précédent (exception faite de la santé des détenus). Les marchés ont été attribués pendant l'été 2001.

Siges, filiale du groupe Sodexo, est gestionnaire délégué de six établissements pour majeurs des programmes « 13 000 » et « 4 000 », dont cinq sont situés dans le ressort de la direction interrégionale des services pénitentiaires (DISP) de Lille et un dans celui de la DISP Est-Strasbourg. Cette société, créée pour l'activité pénitentiaire, assure elle-même, de façon intégrée, l'ensemble des fonctions qui lui sont dévolues contractuellement.

Enfin, Idex Energies, entreprise familiale présente dans le domaine du chauffage et des énergies récemment acquise par un fonds de pension scandinave, gère six établissements pénitentiaires, tous situés dans le ressort de la DISP Provence-Alpes-Côte d'Azur-Corse, avec l'aide d'un cotraitant, Sogeres (filiale du groupe Sodexo depuis 2002), chargé de la restauration, et d'un sous-traitant, Préface (association appartenant au mouvement national Léo Lagrange), pour ce qui est de la formation professionnelle des détenus.

Si certains groupements sont susceptibles de connaître des reconfigurations à la faveur du renouvellement des marchés de gestion déléguée qui doit intervenir d'ici à janvier 2010³, l'arrivée effective à court terme de nouveaux entrants sur ce marché apparaît extrêmement limitée.

Deux des trois entreprises précitées ont d'ailleurs étendu leur champ d'intervention dans la période récente par le truchement des marchés de prestations de services des premiers établissements pour majeurs construits en conception-réalisation dans le cadre du programme « 13 200 » (Siges est le gestionnaire délégué du centre pénitentiaire de Saint-Denis-de-la-Réunion, ainsi d'ailleurs que des sept établissements pour mineurs (EPM)⁴, tandis que Gepsa s'est vu confier la gestion des trois établissements pour majeurs du lot réalisé sur le territoire métropolitain en conception réalisation : Mont-de-Marsan (livré à la fin de l'année 2008), Bourg-en-Bresse et Rennes.

Tableau 2 : Liste des sept établissements pénitentiaires pour mineurs (conception-réalisation)

Etablissements	Type	Prestataire	Nombre de places	DISP de rattachement
Quiévrehain	EPM	Siges	60	Lille
Meyzieu	EPM		60	Lyon
Marseille	EPM		60	Marseille
Porcheville	EPM		60	Paris
Meaux-Chauconin	EPM		60	
Orvault	EPM		60	Rennes
Lavaur	EPM		60	Toulouse
Total			420	

Source : Direction de l'administration pénitentiaire.

Moyennant un redécoupage fonctionnel et la constitution de nouveaux groupements, les gestionnaires délégués « historiques » sont également présents dans les services à la personne destinés aux établissements pénitentiaires construits dans le cadre d'un partenariat public-privé (PPP).

2. La loi d'orientation et de programmation pour la justice du 9 septembre 2002 et l'ordonnance du 17 juin 2004 relative aux contrats de partenariat conduisent à un élargissement de l'intervention du secteur privé à la construction des futurs établissements pénitentiaires, ainsi qu'à un redécoupage des fonctions traditionnellement dévolues aux gestionnaires délégués

La loi d'orientation et de programmation pour la justice (LOPJ) du 9 septembre 2002, couvrant la période 2002-2007, a étendu au domaine de la justice la possibilité de recourir à la procédure dite d'autorisation d'occupation temporaire-location avec option d'achat (AOT-LOA), introduite par la loi d'orientation et de programmation pour la sécurité intérieure (LOPSI) du 29 août 2002.

³ Idex a notamment fait part à la mission de son souhait de changer de cotraitant s'agissant de la restauration (au profit d'Avenance).

⁴ Dans les EPM, seules sont déléguées les fonctions restauration, hôtellerie et cantine.

Dans cette formule, le bailleur, titulaire du marché, se voit attribuer une autorisation d'occupation temporaire du domaine public assortie de droits réels avec l'obligation pour lui d'y construire un ouvrage pour les besoins de l'administration. L'Etat loue l'ouvrage construit en vertu d'une convention lui permettant notamment d'exercer une option d'achat avant son terme (paiement de loyers financiers à compter de la mise à disposition de l'ouvrage). La convention de bail peut prévoir que soient mis à la charge du bailleur l'entretien et la maintenance des bâtiments et installations (services dits « bâtimentaires »).

L'administration pénitentiaire a pu disposer ainsi d'une nouvelle procédure de construction d'établissements sous une forme spécifique de PPP.

Même si l'édification de certains nouveaux établissements continue de se faire sous la formule de la conception-réalisation ou en maîtrise d'ouvrage publique, plus de 70% des places nouvelles pour majeurs en maison d'arrêt et centres de détention du programme dit « 13 200 » ont été mis en œuvre au moyen de procédures de PPP : deux lots en AOT-LOA et un lot en contrat de partenariat « classique » régi par les dispositions de l'ordonnance n° 2004-559 du 17 juin 2004 modifiée (voir le tableau 3 ci-dessous).

Tableau 3 : Liste des établissements pénitentiaires pour majeurs du programme « 13 200 » dont la maintenance et les services à la personne sont ou seront délégués à des prestataires privés

Etablissements	Formule de construction	Type	Maintenance (prestataire ou bailleur en AOT-LOA)	Services à la personne (prestataire)	Nombre de places	DISP de rattachement
Mont-de-Marsan	Conception-réalisation	CP	Gepsa		698	Bordeaux
Bourg-en-Bresse	Conception-réalisation	CP			690	Lyon
Rennes-Vezin-le-Coquet	Conception-réalisation	CP			690	Rennes
Saint-Denis-de-la-Réunion	Conception-réalisation	CP	Siges		574	Mission outre-mer
Sous-total 1					2 652	
Lyon-Corbas	AOT-LOA lot 1	MA	Optimep 4 (Eiffage)	Gepsa	690	Lyon
Roanne	AOT-LOA lot 1	CD			600	Lyon
Nancy-Maxeville	AOT-LOA lot 1	CP			690	Strasbourg
Béziers	AOT-LOA lot 1	CP			810	Toulouse
Poitiers-Vivonne	AOT-LOA lot 2	CP	Themis ⁵ (Bouygues)	Gepsa	589	Bordeaux
Le Havre	AOT-LOA lot 2	CP			690	Lille
Le Mans-Coulaines	AOT-LOA lot 2	MA			400	Rennes
Sous-total 2					4 469	
Lille-Annoeullin	Contrat de partenariat	CP	Bouygues, Exprimm, Idex-Sogerès		688	Lille
Réau	Contrat de partenariat	CD			818	Paris
Nantes	Contrat de partenariat	MA			570	Rennes
Sous-total 3					2 076	
Rodez	Maîtrise d’ouvrage publique (MOP)	MA	Prestataires désignés dans le cadre du marché « MGD 04 » sauf Basse-Terre (principe de l’externalisation probable – consultation spécifique ultérieure vraisemblable)		100	Toulouse
Condé-sur-Sarthe	MOP	MC			220	Rennes
Vendin-le-Vieil	MOP	MC			220	Lille
Ajaccio	MOP	CP			220	Marseille
Basse-Terre	Non encore arrêtée	CP			350	Outre-mer
Sous-total 4					1 110	
Total					10 307	

Source : Direction de l'administration pénitentiaire.

⁵ Groupement contrôlé par la société Quille et associant Exprimm et Idex Energies.

A la différence du dispositif d'AOT-LOA, qui ne prévoit de confier au bailleur que les seuls services « bâtimentaires » (entretien et maintenance), le contrat de partenariat est susceptible, quant à lui, d'englober l'intégralité des services à la personne couverts de façon traditionnelle par la gestion déléguée au sens de la loi du 22 juin 1987, tels que la restauration, l'hôtellerie, la cantine, le transport, jusques et y compris le travail et la formation professionnelle des détenus. Contrairement à la formule d'AOT-LOA, la durée de toutes les prestations est alignée sur celle du contrat de partenariat (30 ans au total ou 27 ans après la construction de l'ouvrage) même s'il existe des mécanismes – complexes - de révision en cours de contrat.

Le graphique ci-après explicite les modalités de prise en charge des fonctions ou des blocs d'activités selon la procédure de construction choisie par l'administration pénitentiaire.

Graphique 1 : Modalités de prise en charge des différentes fonctions selon la formule juridique retenue

		<u>Procédure « classique »</u>		<u>AOT-LOA</u>	<u>Contrat de partenariat</u>	
		Gestion publique	Gestion mixte			
Construction		Maîtrise d'ouvrage publique (ex. conception-réalisation)		Bailleur (30 ans)	Attributaire contrat de partenariat (30 ans)	Investissement (T. V)
Maintenance		DRSP	Prestataire gestion délégée (7 ans)			
Entretien		Personnel établissement				
Services non régaliens		Personnel établissement	Prestataire Complémentaire (8 ans)			
		Sous-traitant				
		Sous-traitant				

Source : Mission d'audit de modernisation – rapport sur la programmation pluriannuelle des investissements du ministère de la justice (avril 2007).

C'est ainsi que les conventions d'AOT-LOA (deux lot couvrant au total sept établissements) et le contrat de partenariat (un lot de trois établissements) ont conduit à la formation de nouveaux groupements de prestataires privés, dominés par les grandes entreprises nationales du secteur du bâtiment et des travaux publics. Les gestionnaires délégués « classiques » n'en sont toutefois pas absents, s'agissant des services à la personne.

Optimep 4 (associé au constructeur Eiffage) et Themis (groupement associé au groupe Bouygues et faisant notamment intervenir IDEX Energies) assurent donc les fonctions d'entretien et de maintenance des bâtiments et équipements des deux lots d'établissements construits selon la formule d'AOT-LOA. De son côté, Gepa a remporté, pour ces deux lots, le marché de gestion déléguée des services à la personne, notifié le 16 juin 2008 et couvrant la période 2009-2015 (huit ans).

S'agissant du lot de trois établissements dont l'édification est prévue sous la forme d'un contrat de partenariat, le titulaire a constitué un groupement d'entreprises autour de sociétés du groupe Bouygues et associant notamment IDEX Energies (entretien et maintenance), Sogeres (restauration) et Préface (formation professionnelle).

3. Parallèlement à la prise en charge par le secteur privé des services liés aux bâtiments et de ceux destinés aux détenus, l'administration pénitentiaire recourt fréquemment, s'agissant des établissements demeurés en gestion publique, à des marchés pour acheter des biens ou des prestations de services

a) Des achats de plus en plus réalisés au niveau national ou interrégional

Un volume significatif des dépenses de fonctionnement normal des établissements pénitentiaires, y compris de ceux gérés en régie dans le cadre du parc classique, prend la forme d'achats de biens ou de services. Par exemple, s'agissant de la maison d'arrêt de Strasbourg, établissement en gestion publique visité par la mission le 29 janvier 2009, près de 36% des dépenses de fonctionnement constatées en 2007 ont relevé, soit d'accords-cadres passés par la DISP en ce qui concerne l'alimentation des détenus et la fourniture du pain, soit de contrats de maintenance exécutés pour l'établissement. Ce taux atteint plus de 55%, pour ce même établissement pénitentiaire, si l'on ajoute les dépenses d'eau et d'énergie (gaz et électricité) acquittées sous la forme d'abonnements. Il passe à près de 68% en incluant les prestations d'hôtellerie et de nettoyage des locaux.

Dans un rapport de janvier 2006 consacré à la gestion des prisons, la Cour des comptes déplorait qu'aucune doctrine n'ait été définie au plan national pour organiser une politique d'achat cohérente et que l'administration ne disposait pas d'une vue précise des pratiques de ses services en ce qui concerne les achats de biens alimentaires (qui représentaient alors près du quart des dépenses), faute de données fiables informatisées sur ce sujet et en raison de l'autonomie budgétaire traditionnellement conférée aux chefs d'établissement, qui prévalait encore.

Lors de ses déplacements, la mission a pu constater que l'éparpillement critiqué par la Cour des comptes tendait peu à peu à se réduire à la faveur d'un mouvement de « re-concentration » des marchés au niveau des directions interrégionales des services pénitentiaires (DISP), à l'origine d'économies significatives. Ce phénomène est particulièrement sensible en ce qui concerne l'achat du pain, un marché régional étant passé par l'unité responsable des marchés au sein du département du budget et des finances (DBF) de la DISP pour le compte de plusieurs établissements pénitentiaires.

Par ailleurs, une autre forme d'externalisation de la prestation de services s'est fait jour récemment avec l'expérimentation, menée dans le ressort de la DISP de Lille, de la délégation⁶ à un opérateur privé (en l'occurrence Avenance) de la seule fonction « cantine des détenus » des établissements pénitentiaires du parc classique. Il semble que cette formule ait connu des débuts difficiles dans plusieurs établissements en raison, d'une part, d'une préparation insuffisante du prestataire privé aux conditions d'exécution de ce service et de défaillances répétées de l'outil informatique de préparation et de gestion des bons de commande des détenus, d'autre part, de tarifs initiaux des produits proposés aux détenus significativement plus élevés que ceux pratiqués dans les établissements dont la cantine est en régie administrative ou en gestion déléguée⁷ (Avenance étant en effet contraint de répercuter ses frais fixes dans ses tarifs).

L'administration pénitentiaire doit procéder à un bilan de l'opération avant son extension (ou sa généralisation) éventuelle aux établissements en régie situés dans le ressort géographique d'autres DISP.

b) Une architecture de la fonction achats qui reste à définir précisément pour l'administration pénitentiaire en lien avec les réformes en cours au sein de l'Etat et du ministère de la justice

Le mouvement de re-concentration des achats opéré par l'administration pénitentiaire depuis quelques années doit donc être poursuivi. Il sera toutefois inévitablement affecté par les réformes de cette fonction en cours au sein de l'Etat en général (création d'un service des achats de l'Etat par un décret du 17 mars 2009) et du ministère de la justice en particulier.

⁶ Sous la forme d'une délégation de service public (DSP).

⁷ Dans ce dernier cadre, l'article 40 du cahier des clauses administratives particulières (CCAP) stipule en effet que « La fonction cantine s'autofinance hors charges de personnels du cocontractant prises en compte dans la rémunération de ce dernier. ».

Le responsable ministériel des achats du ministère de la justice, qui a pris ses fonctions en janvier 2009, a en effet fait procéder au recensement de toutes les procédures en vigueur au sein des différentes composantes du ministère (judiciaire, pénitentiaire, protection judiciaire de la jeunesse) selon 12 segments (véhicules, informatique, fournitures de bureau...). Ce panorama doit déboucher sur une nouvelle architecture distinguant les procédures qui devront être passées et suivies au niveau national de celles qui le seront plus utilement au niveau interrégional ou régional. Parmi les options possibles de professionnalisation de la fonction achats au sein du ministère de la justice, l'une d'elles, qui n'est encore qu'à l'état d'étude, pourrait consister en la création d'une plateforme « achats » commune à l'ensemble des composantes du ministère, qui serait située au sein du secrétariat général et comprendrait en son sein, des agents de l'administration pénitentiaire.

Dans cette perspective, encore non stabilisée à la date à laquelle la mission a conduit ses investigations, les unités responsables des achats au sein des départements du budget et des finances (DBF) des DISP pourraient, à l'avenir, être davantage mobilisées sur le contrôle de l'exécution des marchés passés au niveau interrégional (dans le sens d'une veille active destinée à accroître la performance de la commande publique) que sur la passation même des marchés (la rédaction des procédures intervenant surtout au niveau national, de façon plus « standardisée » qu'aujourd'hui).

*

Au total, le recours à des prestataires extérieurs pour la prise en charge ou la gestion de services dans les établissements pénitentiaires peut être présenté, aujourd'hui, à l'aide de la typologie suivante.

Tableau 4 : Répartition des établissements et de selon les modes de construction et d'externalisation des fonctions (établissements pour majeurs et mineurs à l'horizon 2012 – achèvement du programme « 13 200 » et extension de la gestion déléguée multiservices à la faveur du marché dit « MGD 04 » à compter de janvier 2010)

	Fourniture ou prestation mono-service	Gestion déléguée dite multiservices	AOT/LOA	Contrat de partenariat
Description	- L'administration (établissement ou DISP) passe un marché public en vue d'acheter des biens ou services (pain, denrées alimentaires, aspect précis de la maintenance...) - Une délégation de service public (DSP) a été conclue avec un prestataire en vue d'assurer le service de la cantine des détenus dans les établissements en gestion publique de la DISP de Lille	Eventail plus ou moins étendu de services confiés pour 8 ans par voie de marché à un prestataire (pouvant faire appel à un ou plusieurs cotraitants, ainsi qu'à un ou plusieurs sous-traitants) ou à un groupement de prestataires	- Le bailleur assure l'entretien et la maintenance de l'ouvrage qu'il construit pour le compte de l'administration (convention de bail) - Les services à la personne sont délégués à un gestionnaire par un marché distinct	Le titulaire du contrat de partenariat, chargé de la construction de l'ouvrage, s'associe à d'autres prestataires pour assurer, sur la durée dudit contrat (30 ans), l'ensemble des services prévus (liés aux installations et équipements et destinés aux personnes)
Cadre juridique	Marché public (code des marchés publics) ou délégation de service public (loi dite Murcef du 11/12/2001)	Marché public (loi du 22/06/1987)	Convention de bail et marché public (loi du 09/09/2002)	Contrat administratif (ordonnance du 17/06/2004)

	Fourniture ou prestation mono-service	Gestion déléguée dite multiservices	AOT/LOA	Contrat de partenariat
Nombre d'établissements	Non connu précisément	50*	7	3
Nombre de places	Non déterminé (sur un total de 34 955 places théoriques à l'horizon 2012)	22 310	4 469	2 076

Source : Direction de l'administration pénitentiaire – mission.

* : En incluant le futur centre pénitentiaire de Basse-Terre (livraison après 2012).

De façon chronologique, le tableau 5 fait apparaître, entre la fin du programme « 13 000 » et l'horizon 2012, la croissance progressive du nombre d'établissements pénitentiaires dont tout ou partie des fonctions susceptibles d'être déléguées sont prises en charge par des prestataires de services appartenant au secteur privé.

A l'horizon 2012, sous l'effet conjugué, d'une part, du programme de construction dit « 13 200 » (comprenant les prestations associées aux deux lots en AOT-LOA et au lot en contrat de partenariat), d'autre part, du renouvellement du marché de gestion déléguée pour la période 2010-2015-2017 (dit « MGD 04 »)⁸, c'est 30% du parc (60 établissements sur un total de 200) qui seront concernés par ces prestations de services et un peu plus de 45% des places de détention disponibles.

Pour ce qui est de la part de la population pénale hébergée dans des établissements au sein desquels des fonctions sont prises en charge par des prestataires extérieurs, le même tableau indique qu'au 1^{er} juillet 2008 (donc sans qu'il soit tenu compte des nouveaux établissements de Saint-Denis-de-la-Réunion et de Mont-de-Marsan), un peu moins de 17 500 détenus étaient écroués dans des structures à gestion déléguée (établissements pour majeurs et pour mineurs), soit un peu plus de 27% de la population pénale totale à cette date.

La mission n'a pas été en mesure d'identifier le nombre de détenus écroués dans les 21 établissements pénitentiaires du programme « 13 000 » à l'achèvement dudit programme, non plus que celui des détenus hébergés dans les 27 établissements « historiques » en gestion déléguée à l'achèvement du programme complémentaire dit « 4 000 ». Une projection précise de la population pénale susceptible d'être hébergée, en 2012, dans le parc de 60 établissements devant faire intervenir des prestataires extérieurs n'a pas, non plus, été réalisée.

⁸ Marché que l'administration pénitentiaire va passer avant la fin de l'année 2009 en vue de couvrir 45 établissements (si l'on retranche la future maison d'arrêt de Nice, qui ne figure plus au nombre des établissements dont l'ouverture est prévue à l'horizon 2012), répartis sur 51 sites et huit lots géographiques (soit quatre lots d'une durée de six ans et quatre lots d'une durée de huit ans). Figurent parmi ces 45 établissements, quatre gérés jusqu'au 31 décembre 2009 en régie directe : les centres pénitentiaires de Châteauroux, de Laon et Saint-Quentin-Fallavier, ainsi que la maison centrale d'Arles. Le spectre des services à la personne délégués aux prestataires sera, à cette occasion, élargie à deux nouvelles fonctions : la restauration du personnel pénitentiaire (mess) et l'accueil des familles des détenus.

Tableau 5 : Extension progressive du recours aux prestataires de services extérieurs
(en nombre d'établissements et en nombre de places - hors centres de semi-liberté)

	A l'achèvement du programme « 13 000 »	A l'achèvement du programme « 4 000 »	Au 31/12/2008	A l'horizon 2012, à l'achèvement du programme « 13 200 » et avec l'effet du marché dit « MGD-04 »
Programme « 13 000 »	21	21	21	21
Programme « 4 000 »		6	6	6
Etablissements pour mineurs (EPM)			7	7
Premiers établissement du programme « 13 200 » (conception-réalisation) livrés avant le 31/12/2008			2*	2
Etablissements du programme « 13 000 » précédemment en gestion publique				4
2 lots AOT-LOA + lot contrat de partenariat				10
Suite du programme « 13 200 »				7**
Gestion déléguée partielle étendue à des EP en gestion publique (Béthune, Douai et Muret)				3
Nombre d'établissements				
Total	21	27	36	60
Progression (en unités)		+ 6	+ 9	+ 24
% du total du parc			18,5%	30%
Nombre de places				
Total	10 786	15 477	17 169	28 855***
Progression (en unités)		4 691	1 692	11 686
% du total des places****		31,0%		45,2%*****
Nombre de détenus	NC	NC	17 493*****	Non déterminé
% du total			27,2%	

Source : Direction de l'administration pénitentiaire – calculs de la mission.

* Y compris le centre pénitentiaire de Saint-Denis-de-la-Réunion.

** : En incluant le futur centre pénitentiaire de Basse-Terre (livraison après 2012).

*** Y compris DAC et restauration-hôtellerie-buanderie (quartiers MA et CD de Lille-Loos).

**** Outre-mer inclus (total du nombre de places disponibles au terme du « 17 000 » : 49 911).

***** : Sur la base d'un total de 63 810 places en 2012 (à l'issue du programme « 13 200 »).

***** : Au 1^{er} juillet 2008.

4. L'intensité du recours aux prestataires privés diffère selon le type d'établissement pénitentiaire

Le tableau 6 fait apparaître que l'administration pénitentiaire recourt plus ou moins fortement à des prestataires extérieurs (hors le cas des marchés de fournitures ou de services à l'objet limité, qui concernent la plupart des établissements pénitentiaires du parc classique), selon le type d'établissement concerné.

Ainsi, à l'horizon 2012 (achèvement du programme « 13 200 »), seule une petite minorité des maisons d'arrêt (12% de ces établissements) devrait voir les fonctions prévues par la loi du 22 juin 1987 être intégralement ou partiellement déléguées à un gestionnaire privé.

En revanche, les centres de détention et plus encore les centres pénitentiaires (respectivement près de 45% et de 56%) sont fortement concernés par la gestion dite mixte ou assimilée.

Les maisons centrales, quant à elles, passeront d'une gestion publique exclusive aujourd'hui à plus du tiers en gestion déléguée en 2012 à la faveur de la réouverture de l'établissement d'Arles et de la construction des futures maisons centrales de Condé-sur-Sarthe et de Vendin-le-Vieil.

Enfin, s'agissant d'un groupe à l'effectif encore plus réduit, tous les établissements pour mineurs (EPM) sont gérés en mode délégué.

Tableau 6 : Répartition des établissements selon le mode de gestion et le type de structure (à l'achèvement du programme « 13 200 » - hors centres de semi-liberté)

	Maisons d'arrêt	Centres de détention	Centres pénitentiaires	Maisons centrales	Etablissements pour mineurs (EPM)	Total
Gestion publique (GP)	101	16	18	5	0	140
Gestion déléguée (GD) ou assimilée	14	13	23*	3	7	60
Total	115	29	41	8	7	200
Part de la GD	12,2%	44,8%	56,1%	37,5%	100%	30%

Source : Direction de l'administration pénitentiaire – calculs de la mission.

* : En incluant le futur établissement de Basse-Terre (livraison après 2012).

B. L'extension progressive du recours aux prestataires de services extérieurs se traduit par une part croissante de la dépense pénitentiaire consacrée au paiement d'échéances ou de loyers contractuels

1. La situation budgétaire de l'administration pénitentiaire en 2008 et 2009 fait déjà apparaître la place croissante que tendent à occuper dans le parc les établissements en gestion déléguée

Le tableau 7 ventile selon les titres budgétaires les crédits de paiement, pour 2008 et 2009, de l'action 1⁹ (garde et contrôle des personnes placées sous main de justice) et de l'action 2¹⁰ (accueil et accompagnement des personnes placées sous main de justice) du programme 107 (administration pénitentiaire).

Ces crédits progressent globalement de 3,7% entre 2008 et 2009. Cette hausse globale recouvre toutefois des augmentations significatives (près de 6% de hausse pour les crédits de personnel et, surtout, 16,5% de croissance s'agissant des crédits de fonctionnement) mais aussi d'importantes diminutions, particulièrement pour les crédits d'investissement qui accusent une contraction de plus du quart de leur montant.

Tableau 7 : Crédits de paiement des actions 1 et 2 en 2008 et 2009 (en K€)

	Titre 2	Titre 3	Titre 5	Titre 6	FDP et ADP	Total
Total en 2009	1 437 241	355 695	228 629	79 724	350	2 101 639
Total en 2008	1 358 684	305 240	287 560	75 105	414	2 027 003
Evolution (en %)	+ 5,8%	+ 16,5%	-20,5%	+ 6,1%	- 15,5%	+ 3,7%

Source : Direction de l'administration pénitentiaire et projet de loi de finances pour 2009.

Le tableau 8 ci-après montre que la part du parc d'établissements en gestion déléguée au sens de la loi du 22 juin 1987 dans le total des journées de détention (JDD) a progressé sur la période récente puisqu'elle est passée d'un peu moins du quart en 2005 à près de 28% en 2006. Elle se situe à 27,5% en 2007.

⁹ Qui retrace les moyens en crédits d'équipement immobilier (maintenance lourde et rénovation du parc existant) gérés par la direction de l'administration pénitentiaire, délégués pour partie à l'APIJ pour la construction de nouveaux établissements.

¹⁰ Qui comprend les prestations d'hôtellerie, de restauration, la maintenance et l'entretien des bâtiments pénitentiaires, l'accès aux soins, ainsi que les actions de réinsertion (travail pénitentiaire et formation professionnelle).

Tableau 8 : Parts respectives de la gestion publique et de la gestion déléguée dans le total des JDD entre 2005 et 2007

Nombre de journées de détention	Parc classique	Parc en gestion déléguée
En 2005	15 585 878	5 173 466
En %	75,1%	24,9%
En 2006	15 463 974	5 934 323
En %	72,3%	27,7%
En 2007	15 894 114	6 026 219
En %	72,5%	27,5%

Source : Direction de l'administration pénitentiaire (synthèse des réponses aux questionnaires parlementaires relatifs au projet de loi de finances pour 2009 et Mission gestion déléguée) – calculs de la mission.

2. La part des dépenses budgétaires consacrées au paiement de prestations extérieures sous forme de loyers ou d'échéances va encore s'accroître entre 2008 et 2012

Le tableau ci-dessous fait apparaître qu'entre 2008 et 2009, à la faveur de la montée en puissance du programme « 13 200 » et de l'extension du recours à l'externalisation des prestations qui lui est associée (cf. les développements *supra* du A de la partie I de la présente annexe), la part des crédits consacrés au paiement de loyers et d'échéances passe d'un peu moins de 50% du total des crédits du titre 3 en 2008 à plus de 67% de ce total en 2009.

Tableau 9 : Part des crédits du titre 3 consacrée au paiement de loyers (en K€)

Titre 3	2008	2009	2012
Loyers gestion déléguée des programmes « 13 000 » et « 4 000 »	143 813	156 430	NC
Loyers gestion déléguée du programme « 13 200 » (crédits d'ouverture)	NC	14 100	NC
Loyers gestion déléguée des EPM (programme « 13 200 »)	6 612	8 750	NC
Loyers gestion déléguée du programme « 13 200 » (nouveaux marchés)	0	41 130	NC
Echéances AOT-LOA	0	20 264	60 660
Echéances contrat de partenariat	0	0	54 948
Total loyers prestataires extérieurs	150 425	240 674	NC
Total crédits du titre 3	305 240	355 695	NC
Part des loyers dans le total des crédits du titre 3	49,3%	67,7%	-

Source : Direction de l'administration pénitentiaire - projet de loi de finances pour 2009 – mission.

Cette tendance devrait encore s'accroître entre 2010 et 2012 au fur et à mesure de la livraison des établissements (dix au total) construits selon la formule de l'AOT-LOA et du contrat de partenariat.

En effet, la somme des crédits des titres 3 et 5 consacrés aux opérations de construction d'établissements en AOT-LOA (deux lots de sept établissements au total), ainsi qu'en contrat de partenariat (un lot de trois établissements) devrait s'élever, pour l'année 2010, à 59,6 M€¹¹.

Les prévisions budgétaires pour les trois années suivantes font apparaître un rythme très soutenu de progression de la dépense pour ces opérations puisque les crédits devraient croître de 74% en 2011 (à la faveur des premières sommes acquittées au titre du lot 3 en contrat de partenariat) et encore de 11,5% en 2012.

Tableau 10 : Répartition des crédits consacrés en 2010, 2011 et 2012 aux opérations de construction d'établissements en AOT-LOA (lots 1 et 2) et en contrat de partenariat (lot 3) (en K€)

Etablissements	2010	2011	2012
Lyon-Corbas	8 200	8 300	8 400
Roanne	9 200	9 300	9 400
Nancy-Maxeville	8 100	8 200	8 300
Béziers	8 900	9 000	9 100
Cumul lot 1 AOT-LOA	34 400	34 800	35 200

¹¹ Sur la base de loyers libellés toutes taxes comprises (TTC).

Etablissements	2010	2011	2012
Poitiers-Vivonne	9 500	9 620	9 750
Le Havre	8 700	8 800	8 910
Le Mans	6 600	6 700	6 800
Cumul lot 2 AOT-LOA	24 800	25 120	25 460
Lille-Annoeullin	0	7 714	15 740
Réau	0	11 250	17 608
Nantes	0	24 836	21 600
Cumul lot 3 contrat de partenariat	0	43 800	54 948
Total	59 600	103 720	115 608
Evolution		+ 74,0%	+ 11,5%

Source : Direction de l'administration pénitentiaire.

3. L'évolution de la « facture » des établissements en gestion déléguée entre 2002 et 2008 dépend pour partie des clauses d'indexation figurant dans les marchés et du nombre de détenus qui y sont hébergés

Le tableau 11 retrace l'évolution, entre 2002 et 2008, des loyers versés par l'administration pénitentiaire aux gestionnaires délégués des 21 établissements pour majeurs du programme dit « 13 000 ».

Si, entre 2003 et 2006, le taux de croissance de ces loyers est inférieur à 3% par an, il s'élève à 4% entre 2006 et 2007, ainsi qu'entre 2007 et 2008.

Tableau 11 : Evolution des loyers versés au titre de la gestion déléguée entre 2002 et 2008 pour les 21 établissements pour majeurs du programme « 13 000 » (en K€)

Etablissements	2002	2003	2004	2005	2006	2007	2008
Neuvic-sur-l'Isle	4 176,9	3 760,9	3 931,6	4 064,6	4 185,9	4 271,5	4 449,4
Uzerche	4 176,9	4 522,7	4 611,3	4 955,9	5 126,6	5 289,7	5 522,0
Châteaudun	3 863,8	4 489,7	4 604,0	4 715,3	4 875,4	4 966,8	5 009,2
Joux-la-Ville	3 585,0	4 501,5	4 640,4	4 728,6	4 867,9	4 972,5	5 197,7
Varennes-le-Grand	3 457,9	3 821,1	3 962,1	4 129,0	4 383,9	4 431,1	4 862,3
Villenauxe-la-Grande	3 291,7	3 730,2	3 802,8	3 868,9	3 998,0	4 092,4	4 284,5
Bapaume	4 084,1	4 392,5	4 498,9	4 554,0	4 714,5	4 830,6	4 999,1
Longuenesse	4 545,6	5 002,8	5 181,3	5 094,8	5 479,1	5 765,0	5 949,7
Maubeuge	3 495,7	3 916,8	3 968,9	4 035,3	4 162,2	4 265,1	4 419,8
Aiton	3 658,6	4 080,1	4 324,2	4 299,5	4 546,0	4 744,8	5 230,7
Villefranche-sur-Saône	4 380,9	4 860,5	5 012,5	5 049,8	5 188,4	5 571,0	5 909,2
Aix-Luynes	4 404,3	4 901,9	4 788,3	4 843,6	4 938,1	5 126,4	5 329,4
Grasse	3 841,2	4 642,3	4 635,4	4 597,6	4 855,9	5 008,4	5 262,5
Salon-de-Provence	3 956,0	4 299,3	4 394,6	4 542,8	4 754,9	5 105,7	5 364,9
Tarascon	3 919,7	4 332,4	4 430,2	4 513,9	4 319,4	5 044,5	5 290,1
Nanterre	4 676,0	5 337,2	5 695,7	5 814,2	5 857,8	6 087,3	6 290,1
Osny-Pontoise	4 532,2	5 147,3	5 177,4	5 297,5	5 246,3	5 404,7	5 728,5
Villepinte	4 649,9	5 248,9	5 484,0	5 700,1	5 675,2	6 033,9	5 085,8
Argentan	4 246,8	4 746,7	4 826,0	4 924,2	5 003,7	5 402,9	5 691,4
Saint-Mihiel	3 196,0	3 556,4	3 694,6	3 769,1	3 928,4	4 023,1	4 372,3
Villeneuve-lès-Maguelone	4 702,6	5 166,9	5 318,3	5 497,4	5 684,1	5 414,2	5 814,9
Total	84 841,8	94 458,1	96 982,5	98 996,1	101 791,7	105 851,6	110 063,5
Evolution annuelle (%)		11,3%	2,7%	2,1%	2,8%	4,0%	4,0%

Source : Direction de l'administration pénitentiaire – mission gestion déléguée – calculs de la mission.

Le tableau 12 ci-après ajoute aux 21 établissements du programme « 13 000 » les six établissements du programme « 4 000 » mis en service dans les années 2 000 et dont les mêmes fonctions ont été dévolues aux gestionnaires délégués.

Pour caler les calculs sur un périmètre net correspondant aux 27 établissements « historiques » en gestion déléguée, ont été exclues de ces décomptes, d'une part, les sommes, acquittées depuis 2005, pour le compte des établissements-quartiers pénitentiaires de Béthune, Douai, Haubourdin et Loos au titre des prestations de restauration et de blanchisserie réalisées par la cuisine et la buanderie centrales du quartier maison d'arrêt de Lille-Séquedin, d'autre part, les sommes réglées par voie d'avenant depuis 2006 au titre des frais de cantine de Loos.

Tableau 12 : Evolution des décomptes de la gestion déléguée (27 établissements pour majeurs des programmes « 13 000 » et « 4 000 ») entre 2002 et 2008 (en K€)

Etablissements	2002	2003	2004	2005	2006	2007	2008
Neuvic-sur-l'Isle	3 480,5	3 760,9	3 931,6	4 064,6	4 185,9	4 271,5	4 449,4
Uzerche	4 176,9	4 522,7	4 611,3	4 955,9	5 126,6	5 289,7	5 522,0
Châteaudun	3 863,8	4 489,7	4 604,0	4 715,3	4 875,4	4 966,8	5 009,2
Joux-la-Ville	3 585,0	4 501,5	4 640,4	4 728,6	4 867,9	4 972,5	5 197,7
Varennes-le-Grand	3 457,9	3 821,1	3 962,1	4 129,0	4 383,9	4 431,1	4 862,3
Villenauxe-la-Grande	3 291,7	3 730,2	3 802,8	3 868,9	3 998,0	4 092,4	4 284,5
Bapaume	4 084,1	4 392,5	4 498,9	4 554,0	4 714,5	4 830,6	4 999,1
Longuenesse	4 545,6	5 002,8	5 181,3	5 094,8	5 479,1	5 765,0	5 949,7
Maubeuge	3 495,7	3 916,8	3 968,9	4 035,3	4 162,2	4 265,1	4 419,8
Lille-Séquedin	0,0	0,0	44,9	3 685,4	4 653,5	4 803,7	4 738,4
Liancourt 1 et 2	0,0	0,0	2 821,2	4 685,2	6 182,0	6 351,3	6 901,6
Aiton	3 658,6	4 080,1	4 324,2	4 299,5	4 546,0	4 744,8	5 230,7
Villefranche-sur-Saône	4 380,9	4 860,5	5 012,5	5 049,8	5 188,4	5 571,0	5 909,2
Aix-Luynes	4 404,3	4 901,9	4 788,3	4 843,6	4 938,1	5 126,4	5 329,4
Grasse	3 841,2	4 642,3	4 635,4	4 597,6	4 855,9	5 008,4	5 262,5
Salon-de-Provence	3 956,0	4 299,3	4 394,6	4 542,8	4 754,9	5 105,7	5 364,9
Tarascon	3 919,7	4 332,4	4 430,2	4 513,9	4 319,4	5 044,5	5 290,1
Avignon-Le Pontet	15,4	3 660,9	4 460,6	4 780,2	4 732,1	4 947,7	5 252,5
Toulon-La Farlède	0,0	0,0	2 506,0	4 728,5	5 053,7	5 149,9	5 274,7
Nanterre	4 676,0	5 337,2	5 695,7	5 814,2	5 857,8	6 087,3	6 290,1
Osny-Pontoise	4 532,2	5 147,3	5 177,4	5 297,5	5 246,3	5 404,7	5 728,5
Villepinte	4 649,9	5 248,9	5 484,0	5 700,1	5 675,2	6 033,9	5 085,8
Meaux-Chauconin *	0,0	0,0	371,6	3 946,9	4 991,3	5 580,0	5 556,8
Argentan	4 246,8	4 746,7	4 826,0	4 924,2	5 003,7	5 402,9	5 691,4
Saint-Mihiel	3 196,0	3 556,4	3 694,6	3 769,1	3 928,4	4 023,1	4 372,3
Villeneuve-lès-Maguelone	4 702,6	5 166,9	5 318,3	5 497,4	5 684,1	5 414,2	5 814,9
Toulouse-Seysses **	166,8	5 789,5	6 637,9	5 373,7	5 536,8	5 820,1	6 026,1
Total	85 024,0	103 908,5	113 824,7	126 196,0	132 941,1	138 504,3	143 813,6
Evolution annuelle (%)		22,2%	9,5%	10,9%	5,3%	4,2%	3,8%

Source : Direction de l'administration pénitentiaire – mission gestion déléguée – calculs de la mission.

* Y compris les décomptes concernant l'unité de vie familiale à compter de 2006.

** Y compris les décomptes concernant l'unité hospitalière sécurisée interrégionale (UHSI).

Sur la période considérée, l'augmentation annuelle moyenne des loyers acquittés aux prestataires des 27 établissements en gestion déléguée des programmes « 13 000 » et « 4 000 » s'établit à 9,2% (voir le tableau 13 ci-dessous).

Abstraction faite des quatre premières années (2002, 2003, 2004 et 2005), qui correspondent à l'ouverture échelonnée d'établissements du programme « 4 000 », l'évolution annuelle moyenne sur la période 2006-2008 est de 4,5%, soit un niveau sensiblement supérieur à celui de l'inflation sur la même période (1,8% en moyenne entre 2002 et 2007 et moins de 1,5% entre 2006 et 2008).

Plusieurs facteurs sont susceptibles d'expliquer le caractère soutenu de ce rythme annuel de progression de la « facture » des établissements en gestion déléguée.

A périmètre constant, les clauses contractuelles de révision annuelle (application d'indices) des marchés de gestion déléguée induisent des augmentations régulières, qui s'élèvent en moyenne à 2,32% sur la période 2003-2008. Ainsi, le quart du taux de progression des dépenses des établissements en gestion déléguée des programmes « 13 000 » et « 4 000 » résulte de l'application des clauses contractuelles d'indexation et donc d'un effet prix.

Tableau 13 : Contribution des clauses contractuelles d'indexation à l'évolution de la « facture » de la gestion déléguée (établissements des programmes « 13 000 » et « 4 000 »)

	Cumul des loyers versés en 2008 (en K€)	Evolution des loyers (2002-2008)	Taux de croissance annuel moyen des loyers (2002-2008)	Taux de croissance annuel moyen résultant de l'application du coefficient de révision prévu au contrat (2002-2008)
Etablissements des programmes « 13 000 » et « 4 000 »	143 814	+ 69,2%	+ 9,2%	+ 2,32%

Source : Direction de l'administration pénitentiaire – mission gestion déléguée – calculs de la mission.

Un effet-volume peut être mis en évidence du fait de la surpopulation pénale constatée ces dernières années, qui a pour effet de majorer le prix des prestations (pour sa seule part variable¹² toutefois) dès lors que le taux d'occupation des établissements dépasse 120% (coefficient de majoration). Il convient toutefois de noter que les établissements en gestion déléguée sont, en règle générale, moins « surpeuplés » que ceux du parc dit classique puisque, au 1^{er} juillet 2008, les premiers représentaient un peu moins de 31% du total des places pour moins de 28% du total des détenus.

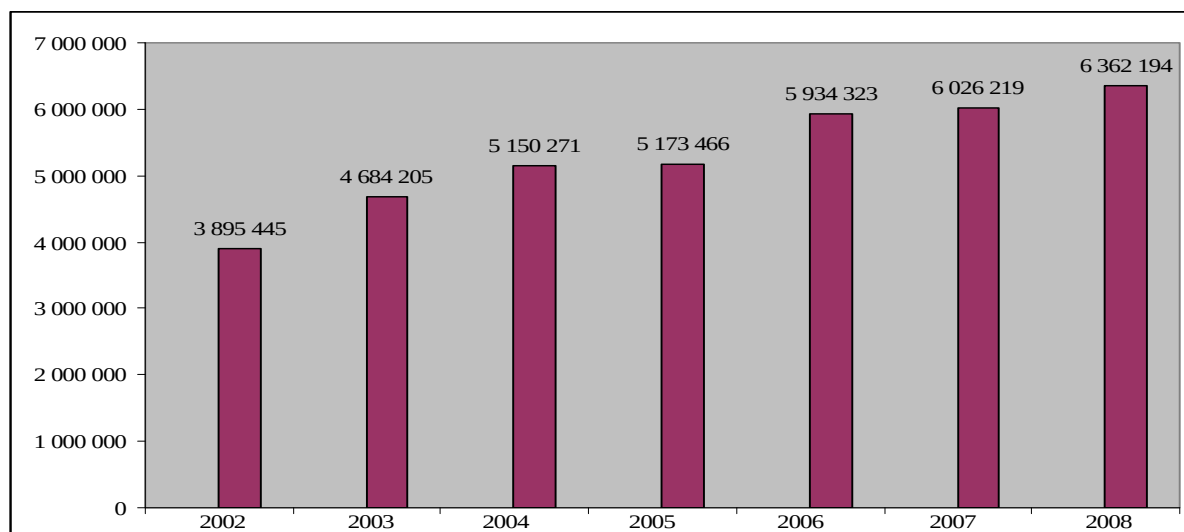
Le graphique 2 et le tableau 14 font apparaître une progression annuelle assez heurtée du nombre de journées de détention facturées (JDDF) aux établissements en gestion déléguée.

La croissance est parfois très vigoureuse d'une année sur l'autre : par exemple entre 2002 et 2003 (supérieure à 20%), entre 2005 et 2006 (près de 15% d'augmentation), ainsi que, dans une moindre mesure, entre 2003 et 2004 (de l'ordre de 10%).

A *contrario*, la progression annuelle du nombre de JDDF peut être sensiblement plus modérée (+ 5,6% entre 2007 et 2008), voire faible (+ 1,5% entre 2006 et 2007) ou même quasi nulle (seulement + 0,5% entre 2004 et 2005).

¹² Sachant que, selon les prestataires, la part fixe représente de 60% à 75% du total de la facturation mensuelle.

Graphique 2 : Nombre de journées de détention factures (JDF) aux établissements en gestion déléguée (programmes « 13 000 » et « 4 000 ») entre 2002 et 2008



Source : Direction de l'administration pénitentiaire – mission gestion déléguée.

Tableau 14 : Evolution du nombre de journées de détention facturées (JDDF) entre 2002 et 2008 aux établissements en gestion déléguée (programmes « 13 000 » et « 4 000 »)

	2003/2002	2004/2003	2005/2004	2006/2005	2007/2006	2008/2007
Evolution du nombre de JDDF	+ 20,2 %	+ 9,9%	+ 0,5%	+ 14,7%	+ 1,5%	+ 5,6%

Source : Direction de l'administration pénitentiaire (synthèse des réponses aux questionnaires parlementaires relatifs au projet de loi de finances pour 2009 et mission gestion déléguée) – calculs de la mission.

En moyenne, sur la période étudiée (2002-2008), la croissance annuelle du nombre de JDDF s'établit à 8,5% pour les 27 établissements pénitentiaires « historiques » en gestion déléguée.

Tableau 15 : Contribution de la progression du nombre de JDDF à l'évolution de la « facture » de la gestion déléguée (établissements des programmes « 13 000 » et « 4 000 »)

	Evolution du nombre de JDDF (2002-2008)	Taux de croissance annuel moyen du nombre de JDDF (2002-2008)
Etablissements du programme « 17 000 »	+ 63,32%	8,5%

Source : Direction de l'administration pénitentiaire – mission gestion déléguée – calculs de la mission.

L'effet des avenants conclus en cours d'exécution du marché peut, quant à lui, être tenu pour relativement négligeable puisque leur montant est inférieur à 2% du montant total du marché selon l'administration pénitentiaire.

Enfin, il n'a pas été possible à la mission, faute de données disponibles, d'examiner la question de savoir si certaines fonctions déléguées avaient connu, plus que d'autres, une dérive de leurs prix facturés sur la période considérée.

C. Pour faire face à la hausse tendancielle de la population pénale et moderniser son parc, l'administration pénitentiaire s'est engagée dans un important programme de construction d'établissements, assorti de fermetures

1. Le programme d'ouvertures-fermetures d'ici à 2012

A l'issue des programmes de construction d'établissements dits « 13 000 » et « 4 000 », l'administration pénitentiaire disposait, en 2007, de 51 000 places disponibles.

L'accroissement de ses capacités, rendu nécessaire par la hausse tendancielle de la population pénale (59 488 détenus écroués hébergés au 1^{er} juillet 2006 ; 61 780 au 1^{er} juillet 2007 ; 64 250 détenus hébergés au 1^{er} juillet 2008¹³ ; perspective envisagée de 76 000 détenus en 2012 en lien avec l'accroissement de la population française), a donc requis le lancement d'un nouveau programme de construction d'établissements, dit « 13 200 ». Avec ce programme et un dispositif complémentaire d'accroissement des capacités (DAC), l'administration pénitentiaire vise un objectif de 63 810 places disponibles à l'horizon de 2012.

Le tableau ci-dessous présente le contenu initial du programme « 13 200 » prévoyant en réalité la création de 13 640 places de détention, dont 1 700 en quartiers de courtes peines dont la programmation n'était pas précisément arrêtée.

Tableau 16 : Programme de construction dit « 13 200 »

	Sites	Nombre de places
Etablissements pour majeurs (métropole)	Mont-de-Marsan	690
	Bourg-en-Bresse	690
	Rennes-Vezin-le-Coquet	690
	Lyon-Corbas	690
	Roanne	600
	Nancy-Maxeville	690
	Béziers	810
	Poitiers-Vivonne	600
	Le Havre	690
	Le Mans-Coulaines	400
	Lille-Annoeullin	690
	Réau	800
	Nantes	510
	Rodez	100
	Condé-sur-Sarthe	220
	Vendin-le-Vieil	220
	Ajaccio	290
	Nice	550
Etablissements situés outre-mer	La Réunion	575
	Guadeloupe	350
	Mayotte	125
	Martinique	150
	Guyane	150
Quartiers de courtes peines (QCP)	Toulouse-Seysses	60
	Fleury	120
	Nantes	60
Etablissements pour mineurs (EPM)	Quiévrechain	60
	Orvault	60
	Lavaur	60
	Meaux-Chauconin	60
	Porcheville	60
	Meyzieu	60
	Marseille	60
QCP	Non programmé	1 700
Total		13 640

Source : Direction de l'administration pénitentiaire.

Parallèlement à ce programme d'ouverture de nouveaux établissements, la direction de l'administration pénitentiaire prévoit, sur la période 2008-2012, conformément aux recommandations formulées dans le cadre de la révision générale des politiques publiques (RGPP), la fermeture de 2 240 places réparties sur 14 maisons d'arrêt (13 fermetures d'établissement et une restructuration).

¹³ Le début de l'année 2009 semble coïncider avec une inflexion à la baisse du nombre de détenus hébergés, qui s'établissait à 62 700 au 1^{er} mars 2009.

Tableau 17 : Programme et calendrier prévisionnels de fermeture d'établissements (2008-2012)

Etablissements	Type	Nombre de places fermées	Date de fermeture
Mont-de-Marsan	MA	84	Décembre 2008
Saint-Denis-de-la-Réunion	MA	123	Décembre 2008
Lyon-Montluc et Lyon-Perrache	MA	390	Mai 2009
Nancy	MA	262	Juin 2009
Poitiers*	MA	32	Octobre 2009
Béziers	MA	48	Novembre 2009
Bourg-en-Bresse	MA	63	Décembre 2009
Rennes	MA	331	Janvier 2010
Le Mans	MA	62	Janvier 2010
Alençon	MA	47	Janvier 2010
Le Havre	MA	189	Avril 2010
Nantes	MA	371	Janvier-février 2011
Rodez	MA	55	Avril 2011
Basse-Terre	MA	130	Après 2012
Ajaccio	MA	53	Après 2012
Total		2 240	

Source : Direction de l'administration pénitentiaire.

* : Restructuration du site entraînant une fermeture partielle.

A l'issue du programme prévisionnel de création et de suppression de places, l'administration pénitentiaire devrait donc enregistrer, hors DAC, un solde positif de 11 400 places nouvelles.

Tableau 18 : Solde des places créées / places fermées hors DAC (d'ici à 2012)

Places en détention	Nombre
Créées	13 640
Fermées	2 240
Solde	11 400

Source : Direction de l'administration pénitentiaire – calculs de la mission.

Concrètement, en dehors des 7 EPM déjà livrés et des quartiers de courtes peines, le programme « 13 200 », tel qu'ajusté en février 2009, comporte l'ouverture de 19 nouveaux établissements¹⁴ pour un total de places créées s'élevant à 10 307 entre le second semestre de 2008 et jusqu'après 2012.

A la date de la mission, trois de ces 19 établissements avaient d'ores et déjà accueilli des détenus (Mont-de-Marsan, Saint-Denis-de-la-Réunion et Roanne).

Tableau 19 : Programme et calendrier prévisionnels d'ouverture de nouveaux établissements pour la période 2008-2012 (révision au 23 février 2009)

Etablissements	Type	Nombre de places créées	Formule de construction	Date de réception à vide des bâtiments	Date d'accueil des détenus
Mont-de-Marsan	CP	698	Conception-réalisation	15/09/2008	07/12/2008
Saint-Denis-de-la-Réunion	CP	574	Conception-réalisation	15/10/2008	12/12/2008
Roanne	CD	600	AOT-LOA lot 1	23/09/2008	26/01/2009
Lyon-Corbas	MA	690	AOT-LOA lot 1	19/12/2008	02-03/05/2009
Nancy-Maxeville	CP	690	AOT-LOA lot 1	19/02/2009	28/06/2009
Poitiers-Vivonne	CP	589	AOT-LOA lot 2	12/06/2009	12/10/2009
Béziers	CP	810	AOT-LOA lot 1	22/07/2009	22/11/2009

¹⁴ Sur la base d'un programme de construction confirmé par l'administration pénitentiaire au 23 février 2009, qui n'inclut pas, notamment, la future maison d'arrêt de Nice.

Etablissements	Type	Nombre de places créées	Formule de construction	Date de réception à vide des bâtiments	Date d'accueil des détenus
Bourg-en-Bresse	CP	690	Conception-réalisation	Sept. 2009	Déc. 2009 (à confirmer)
Rennes-Vezin-le-Coquet	CP	690	Conception-réalisation	Sept. 2009	Janv. 2010
Le Mans-Coulaines	MA	400	AOT-LOA lot 2	06/09/2009	06/01/2010
Le Havre	CP	690	AOT-LOA lot 2	12/12/2009	12/04/2010
Nantes	MA	570	Contrat de partenariat	Sept. 2010*	Janv. 2011*
Rodez	MA	100	Maîtrise d'ouvrage publique	Janv. 2011	Avril 2011
Réau	CD	818	Contrat de partenariat	Mars 2011	Juillet 2011
Lille-Annoeullin	CP	688	Contrat de partenariat	Mai 2011	Sept. 2011
Condé-sur-Sarthe	MC	220	Maîtrise d'ouvrage publique	Fév. 2012	Juin 2012
Vendin-le-Vieil	MC	220	Maîtrise d'ouvrage publique	Mai 2012	Sept. 2012
Basse-Terre	CP	350	Non encore arrêtée	Après 2012	Après 2012
Ajaccio	CP	220	Maîtrise d'ouvrage publique	Après 2012	Après 2012
Total		10 307			

Source : Direction de l'administration pénitentiaire.

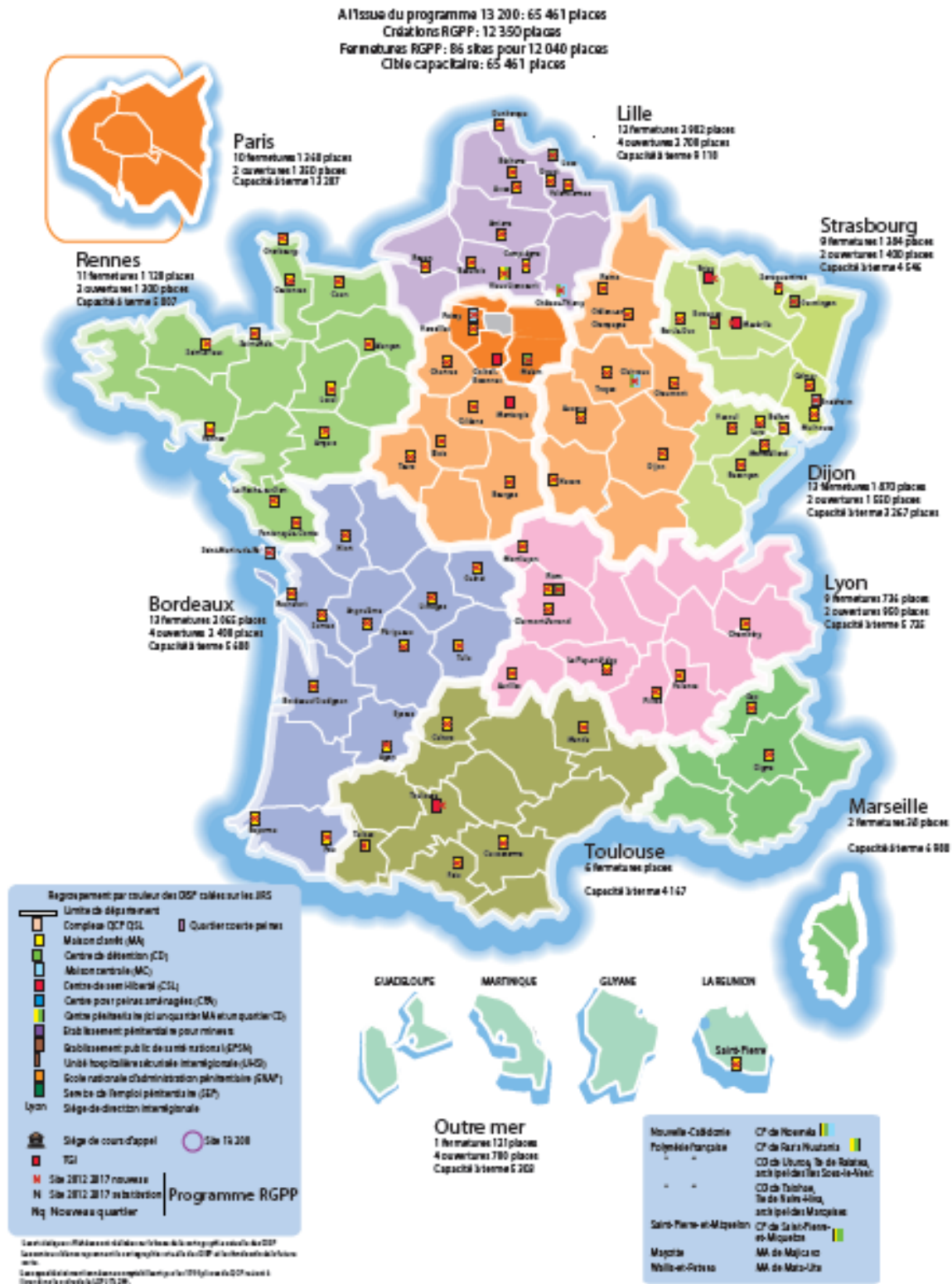
* Chantier actuellement interrompu – calendrier reporté sine die.

2. La projection de la carte pénitentiaire à l'horizon 2017 vise à porter le nombre de places disponibles à plus de 65 000

A la fin de l'année 2008, l'administration pénitentiaire a élaboré un programme d'ouvertures et de fermetures d'établissements, susceptible d'être mis en œuvre entre 2012 et 2017 et qui vise à atteindre une capacité (cible) de l'ordre de 65 500 places.

Ce second programme, non encore officialisé à la date de la mission, prévoit la fermeture de 86 sites, en conformité avec les recommandations de la RGPP (voir les cartes 1 et 2 ci-après).

Carte 1 : Fermetures d'établissements d'ici à 2017 (sur la base du projet de la direction de l'administration pénitentiaire en septembre 2008)



Carte 2 : Ouvertures-fermetures d'établissements d'ici à 2017 (projet proposé par la direction de l'administration pénitentiaire en décembre 2008)

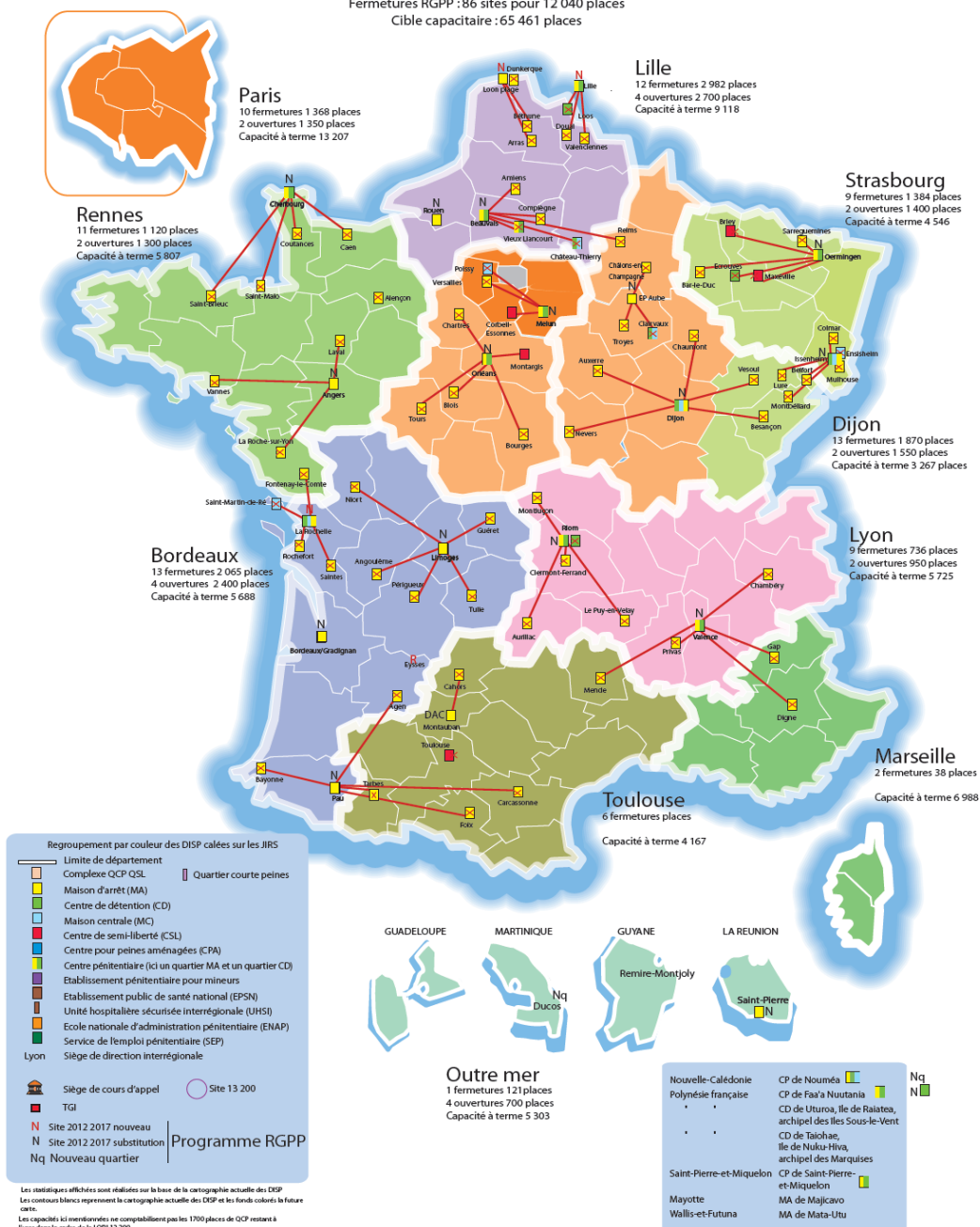
Projet proposé par la DAP Décembre 2008:

DAP / SD3

Les 86 fermetures liées au programme 2012 2017
Hypothèse DAP : 12 040 places vêtustes fermées

Les ouvertures RGPP : 18 sites créés et 4 nouveaux quartiers outre mer

A l'issue du programme 13 200 : 65 461 places
Créations RGPP : 12 350 places
Fermetures RGPP : 86 sites pour 12 040 places
Cible capacitaire : 65 461 places



II. SI LE PILOTAGE DES PRESTATAIRES PRIVES EST INCONTESTABLEMENT DEvenu UNE PRIORITE POUR L'ADMINISTRATION PENITENTIAIRE, IL PEUT ENCORE ETRE AMELIORE POUR SUIVRE PLUS EFFICACEMENT L'EXECUTION DES CONTRATS ET DOIT ETRE COMPLETE D'UNE EVALUATION DE LA PERFORMANCE DES ETABLISSEMENTS GERES EN GESTION PUBLIQUE

Longtemps embryonnaire, le pilotage des établissements en gestion déléguée est toutefois devenu une priorité pour l'administration pénitentiaire depuis 2006-2007, qui a trouvé sa traduction dans une organisation partiellement renouvelée et la mise au point d'un certain nombre d'outils.

En dépit des réels progrès enregistrés dans ce domaine, la mission a identifié certaines marges de progrès susceptibles d'être exploitées à la faveur des nouveaux marchés.

Mais c'est surtout en ce qui concerne sur le suivi des établissements pénitentiaires en gestion publique et l'évaluation de leur performance, notamment dans une optique comparatiste généralisée, que l'essentiel des efforts doit porter dès à présent.

A. Le suivi des contrats de prestations déléguées a longtemps été négligé par l'administration pénitentiaire

1. Les constats de l'audit conduit en 2007 sur la programmation pluriannuelle des investissements du ministère de la justice s'agissant notamment des prestations liées à l'entretien et à la maintenance des bâtiments...

Dans son rapport sur la programmation pluriannuelle des investissements du ministère de la justice (n° 2007-M-013-02 – avril 2007), la mission d'audit de modernisation conduite par l'inspection générale des finances et l'inspection générale des services judiciaires, reprenant les constats du rapport de la Cour des comptes de janvier 2006 (« Garde et réinsertion – la gestion des prisons »), notait que l'administration pénitentiaire n'avait que récemment commencé à développer une contre-expertise et une analyse du coût des contrats et que la mise en place d'un dispositif davantage professionnalisé de suivi et de contrôle des établissements sous gestion déléguée devait être poursuivie, en recommandant une analyse comparative de la gestion publique et de la gestion privée s'agissant en particulier de l'entretien et de la maintenance des bâtiments et équipements.

Ce même rapport estimait que le pilotage budgétaire mis en place par l'administration pénitentiaire, parallèlement au choix de recourir à de nombreuses opérations sous la forme de partenariats public-privé (PPP), n'était pas à même de garantir la soutenabilité financière des programmes d'investissement, et se traduisait notamment par la régulation de certaines dépenses de travaux et de maintenance, en fonction de la disponibilité des crédits de paiement.

2. ... complètent les commentaires exprimés par la Cour des comptes en 2006 sur d'autres aspects de la gestion déléguée

Outre les critiques formulées à l'encontre de l'application informatique dite de « gestion économique » (GE) qui ne permettait pas, en 2006, de prendre en charge de façon cohérente les fonctions budgétaires, financières et comptables dans les établissements pénitentiaires (pas de module de comptabilité analytique, pas de contrôle budgétaire rigoureux), le rapport précité de la Cour des comptes notait que le suivi et le pilotage par l'administration centrale des services régionaux et des établissements pénitentiaires prenait la forme d'un dialogue de gestion limité faute d'un outil de reporting adapté et fonctionnant en temps réel.

Par ailleurs, s'agissant du pilotage par l'Etat des prestations assurées en mode délégué, la Cour relevait que, s'agissant de la première génération de contrats de gestion mixte (ceux conclus en 1989), l'administration avait privilégié un dialogue informel avec les prestataires plutôt que de renégocier les contrats et de conclure, le cas échéant, des avenants. Il en est résulté un ajustement des prestations au cas par cas, une connaissance approximative du contenu effectif des prestations et de son évolution dans la mesure où les concessions réciproques, résultant des préférences respectives des directeurs d'établissement et chefs d'unité privée, sont restées confidentielles faute d'avoir trouvé une traduction juridique opposable aux deux parties.

Le rapport précité déplorait également que l'administration ait mis en place aux différents échelons, pour assurer le contrôle et le suivi des marchés de gestion mixte, des structures insuffisantes au regard de l'importance des enjeux financiers, de la complexité des contrats et du professionnalisme des entreprises concernées (qui disposent de techniciens et de juristes). Selon la Cour, les établissements pénitentiaires n'ont pas disposé des moyens adaptés pour effectuer les tâches qui leur étaient confiées, les directeurs n'ayant pu notamment s'appuyer sur des collaborateurs disposant de la compétence technique leur permettant de procéder effectivement à la vérification matérielle des prestations telles que la maintenance, la formation ou le travail.

3. Les lacunes du pilotage des établissements en gestion déléguée se font sentir, en 2009, dans trois domaines en particulier

a) L'absence de gestion, au niveau central, des désordres de construction qui ont affecté certains établissements pénitentiaires du programme « 13 000 »

En premier lieu, faute pour la direction de l'administration pénitentiaire d'avoir mis en place un dispositif destiné à suivre, dans la continuité, les litiges qui se sont fait jour avec certains constructeurs du programme « 13 000 » sur la question de la mise en jeu de la garantie décennale, quelques prestataires délégués chargés de la maintenance d'établissements dans lesquels des désordres de construction sont apparus (par exemple les centres pénitentiaires de Maubeuge et Laon, visités par la mission, qui sont confrontés à d'importantes infiltrations liées notamment à des fissures dans les voiles de béton, ainsi qu'à des toitures-terrasses dont l'étanchéité s'est révélée défectueuse¹⁵) ont été enclins à s'abstenir d'effectuer certains travaux dans l'attente de la résolution éventuelle des litiges, contraignant ainsi l'administration à remédier provisoirement aux désordres par la prise de mesures conservatoires.

Le cahier des clauses techniques particulière (CCTP) des programmes « 13 000 » et « 4 000 » exclut du champ de la maintenance que doit assurer le prestataire la prise en charge des dépenses occasionnées par de tels désordres ou vices de construction. Si bien que, dans le cadre de la négociation de fin de contrat de fonctionnement des établissements à gestion mixte qui doit avoir lieu en 2009 entre les responsables nationaux de la direction de l'administration pénitentiaire et les dirigeants des trois gestionnaires délégués, l'administration n'aura vraisemblablement d'autre choix, dans ces circonstances, que de compenser, des années après, un défaut de maintenance sur les bâtiments en cause.

Pour ce qui est des litiges opposant l'administration à l'un des constructeurs du programme « 13 000 », il convient de noter que, 18 à 19 ans après la réception des bâtiments en cause, un protocole transactionnel a été signé le 9 mars 2009 entre l'Etat (représenté par le directeur de l'administration pénitentiaire) et l'assureur de l'entreprise Spie-Batignolles, constructeur des cinq établissements précités affectés de désordres décennaux. Ce protocole d'accord fixe forfaitairement et définitivement à 850 000 euros TTC le montant de l'indemnisation des désordres due à l'Etat et prévoit le remboursement à l'Etat des frais d'expertise qu'il a avancés.

¹⁵ Désordres regardés, parmi d'autres, comme décennaux par les experts désignés par les tribunaux administratifs (expertises menées auprès de cinq établissements réceptionnés entre mars 1990 et mars 1991: maison d'arrêt d'Osny, centre de détention de Bapaume, centres pénitentiaires de Maubeuge, Longuenesse et Laon).

En revanche, en dépit de désordres de construction apparus notamment sur les sols de plusieurs établissements du programme « 13 000 » érigés dans le ressort de la DISP Provence-Alpes-Côte d'Azur-Corse (comme la mission a pu le constater lors de la visite des locaux de la maison d'arrêt d'Aix-Luynes), l'administration n'a engagé aucun contentieux à l'encontre du constructeur, l'entreprise GTM.

La direction de l'administration pénitentiaire devra donc tirer les leçons de cette expérience en veillant à assurer, en lien avec l'agence publique pour l'immobilier de la justice (APIJ), un suivi centralisé et continu des dossiers de garantie décennale des nouveaux établissements, immédiatement après leur livraison.

b) Un suivi très lacunaire de la bonne exécution des engagements contractuels des prestataires délégués

En deuxième lieu, l'administration pénitentiaire n'a pas tenu au niveau central l'inventaire exhaustif et précis des engagements contractuels¹⁶, parfois chiffrés, pris par les prestataires dans leurs différents domaines d'intervention (à travers notamment les mémoires techniques thématiques déposés avec l'acte d'engagement en début de marché) alors même qu'un tel décompte était tenu dans les services du siège des entreprises concernées.

C'est ainsi que Siges, par exemple, avait pris des engagements précis, pour les six établissements dont il a obtenu la gestion déléguée à compter de 2002, de renouveler différents matériels de cuisine selon telle ou telle périodicité (fonction restauration) ou les différents types de véhicules (fonction transport). Si certains prestataires ont, soit de façon centralisée, soit au niveau local, spontanément honoré leurs engagements, l'administration n'a pas été en mesure, faute d'un inventaire précis, actualisé et centralisé, de suivre la qualité de l'exécution de tous ces engagements, non plus que de relayer les initiatives émanant des équipes de direction de certains établissements visant à obtenir la pleine et entière application du contrat (cas de la maison d'arrêt d'Aix-Luynes par exemple).

Autre exemple, les conventions d'intéressement à la réduction de la consommation d'énergie. L'article 31 du cahier des charges techniques particulières (CCTP) des programmes « 13 000 » et « 17 000 » prévoit en effet que, dans la troisième année au plus tard du marché, le chef d'unité privée (CUP) et le directeur d'établissement devaient négocier une convention écrite ayant pour objet d'intéresser l'établissement à la réduction de la consommation d'énergie accompagnée d'un plan de partage des bénéfices en fonction d'objectifs à atteindre¹⁷.

A la fin du marché 2002-2009, seule une moitié des 27 établissements historiquement en gestion déléguée avait conclu une telle convention. Parmi les quatre établissements de ce type visités par la mission en janvier et février 2009 mettant en jeu les trois prestataires délégués (maisons d'arrêt d'Aix-Luynes et de Lille-Séquedin, centre pénitentiaire de Maubeuge et centre de détention de Châteaudun), seule la direction de la maison d'arrêt de Lille-Séquedin avait contracté dans ce domaine avec le chef d'unité privée.

Tableau 20 : Nombre d'établissements en gestion déléguée ayant conclu une convention d'intéressement aux économies d'énergie (en 2009)

Etablissements en gestion déléguée	Nombre
Ayant signé une convention d'économies d'énergie	14
N'ayant pas conclu une telle convention	10
N'ayant pas fait connaître le résultat aux services centraux	3

Source : Direction de l'administration pénitentiaire – mission gestion déléguée.

¹⁶ Il ressort des investigations de la mission qu'un tel inventaire, plus ou moins complet, est parfois tenu et mis à jour par la personne responsable de l'unité de suivi des gestions déléguées au niveau interrégional (tel est le cas à Marseille pour les six établissements de la zone Paca-Corse dont la gestion est déléguée à Idex).

¹⁷ Un tel mécanisme ne devrait pas être repris dans le futur marché de gestion déléguée dit « MGD 04 ».

Si l'administration pénitentiaire a tenu le décompte des conventions d'intéressement aux économies d'énergie, elle n'a toutefois pas relancé en cours de marché les établissements qui n'en avaient pas conclu au terme de la troisième année prévue dans les stipulations de l'article 31 du CCTP. Par ailleurs, questionnée sur ce point par la mission, elle n'a pas été en mesure d'explicitier les raisons précises de l'absence de signature d'un tel accord dans dix établissements et ignore les gains enregistrés dans ce domaine par les établissements pénitentiaires qui ont donné plein effet à l'article précité du CCTP.

c) Une mise en œuvre tardive des pénalités prévues au contrat en ce qui concerne le travail et la formation professionnelle des détenus

Enfin, la mise en œuvre des pénalités prévues pour les seules fonctions travail et formation professionnelle à l'article 34 du cahier des clauses administratives particulières (CCAP) ne s'est faite qu'avec retard, alors que le marché était déjà dans la seconde moitié de sa durée. Or, la mise en jeu tardive de ces stipulations contractuelles a impliqué un rattrapage significatif en fin de période (le montant des pénalités calculées étant automatiquement déduit, sous forme de précomptes, du montant des loyers dus au prestataire reconnu comme défaillant), alors même que la fonction travail se prête intrinsèquement peu à un tel régime de sanctions (dans la mesure où de nombreux paramètres échappent à la maîtrise du prestataire), faiblement incitatif et de surcroît discriminant puisque sans équivalent à l'encontre des entreprises concessionnaires¹⁸ faisant travailler des détenus dans l'enceinte d'établissements pénitentiaires en gestion publique.

B. Consciente de ces lacunes, l'administration pénitentiaire a fait du pilotage des établissements en gestion déléguée une priorité clairement affichée depuis 2006-2007, même si l'organisation et les outils mis en place peuvent encore être améliorés

L'administration pénitentiaire a pris en compte les observations formulées dans les rapports précités en vue de renforcer et de professionnaliser le suivi des prestations assurées par des partenaires du secteur privé pour s'assurer de la bonne exécution des engagements contractuels.

Cet effort, qui doit encore être poursuivi et affiné sur certains aspects, n'a, pour le moment, pas trouvé d'équivalent s'agissant du suivi et de l'évaluation de la performance de la gestion publique des établissements pénitentiaires.

¹⁸ La fonction travail des détenus dans les établissements pénitentiaires du parc classique est mise en œuvre selon deux modalités : soit l'intervention de la régie industrielle des établissements pénitentiaires (RIEP), gérée depuis 1998 par le service de l'emploi pénitentiaire (1 200 détenus environ dans 40 ateliers pour un chiffre d'affaires annuel de 21 M€ et 6 M€ de salaires), soit des concessions dans lesquelles les détenus travaillent pour le compte d'entreprises privées, au sein d'ateliers installés dans les établissements (locaux industriels fournis à titre gratuit par l'administration). Lesdites entreprises apportent le matériel de production, ainsi que l'équipement des locaux et rémunèrent le travail en versant à l'établissement l'ensemble des salaires et charges (environ 9 000 détenus travaillent selon ce régime, qui correspond à un peu plus de 30 M€ de salaires versés).

1. Si le pilotage de la gestion déléguée est désormais assuré par une structure centrale dédiée favorablement perçue, les attributions dévolues dans ce domaine à l'échelon interrégional restent à préciser et les outils peuvent encore être perfectionnés

a) La création, au sein de l'administration centrale, d'une structure dédiée à la gestion déléguée dont l'existence et le rôle sont d'ores et déjà perçus de façon positive

Afin d'assurer un suivi et un contrôle plus formalisés et plus efficaces des prestations déléguées, l'administration pénitentiaire a institué auprès du sous-directeur chargé de l'organisation et du fonctionnement des services déconcentrés (SD) une mission pour la gestion déléguée des établissements pénitentiaires (dit « mission gestion déléguée » ou « MGD »).

Cette structure n'a été mise en place que récemment puisque l'actuel chef de la MGD n'a pris ses fonctions que le 4 décembre 2006 et que l'équipe, composée actuellement de six personnes, ne s'est étoffée que progressivement dans l'intervalle. Cette nouvelle structure a trouvé sa consécration juridique par le truchement d'un arrêté modificatif du 10 décembre 2007¹⁹ portant organisation en bureaux de la sous-direction de l'administration pénitentiaire.

L'article 13 bis de l'arrêté du 7 janvier 2003 modifié dispose seulement que « La mission pour la gestion déléguée des établissements pénitentiaires assure le suivi et le contrôle des marchés de gestion déléguée en cours, ainsi que la coordination et l'organisation de la passation des marchés de fonctionnement des futurs établissements. ».

L'actuel chef de la MGD, qui a précédemment exercé des responsabilités dans le secteur privé, a reçu en avril 2007, du sous-directeur auquel il est rattaché, une lettre de mission qui lui assigne les tâches suivantes :

- superviser le fonctionnement des marchés de services actuels concernant les 27 établissements dont l'échéance est fixée à la fin décembre 2009, ainsi que du nouveau marché des établissements pour mineurs (EPM) ;
- coordonner, suivre et organiser la planification du projet de passation des marchés de fonctionnement des établissements du programme 13 200 ;
- coordonner les actions des directions interrégionales des services pénitentiaires (DISP) ;
- constituer l'interface entre les différents interlocuteurs de l'administration pénitentiaire et de l'AMOTMJ (aujourd'hui APIJ) ;
- piloter les assistances techniques auxquelles l'administration pénitentiaire aura recours ;
- modéliser les hypothèses financières (sur la base notamment de coûts objectifs en vue de justifier les demandes budgétaires) ;
- enfin, définir les modalités de financement et d'exécution financière des contrats et marchés de fonctionnement des futurs établissements pénitentiaires.

L'équipe actuelle de la MGD comprend, outre le chef de projet qui en assume la direction, cinq personnes :

- un adjoint, recruté en janvier 2009 ;
- un chef de projet « nouveaux marchés », disposant d'un profil de juriste, chargé notamment de la rédaction des cahiers des charges et du suivi de la procédure du futur marché de gestion délégué courant de 2010 à 2015 ou 2017 selon les établissements (marché dit « MGD 04 ») et jouant un rôle de référent en matière de procédures ;
- une personne chargée du pilotage du dispositif contractuel lié aux 5 lots dits « Chalandon II » (marché s'achevant le 31 décembre 2009) ;

¹⁹ Modifiant un arrêté du 7 janvier 2003.

- une personne, ayant exercé par le passé les fonctions de directeur technique pour le compte d'un prestataire délégué, chargée au sein de la MGD des opérations de fin de marché « Chalandon II », de la valorisation immobilière et des audits patrimoniaux ;
- enfin, une personne disposant d'une expertise en matière de restauration (le nouveau titulaire du poste était en cours de recrutement à la date de la mission²⁰).

Au moment où la mission conduisait ses investigations, la MGD procédait également au recrutement d'un collaborateur supplémentaire, ayant pour vocation de devenir le référent pour les opérations contractuelles complexes (programmes de construction en AOT-LOA et contrat de partenariat), tant au plan budgétaire que juridique.

A côté de la MGD a été instituée une mission dédiée à l'ouverture des nouveaux établissements (ONE).

b) Le rôle d'impulsion effectivement mis au crédit de la MGD doit désormais s'accompagner d'une diffusion plus systématique d'informations vers les échelons déconcentrés et davantage d'appui méthodologique

La création de la MGD s'est traduite par une impulsion renouvelée du suivi de la gestion déléguée à travers l'animation de réunions régulières, l'organisation d'échanges entre « praticiens de la gestion déléguée » ou de séances de formation (le chef de la MGD a dispensé en 2008, à l'école nationale de l'administration pénitentiaire (ENAP), une session de formation consacrée à la gestion déléguée et destinée aux chefs d'établissement et à leurs collaborateurs). La MGD a également été à l'initiative de l'élaboration et de la refonte concertées d'outils et d'indicateurs (cf. *infra*).

Si ces démarches ont contribué à asseoir la visibilité et la légitimité de la MGD, tant à l'égard des services déconcentrés de l'administration pénitentiaire (services interrégionaux et établissements) que vis-à-vis des prestataires eux-mêmes, elles ont également eu pour effet de faire naître des attentes importantes vis-à-vis de cette nouvelle structure, auxquelles il lui a été difficile de répondre intégralement jusqu'à présent.

Au cours des entretiens que la mission a conduits sur le terrain, il est apparu que les attentes des services interrégionaux et des établissements pénitentiaires à l'égard de la MGD se focalisent sur les trois domaines suivants (cf. les développements du II. B. 2 *infra* pour ce qui est des attentes vis-à-vis de l'administration centrale en général) :

- des conseils méthodologiques en vue d'une bonne appropriation des outils de pilotage et pour réaliser les contrôles appropriés de façon rigoureuse ;
- de la formation afin de mieux connaître les règles juridiques régissant les relations entre l'administration et le gestionnaire délégué et rééquilibrer le rapport de forces ;
- enfin, des instructions rapides et des réponses précises à des interrogations, tout particulièrement d'ordre juridique, par exemple pour savoir quelle position adopter en vue d'obtenir l'application de certaines clauses contractuelles face à un refus du prestataire.

²⁰ Il était question que le champ de compétence de cet agent déborde les seuls établissements pénitentiaires dont la restauration est assurée par des gestionnaires délégués pour couvrir également, s'agissant de cette seule fonction, les établissements du parc classique.

c) Un positionnement des DISP et des UGD encore incertain s'agissant du pilotage de la gestion déléguée

Le rôle budgétaire des directions interrégionales des services pénitentiaires (DISP) s'est trouvé renforcé à la faveur de l'application de l'ordonnance organique relative aux lois de finances (LOLF) du 1^{er} août 2001 et du mouvement de concentration des unités opérationnelles de gestion (UO) qui en est résulté pour l'administration pénitentiaire et a atténué l'éparpillement comptable qui prévalait auparavant avec l'autonomie des établissements (les DISP sont aujourd'hui responsables du BOP interrégional).

L'administration pénitentiaire a souhaité en parallèle confier aux DISP un nouveau rôle en matière de gestion déléguée, qui s'est traduit par la création, au sein des départements du budget et des finances (DBF), d'une unité de suivi des gestions déléguées (UGD) et la désignation d'un responsable identifié comme la personne chargée spécifiquement de la gestion déléguée au niveau interrégional.

Si, à la date de la mission, les organigrammes des DISP comportaient tous une UGD et un agent en ayant la charge, il ressort des éléments recueillis à l'occasion des visites et des entretiens effectués par la mission en janvier et février 2009 que le rôle de ces unités était encore marqué d'un certain flou, faute d'une définition précise de ces nouvelles fonctions préalablement au recrutement (pas de fiche de poste) et d'une lettre de mission donnée par le directeur interrégional ou la MGD aux intéressés.

Il est en effet apparu à la mission qu'alors que certains responsables d'UGD avaient investi leur rôle de façon pragmatique (Dijon), forts sans doute d'une expérience acquise préalablement dans un des domaines de la gestion déléguée (le travail pénitentiaire en l'occurrence), d'autres, en revanche, peinaient à trouver un positionnement adéquat (Lille).

Pour dissiper le flou actuel, les attributions des UGD pourraient se décliner utilement autour des trois axes suivants :

- jouer un rôle de supervision des établissements dans une approche comparatiste, de détection des anomalies à l'occasion de la remontée d'informations et de conseil en vue de leur résolution (ce qui suppose des données fournies par la MGD et surtout par le bureau SD5 cf. *infra*) ;
- être une instance de recours en cas de désaccord persistant entre le directeur d'établissement et le chef d'unité privée en étant capable d'arbitrer ou de trancher. Ce qui implique de garder une certaine distance vis-à-vis de la gestion quotidienne des établissements et donc de ne pas participer systématiquement aux réunions mensuelles de gestion ;
- enfin, lorsque le ressort territorial de la DISP ne comprend qu'un nombre encore limité d'établissements en gestion déléguée, les attributions du responsable de l'UGD pourraient être étendues avec profit au suivi et au contrôle des marchés de fournitures ou de prestations de services – généralement fort nombreux – passés soit directement par les établissements à gestion publique, soit par les DISP elles-mêmes dans le cadre d'une politique de globalisation de la commande publique pénitentiaire (en s'inspirant par exemple du schéma retenu par la DISP Est-Strasbourg à laquelle ne sont rattachés, il est vrai, que deux établissements en gestion déléguée : le centre de détention de Saint-Mihiel et le tout nouveau centre pénitentiaire de Nancy-Maxéville).

De façon unanime, les responsables d'UGD rencontrés par la mission ont fait valoir leurs insuffisantes connaissances en matière de droit des « contrats complexes » (auxquelles des formations adaptées doivent pouvoir remédier – cf. partie IV *infra* de la présente annexe) et, surtout, un défaut général de compétences dans les domaines techniques de l'entretien et de la maintenance des bâtiments (détenues par les équipes du département du patrimoine et de l'équipement – DPE).

d) Des outils encore trop descriptifs de l'activité et dont l'utilisation au service de la performance est pour le moment trop limitée

Dans son rapport de janvier 2006 sur la gestion des prisons, la Cour des comptes notait que, s'agissant de la première génération de contrats de gestion déléguée, l'administration ne disposait toujours pas « d'outils et de procédures performants pour s'assurer de la bonne exécution des contrats qu'elle a passés » et qu'elle n'exploitait que faiblement des données hétérogènes, ne donnant jamais lieu à analyse contradictoire avec les prestataires ni à contrôle sur pièces ou sur place pourtant prévu contractuellement. La Cour relevait en particulier que l'administration pénitentiaire n'avait pas appliqué à son profit certaines règles du code des marchés publics lui permettant de demander à ses cocontractants tout renseignement sur les prix de revient et d'imposer un format à la présentation des documents comptables (d'où la difficulté à comparer l'efficacité respective des prestataires).

La MGD s'est donc efforcée de définir des outils de suivi de l'activité des prestataires délégués qui soient normalisés en vue d'une utilisation réelle et homogène tant par les établissements que par les services interrégionaux (qui ont pris part à leur élaboration). La mise en œuvre effective de ces outils est néanmoins très récente (début de l'année 2008) et pas encore totalement stabilisée.

– Les grilles d'indicateurs

Chaque mois, une batterie « d'indicateurs de la gestion déléguée » est renseignée par les attachés placés auprès des chefs d'établissement concernés et adressée à la MGD, via les unités de suivi des gestions déléguées (UGD) des DISP pour consolidation.

Ces indicateurs, au nombre de 39, se répartissent sur huit activités : restauration, hôtellerie, cantine, transport, maintenance, nettoyage, travail et formation professionnelle. Ils reflètent l'activité du mois (ou du trimestre) écoulé (par exemple le nombre de détenus ayant occupé au moins un poste de travail dans le mois, le nombre d'heures de formation qualifiante réalisées ou le nombre de bons de cantine traités mensuellement), les contrôles réalisés et leurs résultats (nombre de barquettes pesées ou nombre d'anomalies de température en chambre froide s'agissant de la restauration des détenus), un cumul de coûts (montant cumulé des factures résultant du recours à un véhicule de substitution ou coût total cumulé, depuis le début de l'année des dégradations individuelles volontaires), exceptionnellement un taux de satisfaction (note sur 20 en ce qui concerne le nettoyage).

Ce référentiel d'indicateurs a évolué dans le sens d'un détail accru, qui pourrait encore se renforcer à la faveur du renouvellement des marchés de gestion déléguée en 2010, l'administration pénitentiaire souhaitant s'inspirer des indicateurs prévus par le contrat de partenariat du lot 3 (visant notamment à pénaliser plus systématiquement les prestataires lorsque les objectifs ne sont pas atteints) sans aller toutefois jusqu'au même niveau de détails.

Si l'uniformisation de la grille constitue une avancée positive dans l'optique d'une standardisation du suivi des contrats et d'une comparaison entre établissements, voire (ce qui serait encore mieux) entre prestataires, le nombre des indicateurs pourrait être réduit et les mesures et contrôles *in situ* devraient, quant à eux, répondre à des méthodes davantage uniformisées (lors de ses visites dans les établissements, la mission a pu se rendre compte de ce que la régularité et l'intégrité des relevés connaissent des variations sensibles d'un établissement à l'autre). La MGD en convient et a d'ailleurs indiqué à la mission qu'elle interrogeait actuellement les utilisateurs en vue de définir de façon concertée le nombre et la nature des indicateurs qui seraient les plus pertinents.

Les attachés présents en établissement et les responsables des UGD apprécient la synthèse mensuelle réalisée par la MGD à partir des grilles renseignées au plan local, intitulée « loupe ». Cette synthèse, d'une dizaine de pages et qui ne reprend pas tous les indicateurs, permet en effet de comparer les 27 établissements en gestion déléguée à l'aide d'histogrammes clairs à la lumière de certains indicateurs (par exemple les anomalies de grammage ou de conditionnement en ce qui concerne l'activité de restauration, la masse salariale brute réalisée en atelier de production s'agissant du travail ou encore les heures de formation professionnelle). Un feuillet compare les établissements et notamment les trois prestataires selon le critère du jour de détention facturé (de l'effectif constaté par le greffe sont déduits les détenus hospitalisés, ceux travaillant sur un chantier extérieur, en permission de sortie, en semi-liberté ou enfin placés sous surveillance électronique) et du taux d'occupation des établissements. Les données de coûts y sont toutefois peu présentes.

A la maison d'arrêt de Lille-Séquedin, ces données comparatives ont été judicieusement mises à profit pour obtenir une révision à la baisse significative du prix de la prestation « cantine » proposé initialement par le gestionnaire délégué.

– Le rapport mensuel d'activité

Le rapport mensuel d'activité (RMA), renseigné chaque mois par le prestataire de services, a été conçu comme devant servir de support principal au dialogue de gestion noué entre le directeur de l'établissement pénitentiaire et le chef d'unité privée. La MGD n'est plus destinataire des RMA.

Sur les recommandations d'un cabinet de conseil²¹, le format et le contenu du RMA ont été récemment refondus dans le sens d'un allègement du document et d'une simplification de son contenu.

Les avis portés sur l'ancienne version du RMA sont apparus très contrastés (certains chefs d'établissement et attachés entendus par la mission déclarant y puiser une mine d'informations, tandis que d'autres continuaient de privilégier les rapports quotidiens et informels avec le représentant du prestataire sur place). En revanche, il ressort des entretiens conduits par la mission une appréciation unanimement défavorable s'agissant de la nouvelle version dudit rapport mensuel d'activité : son contenu est en effet jugé très pauvre²² et sa lisibilité médiocre²³ (alors même que la simplification recherchée devait concourir à rendre le rapport plus digeste et donc plus utile).

Les représentants des prestataires présents au sein des établissements que la mission a rencontrés ont généralement exprimé un point de vue moins nettement négatif, voire parfois relativement neutre, s'agissant du RMA, en faisant notamment valoir qu'ils avaient fait l'effort de s'adapter au changement de version souhaité par l'administration, mais qu'il leur serait difficile de faire coexister les deux versions ou de revenir à l'ancienne.

Sans que la mission ait été en mesure d'en cerner l'ampleur²⁴, certains interlocuteurs ont indiqué que les informations inscrites dans les RMA par les prestataires étaient fréquemment incomplètes, erronées ou sujettes à caution (les chefs d'unité privée y accordant peu d'attention et recourant d'un mois sur l'autre à des « copier-coller » réduisant pour eux le caractère potentiellement fastidieux d'un renseignement complet, fiable et précis).

Il est en tout cas incontestable que le RMA est constitué exclusivement d'informations déclaratives dont certaines sont difficilement vérifiables par les équipes de l'établissement (par exemple le nombre d'heures d'actions préventives réalisées en matière de maintenance comparé au nombre d'heures d'actions correctives), faute d'une interface informatique entre celles-ci et les systèmes d'information utilisés par le prestataire. D'une façon générale, au sein de l'établissement, l'attaché ou l'économe n'ont pas toujours le temps ni surtout les moyens de contrôler l'exactitude de toutes les informations déclarées par le prestataire dans son rapport.

Par ailleurs, sous le terme de « performance » (« économique » ou « fonctionnelle »), certaines rubriques du RMA se bornent à décrire une activité (le nombre de repas servis dans le mois, le montant des consommations énergétiques) sans comporter aucune information de nature à mettre la direction de l'établissement à même d'apprécier une véritable performance du prestataire.

Le RMA apparaît donc comme un outil encore non stabilisé, à l'utilité relative et dont la fiabilité demeure discutée.

Parallèlement à ces instruments de suivi permanents, la MGD a tout récemment initié des démarches d'audit ponctuel destinés à compléter le panorama de la gestion déléguée.

²¹ Axes Management (« conception, formalisation et assistance à la mise en place du dispositif de contrôle des prestations déléguées dans le cadre des marchés de fonctionnement des établissements pénitentiaires »), mandaté en 2006 par l'administration pénitentiaire.

²² Une vingtaine de pages, très peu de commentaires d'ordre qualitatif, des rubriques souvent non renseignées (« le dialogue et la concertation », « le suivi du plan d'actions »).

²³ Due à un écrasement excessif des tableaux et des graphiques de la partie 3.2 du RMA (« la performance fonctionnelle ») en vue de limiter le nombre de pages.

²⁴ En revanche, la mission a pu constater le caractère incomplet de certains exemples de RMA qui lui ont été fournis.

– Les audits de gestion déléguée

Ces audits, qui ont débuté en décembre 2007 et ont vocation à être conduits jusqu'en décembre 2009, visent à examiner, établissement par établissement, en application de l'article 24 du cahier des clauses administratives particulières (CCAP), comment trois prestations en règle générale (proposées aux auditeurs par le chef d'établissement : par exemple la restauration, le travail et la formation professionnelle) ont été exécutées et à évaluer le respect par le prestataire de ses engagements contractuels (application des stipulations du cahier des clauses techniques particulières).

Ces audits, en cours de réalisation au moment où la mission conduisait ses investigations, reposent sur la constitution et la mobilisation d'un réseau d'auditeurs, puisés sur la base du volontariat parmi les attachés ou assimilés²⁵ en fonction dans les établissements en gestion déléguée et les responsables d'UGD (la mission en a rencontré au sein des établissements de Maubeuge et de Lille-Séquedin, ainsi que de la DISP Centre-Est-Dijon). Par équipe de trois, les auditeurs mènent leurs investigations pendant trois jours auprès d'un établissement extérieur à la zone géographique dont ils relèvent fonctionnellement et dont le prestataire n'est pas celui avec lequel ils travaillent quotidiennement.

Ces audits constituent une avancée très positive en ce que les rapports qui en sont la traduction semblent donner lieu à la mise en œuvre rapide d'actions correctrices (même si les auditeurs ne sont pour le moment pas conduits à en vérifier par eux-mêmes la bonne application par exemple six mois après la remise de leur rapport au chef d'établissement²⁶). Ils contribuent également, au bénéfice de l'administration pénitentiaire, à croiser les regards de praticiens de la gestion déléguée et à diffuser une culture de l'audit, dont une approche comparatiste ne pourra que tirer profit.

Toutefois, il ressort des entretiens menés par la mission au cours de ses déplacements que les auditeurs déplorent une formation insuffisante aux techniques de l'audit, ainsi que la lourdeur de la charge de travail correspondante de nature à limiter les bonnes volontés (ces audits s'ajoutent en effet aux fonctions habituelles des intéressés, impliquant de leur part un gros investissement personnel). La limitation géographique du périmètre d'intervention des auditeurs restreint également l'intérêt que cet exercice peut représenter pour eux.

La MGD devra donc veiller, d'une part, à délivrer une véritable formation aux auditeurs en professionnalisant leurs méthodes, d'autre part, à valoriser les efforts consentis dans ce cadre par ces agents, ainsi que l'expérience acquise à la faveur de ces audits, pour la suite de leur carrière au sein de l'administration pénitentiaire.

– Les audits patrimoniaux

A partir de l'automne 2008 a été confiée à la société Socotec la réalisation de diagnostics techniques portant sur l'état de conservation des bâtiments (structure et enveloppe), équipements et aménagements des 27 établissements en gestion déléguée, ainsi que de quatre établissements du parc dit classique ayant vocation à rejoindre, à compter du 1^{er} janvier 2010, celui de la gestion mixte (centres pénitentiaires de Laon, de Châteauroux et de Saint-Quentin-Fallavier et maison centrale d'Arles).

Ces audits de fin de marché trouvent leur fondement dans l'article 51 du cahier des clauses administratives particulières (CCAP) du marché de gestion délégué des programmes « 13 000 » et « 4 000 », qui stipule que les « parties arrêteront (...), un an avant l'expiration du présent marché, les mesures propres à assurer la continuité du service et à faciliter éventuellement le passage au nouveau régime d'exploitation. A ce titre, des procédures d'inventaire devront être mises en œuvre et un audit relatif à la maintenance des établissements pourra être réalisé pour veiller à la mise à niveau contractuelle de ceux-ci. »

²⁵ Par exemple, à la maison d'arrêt de Lille-Séquedin (établissement du programme 4 000 livré en 2005), le suivi de la gestion déléguée incombe à un agent ayant le grade de secrétaire administratif.

²⁶ Les DISP (UGD) et la MGD sont également destinataires des rapports d'audit.

L'objectif de ces audits techniques est de donner un avis technique et fonctionnel sur les immeubles et de munir ainsi l'administration pénitentiaire, dès avant le lancement de la procédure de renouvellement des marchés de gestion déléguée, d'une photographie exhaustive et actualisée de l'état patrimonial des établissements concernés en vue de déterminer le coût d'une éventuelle remise à niveau (via un chiffrage de chaque opération), lorsque la maintenance se sera révélée insuffisante sur la durée du marché, et la part respective imputable au prestataire (qui n'aura pas entièrement respecté ses engagements contractuels) et celle incombant à l'administration.

Si l'utilité de ces audits apparaît indéniable, ils présentent toutefois l'inconvénient, du fait même des stipulations du contrat, d'intervenir trop tardivement²⁷ pour qu'un plan de mesures de rattrapage puisse être mis en œuvre de façon réaliste sur la base de leurs constats et de leurs préconisations.

2. Des attentes fortes sont exprimées par les établissements en gestion déléguée, tout particulièrement ceux du programme « 13 000 », moins dotés en ressources humaines que les établissements dont la construction est prévue en AOT-LOA ou contrat de partenariat

Au cours des entretiens qu'elle a conduits auprès des établissements en gestion déléguée et des services interrégionaux, la mission a recueilli l'expression d'un certain nombre de besoins dans quatre domaines principaux.

a) Un besoin de clarification des rôles respectifs des différents échelons administratifs

Si l'article 30-1 du CCAP énonce clairement que « l'établissement pénitentiaire est le niveau premier de résolution des difficultés liées à l'application » du marché et s'il est clair qu'il revient à l'administration centrale en général et à la MGD en particulier de jouer un rôle d'impulsion et de définir la « doctrine » en matière de pilotage des prestations de services contractuelles, le rôle du niveau interrégional demeure flou et les personnes rencontrées par la mission ont été nombreuses à souhaiter qu'un écrit puisse définir, dans le détail, les attributions respectives des trois échelons administratifs.

Une circulaire du sous-directeur chargé de l'organisation et du fonctionnement des services déconcentrés (SD) pourrait permettre de répondre à brefs délais à ce besoin.

b) Des besoins complémentaires en personnel technique et administratif

Le principal besoin exprimé au cours des entretiens conduits par la mission s'est fait jour dans le domaine de la maintenance. Rares en effet sont les établissements en gestion déléguée à disposer d'un directeur technique (c'est, par exception, le cas du centre de détention de Châteaudun pour ce qui est des établissements visités par la mission). Or, l'attaché ou l'économe ne disposent pas de compétences techniques leur permettant de détecter les insuffisances de maintenance ou d'entretien éventuellement commises par le gestionnaire délégué ou de surveiller le bon accomplissement des travaux par les équipes techniques de celui-ci.

De façon moins nette, il est apparu à l'occasion des entretiens que les fonctions administratives classiques de l'attaché (préparation et exécution du budget, encadrement des services administratifs de l'établissement : économe, régie budgétaire, régie des comptes nominatifs des détenus, informatique...) l'accaparent généralement trop pour pouvoir se consacrer suffisamment au suivi des fonctions déléguées au prestataire privé, s'assurer du respect de ses engagements, mettre en œuvre les contrôles requis ou les mesures correctrices demandées.

²⁷ Tel avait été le cas des audits, déjà menés par Socotec, à l'issue de la première génération de marchés de gestion déléguée (en 2000-2001).

Une solution peut sembler intéressante à cet égard. Dans un établissement du programme « 4 000 » visité par la mission (la maison d'arrêt de Lille-Séquedin), un agent titulaire du grade de secrétaire administratif est chargé, à temps plein, pour le compte de l'établissement précité et pour celui de trois autres quartiers²⁸ avec lesquels un pôle de services communs a été constitué, du contrôle des marchés, sous l'autorité d'une attachée, responsable du pôle logistique et financier.

Un tel schéma organisationnel, qui combine à la fois économies en termes de ressources humaines et mutualisation des compétences, peut être envisagé à l'occasion de la constitution d'une « plateforme » de services commune à plusieurs établissements ou plusieurs sites, très rapprochés géographiquement.

En l'absence d'une telle configuration, l'idéal en vue d'un suivi efficace et à temps plein des prestations contractuelles consisterait à aligner tous les établissements en gestion déléguée des programmes « 13 000 » et « 4 000 » sur l'organigramme prévu pour les établissements des deux lots d'AOT-LOA ou du lot en contrat de partenariat en les dotant à la fois d'un directeur technique et d'un attaché dédié au seul suivi des prestations assurées par le bailleur ou les autres partenaires.

La systématisation de l'organigramme type de ces nouveaux établissements, à la faveur du renouvellement du marché de gestion déléguée pour la période 2010-2015 ou 2017 se traduirait, pour l'administration pénitentiaire, par un coût budgétaire élevé et, le cas échéant, par des difficultés de recrutement (s'agissant des emplois à caractère technique impliquant vraisemblablement de recourir à des professionnels en provenance du secteur privé).

A défaut, il serait judicieux de renforcer les effectifs des unités de suivi des gestions déléguées (UGD), qui se résument aujourd'hui à une personne et apparaissent d'ores et déjà insuffisants le plus souvent, surtout s'agissant des DISP sur le territoire desquelles sont ou seront prochainement implantés de nombreux établissements concernés par l'externalisation de prestations de services (gestion déléguée traditionnelle ou contrats complexes en mode partenariat public-privé).

c) Des besoins en termes de formation

Au-delà des formations dispensées à l'ENAP par le responsable de la MGD à l'intention d'un public jusqu'à présent trop restreint, des formations plus spécialisées et plus régulières seraient souhaitées par les utilisateurs actuels et futurs des marchés de gestion déléguée, des baux et des contrats de partenariat pour qu'ils puissent s'approprier l'ensemble des outils juridiques en vue d'une pleine exécution du contrat.

La personne en charge du renouvellement du marché de gestion déléguée à la MGD a d'ores et déjà prévu d'effectuer, en 2010, l'accompagnement des équipes des établissements couverts par le futur marché.

d) Un appui méthodologique plus systématique, ainsi que des conseils juridiques

Les personnes rencontrées par la mission lors de ses déplacements ont également manifesté le souhait de pouvoir disposer, dans des délais brefs, d'instructions et de réponses précises à des interrogations de toutes sortes, concernant au premier chef les modalités d'interprétation et d'application de certaines clauses du contrat.

La mise à disposition, de préférence en ligne, d'une documentation synthétique, sous la forme de réponses aux questions les plus fréquentes ou aux points les plus épineux, constituerait une avancée très appréciable, quoique tardive s'agissant de l'exécution des marchés de gestion déléguée devant s'achever le 31 décembre 2009. Cet outil devrait, en revanche, être utilisable dès le début de la mise en œuvre du futur marché et enrichi au fur et à mesure des questions posées par les utilisateurs (attachés, directeurs techniques et chefs d'établissement, responsables d'UGD et chefs de département patrimoine et équipement en DISP) et de l'affinement de la « doctrine » par la MGD.

²⁸ Les quartiers maison centrale et centre de détention de Loos et le quartier centre de semi-liberté d'Haubourdin.

C. Les établissements pénitentiaires en gestion publique ne font pas l'objet d'un suivi unifié par l'administration centrale en vue d'évaluer la qualité de leur gestion et des prestations qui y sont assurées

1. Le pilotage des établissements du parc dit classique est essentiellement de nature budgétaire tout en n'étant pas exempt de défauts

La gestion des établissements pénitentiaires du parc classique repose quasi exclusivement sur une logique budgétaire annuelle, centrée sur la reconduction des crédits modulée par un sous-calibrage des dotations initiales suivi, en toute fin d'année, d'un dégel subit de grande ampleur. Une telle logique de gel-dégel est de nature à favoriser des comportements passifs plutôt que d'inciter les établissements à gérer plus rigoureusement leur budget et à réaliser des économies, en octroyant par exemple aux plus vertueux une rallonge de crédits leur permettant de financer tel ou tel projet et, *a contrario*, en pénalisant les moins bons gestionnaires. Le dégel des crédits en fin d'année n'est précédé d'aucune analyse sur l'efficacité de la dépense faisant intervenir le contrôle de gestion.

En outre, en raison de l'éclatement des lieux d'ordonnancement, ni les services interrégionaux ni les équipes de direction locales ne disposent d'une vision consolidée des dépenses de l'établissement en gestion publique agrégeant l'ensemble des titres budgétaires (2, 3 et 5).

Enfin, la fiabilité relative des données disponibles constitue une dernière limite (cf. le présent rapport).

2. Les deux types de gestion ne font l'objet que de comparaisons ponctuelles, à l'initiative de certains bureaux de l'administration centrale et de quelques DISP

Dans son rapport précité de janvier 2006 consacré à la gestion des prisons, la Cour des comptes relevait qu'à l'exception d'une tentative ponctuelle, menée entre 1995 et 1997²⁹ et impliquant le retraitement manuel des dépenses des quatre établissements témoins en gestion publique du programme « 13 000 » (Arles, Châteauroux, Laon et Saint-Quentin-Fallavier), l'administration pénitentiaire avait ensuite cessé de faire de cette comparaison des performances respectives des deux modes de gestion une priorité et renoncé à mener à bien toute analyse approfondie en soulignant les difficultés d'un tel exercice.

Elle procède toutefois au calcul du coût budgétaire total de chaque type de gestion en le rapportant au nombre de jours de détention correspondants en vue d'une comparaison des coûts unitaires. La Cour des comptes déplorait dans son rapport le caractère réducteur d'une telle approche, qui tend notamment à ignorer l'existence de certaines charges supportées par les prestataires privés (amortissement des investissements, charges de retraite...) et à imputer l'ensemble des coûts des services déconcentrés (établissements, DISP et services d'insertion et de probation) aux seuls établissements en gestion publique. Ce calcul permet de cerner ce que l'administration pénitentiaire doit acquitter pour une place de détention, dans chaque type d'établissement, à un instant donné. Sur la base d'un échantillon d'établissements excluant les maisons centrales, la Cour des comptes avait, de son côté, procédé à une comparaison des deux modes de gestion qui aboutissait à un coût budgétaire direct de la gestion publique inférieur à celui de la gestion mixte, sans être en mesure de conclure pour autant à une moindre efficacité de cette dernière.

Aujourd'hui, l'administration pénitentiaire dispose, au niveau central, d'un tableau de suivi du coût budgétaire (dépenses du titre 3) par établissement et par prestataire et procède par ailleurs depuis plusieurs années, comme il a été dit ci-dessus, à une comparaison des coûts de la journée de détention (JDD) entre les établissements en gestion déléguée et ceux relevant de la gestion publique. Ce suivi des coûts de JDD pour l'année 2007 est actuellement en cours de diffusion vers les DISP.

²⁹ Cet examen faisait apparaître, selon la Cour des comptes, un coût global de la gestion mixte, tous établissements confondus, comparable à celui de la gestion publique, mais un coût de la gestion mixte, par jour de détention et par établissement, supérieur de 10% environ à celui de la gestion publique à capacité équivalente.

Il reste que cette approche n'est pas exhaustive puisque des coûts en sont exclus (dépenses du titre 2 et du titre) et que les données ainsi collectées ne font pas l'objet d'une analyse fouillée et de restitutions régulières à l'intention des chefs d'établissement ou des directeurs interrégionaux dans le cadre d'une politique nationale structurée de suivi de la performance de la gestion publique, comparée à celle de la gestion déléguée.

Surtout, il n'apparaît pas que ces travaux soient utilisés dans le cadre du dialogue de gestion et du processus de décision budgétaire entre la direction de l'administration pénitentiaire et les échelons déconcentrés.

Tout récemment, il convient de noter que les audits patrimoniaux réalisés par la Socotec ont été étendus à trois établissements en gestion publique (Laon, Châteauroux et Saint-Quentin-Fallavier). Les résultats permettront donc d'effectuer des comparaisons instructives concernant la maintenance et l'entretien réalisés dans des établissements d'ancienneté comparable du programme « 13 000 ».

Par ailleurs, s'agissant du seul thème du travail des détenus, le bureau du travail, de la formation et de l'emploi (PMJ3) tient, à partir des données qui remontent des DISP, un tableau de bord comparé (gestion publique³⁰ / gestion déléguée), par DISP, portant sur les équivalent temps plein (ETP), la masse salariale et le nombre de journées travaillées.

Le caractère embryonnaire d'une évaluation comparée des deux modes de gestion tient essentiellement à l'existence d'un cadre contractuel pour la gestion déléguée, qui constitue un support naturel et légitime de contrôle et d'évaluation, et qui n'a pas d'équivalent en ce qui concerne les établissements en gestion publique. *A contrario*, s'agissant de ces derniers, la prégnance des aspects liés à la détention sur ceux relevant de la gestion, ainsi qu'une forme de régulation par le comportement des détenus ont tendance à reléguer au second plan le besoin d'évaluer leur performance.

3. La sensibilité des chefs d'établissement du parc classique aux aspects touchant à la gestion apparaît très inégale

Il est apparu à la mission, lors de ses déplacements, que certains directeurs d'établissements en régie marquaient un intérêt particulier aux questions de maintenance et d'entretien, et pouvaient également porter leur regard sur un nombre limité de paramètres des fonctions assurées dans leur établissement (essentiellement le contrôle de la consommation des fluides et l'évolution du coût de revient du repas du détenu, qui représentent les deux plus gros postes de dépenses), sous l'influence de l'économe ou de l'attaché (cas de la directrice de la maison d'arrêt de Strasbourg) qui confectionnent des tableaux et graphiques en ce sens.

A contrario, les préoccupations d'ordre sécuritaire se sont révélées extrêmement dominantes dans d'autres établissements (cas de la maison centrale de Saint-Maur par exemple) au point de reléguer les aspects de gestion à la marge. Si cet ordre des choses est somme toute normal pour ce qui est du chef d'un établissement très sécurisé, accueillant les détenus parmi les plus dangereux, il l'est moins s'agissant des membres de son équipe chargés de l'entretien et de la maintenance ou des services administratifs.

D'une façon générale, très peu d'initiatives spontanées visant, soit à la recherche et à la réalisation d'économies (via la renégociation des options tarifaires en ce qui concerne l'énergie par exemple ou plus largement celle des contrats avec les fournisseurs), soit à la mise en œuvre de mesures correctrices ont été portées à la connaissance de la mission lors de ses visites et entretiens sur le terrain.

³⁰ En distinguant d'ailleurs les concessions des ateliers animés par la RIEP.

C'est parfois des services interrégionaux que viennent ces initiatives de gestion active. Par exemple, la DISP Est-Strasbourg a fait réaliser, en septembre 2007, par un cabinet lyonnais spécialisé dans le conseil opérationnel en réduction de coûts (Cristal Décisions), un rapport d'audit visant à établir une cartographie détaillée des dépenses en eau, gaz et électricité (trois fluides), à évaluer le potentiel de réduction des dépenses de cette nature (par la détection d'erreurs dans les factures, l'optimisation des contrats ou la renégociation tarifaire) et à mettre en œuvre les économies ainsi dégagées. Au total, l'audit a permis de dégager un potentiel d'économies ponctuelles (remboursements concernant l'eau) supérieur à 110 K€ et d'économies récurrentes (surtout s'agissant du gaz) compris entre 122 et 200 K€ par an.

4. Le bureau de l'évaluation, du contrôle de gestion et des achats (SD5) ne joue pas pour les établissements du parc classique un rôle équivalent à celui de la MGD à l'égard des établissements en gestion déléguée

Il ressort des entretiens que la mission a eus avec le sous-directeur chargé de l'organisation et du fonctionnement des services déconcentrés que le bureau de l'évaluation, du contrôle de gestion et des achats (SD5) est normalement chargé, pour l'ensemble de la direction de l'administration pénitentiaire et conformément à son intitulé, du contrôle de gestion. Le bureau SD5 est donc conçu comme étant à la disposition de l'ensemble des autres bureaux de la direction de l'administration pénitentiaire, ainsi que de la MGD, qui peut disposer des travaux du contrôle de gestion en vue d'améliorer le pilotage des marchés de gestion déléguée dont elle a la charge.

Sur le principe, la présence dans un organigramme d'une structure dédiée au contrôle de gestion et disposant d'un champ d'action transversal est cohérente. Il est cependant apparu à la mission que, pour le moment, le bureau SD5 ne remplissait pas sa fonction, tant en ce qui concerne les établissements du parc public que ceux gérés en mode délégué. Cette carence, qui tient notamment aux compétences actuellement disponibles au sein du bureau SD5 (ressources humaines), ainsi qu'à la fiabilité relative des données collectées et traitées (méthodes et systèmes d'information) par ce bureau, s'explique au premier chef par une insuffisante explicitation des finalités concrètes d'un véritable dispositif de contrôle de gestion au sein de l'administration pénitentiaire.

En effet en dépit de son intitulé, le bureau SD5 ne fait pas réellement, jusqu'à présent, du contrôle de gestion³¹, non plus que de l'évaluation, dans la mesure où il ne procède qu'à la marge à des calculs de coûts – au demeurant incomplets – et où il ne peut s'appuyer ni sur une comptabilité analytique des établissements en gestion publique (qui n'existe pas), ni sur les comptabilités analytiques des prestataires délégués, (qui ne les communiquent pas). Un chef du pôle contrôle de gestion a toutefois pris ses fonctions au sein dudit bureau le 20 octobre 2008 et reçu du sous-directeur SD une lettre de mission, datée du 5 novembre 2008, dont les objectifs apparaissent ambitieux, sans pour autant que le développement d'un contrôle de gestion se voie assigner des finalités précises et concrètes³². Outre la création d'une lettre mensuelle du contrôle de gestion pour la direction de l'administration pénitentiaire et la réalisation d'études diverses à la demande de la hiérarchie (sans plus de détails), le chef de pôle a notamment pour mission, d'ici à l'été 2009, de « comparer la performance (efficacité et efficience) de la gestion publique à celle de la gestion déléguée » (sans dire comment) et de « détecter les pistes de rationalisation et d'économies budgétaires » (sans autres précisions).

Dans la mesure où le traitement et l'analyse par le bureau SD5 des comptes annuels des gestionnaires délégués sont, pour le moment, insuffisants, leur collecte exclusive par ce même bureau a pour effet de priver la MGD, dans les circonstances actuelles, d'une vision consolidée dans ce domaine.

³¹ Entendu comme un outil de pilotage du changement, donnant des conseils aux fonctions opérationnelles et formulant des avis à la direction générale sur les objectifs sous-tendant la stratégie de l'organisation concernée, à partir de l'analyse de données existantes (d'exploitation, financières) ou construites (tableaux de bord, indicateurs) en vue de comparer les performances et les objectifs et d'adapter ces derniers et les moyens.

³² En des termes généraux, la lettre de mission du 5 novembre 2008 relie la création d'un pôle contrôle de gestion au sein du bureau SD5 aux conséquences de la LOLF et au souci « d'approfondir l'accompagnement des services déconcentrés dans la mise en œuvre de démarches destinées à accroître l'efficacité des structures ».

Par ailleurs, il est apparu à la mission, notamment lors de ses entretiens auprès des établissements et des DISP que si beaucoup d'informations remontent vers le bureau SD5, peu de productions régulières en émanent et très peu d'analyses font l'objet d'une diffusion ou de restitutions vers les échelons interrégionaux et locaux, hormis les résultats de quelques enquêtes ponctuelles³³, comme en matière de restauration ou de cantine des détenus. Des marges de progrès existent donc en ce sens comme l'atteste la lettre de mission donnée au chef du pôle contrôle de gestion au sein du bureau SD5, qui lui demande de « veiller à assurer des retours d'informations réguliers, notamment dans le cadre des études auxquelles le réseau est associé ».

Enfin, l'articulation du bureau SD5 avec les services d'audit interne (SAI), qui résultent de la transformation récente, dans les DISP, des anciens services du contrôle de gestion³⁴, pourrait être améliorée en vue d'orienter davantage ces services vers la production d'analyses de gestion à la demande ou le croisement d'éléments figurant dans des bases de données, plutôt que vers la collecte de données et la production de rapports d'activité. Ce point figure explicitement dans la lettre de mission du chef du pôle contrôle de gestion, qui lui confie « l'animation et le pilotage d'un réseau de contrôleurs de gestion au sein des services déconcentrés ». Pour autant, la mission a constaté que les SAI étaient excessivement accaparés par de telles tâches, au profit quasi exclusif des directions de métier de l'administration pénitentiaire³⁵, tout comme le bureau SD5 d'ailleurs, au détriment de sa fonction contrôle de gestion.

III. PRINCIPALES RECOMMANDATIONS EN VUE D'ACCROITRE L'EFFICACITE DU PILOTAGE DES ETABLISSEMENTS PENITENTIAIRES, QUEL QUE SOIT LEUR MODE DE GESTION

Les préconisations de la mission s'articulent autour de trois thèmes principaux :

- organisation et attributions ;
- ressources humaines et formation ;
- instruments de pilotage.

A. Organisation et attributions

1. Une clarification des rôles respectifs des différents échelons administratifs s'agissant du pilotage des marchés de gestion de déléguée ou des autres types de contrats

Il a été porté à la connaissance de la mission qu'une circulaire du sous-directeur SD était actuellement en cours de rédaction, sur la base notamment d'un travail préparatoire réalisé par l'adjoint du chef de la MGD, en vue de préciser les attributions respectives des différents échelons administratifs en ce qui concerne le pilotage de la gestion déléguée, dans la perspective notamment de l'extension du champ de cette dernière à la faveur du futur marché dit « MGD 04 » et de la livraison d'établissements neufs construits et gérés dans le cadre de contrats dits « complexes ».

Sans entrer dans le détail, il semble à la mission que l'articulation suivante pourrait être explicitée via cette circulaire :

- les établissements pénitentiaires : ils sont le lieu de la relation au quotidien avec le prestataire, de la résolution de la plupart des difficultés, du contrôle du respect des

³³ Enquêtes qui n'ont pas été suivies de la diffusion aux services de conclusions opérationnelles (une synthèse a bien été élaborée en ce qui concerne l'enquête sur la restauration, mais elle est demeurée interne à l'administration centrale) ou d'instructions en vue de développer de bonnes pratiques. Aucune réunion n'a été organisée avec les services déconcentrés et les établissements autour des résultats de ces enquêtes en vue d'en partager les enseignements et d'échanger sur les expériences des uns et des autres. Très logiquement, il n'est procédé à aucun suivi des mesures susceptibles d'être prises sur la base de ces enquêtes.

³⁴ Et dont le bureau SD5 reconnaît d'ailleurs que les nouvelles attributions n'ont pas été précisément définies.

³⁵ Certaines personnes rencontrées par la mission à l'occasion de ses déplacements ont déploré le fait que les SAI travaillent beaucoup pour l'administration centrale et très peu pour les services des DISP et les établissements eux-mêmes.

engagements contractuels, de la qualité du service rendu, ainsi que de la rapidité avec laquelle les mesures correctrices sont prises (évaluation de la réactivité du gestionnaire délégué) ;

- les DISP : confier aux UGD un rôle de conseil aux établissements et d'arbitrage des conflits entre le chef d'établissement et le chef d'unité privée. Cela suppose que les responsables d'UGD soient tous munis d'une lettre de mission en ce sens et que leur positionnement au sein des DISP soit réévalué en vue d'accroître leur visibilité et de leur conférer une autorité suffisante, tant vis-à-vis des chefs d'établissement que des représentants du gestionnaire délégué. L'expertise juridique et technique (en matière d'entretien et de maintenance des équipements et bâtiments) des UGD doit également être renforcée (voir les préconisations en ce sens portant sur les ressources humaines et la formation) ;
- l'administration centrale : il revient à la MGD d'élaborer la « doctrine » en matière de marchés de gestion déléguée et de contrats « complexes » et de la porter à la connaissance des utilisateurs sur un mode interactif (voir les recommandations *infra* en matière d'outils). Dans son rôle d'animation du réseau et d'appui aux services déconcentrés et aux établissements, la MGD devra veiller à intensifier son offre de formation (en prestation directe ou en intermédiation) et de conseil (méthodes, droit des marchés et des contrats...) en améliorant encore sa réactivité (une fois que le marché dit « MGD04 » aura été conclu, la structure devrait être en mesure de dégager du temps-ressource pour traiter les demandes et questions émanant des DISP elles-mêmes ou des établissements *via* le relais des UGD).

2. Le fonctionnement des services centraux et déconcentrés de l'administration pénitentiaire pourrait être revu en vue d'assurer un pilotage plus efficient des établissements, moyennant le développement prioritaire d'un contrôle de gestion appliqué à la gestion publique

a) La collecte des comptes des prestataires délégués par le bureau SD5 ne se justifie que si ledit bureau procède à une analyse approfondie de ces données comptables au profit de la MGD

Il peut apparaître cohérent que ce soit le bureau de l'évaluation, du contrôle de gestion et des achats (SD5) qui recueille, comme c'est le cas aujourd'hui, les documents comptables que les prestataires délégués doivent déposer auprès de l'administration en application de l'article 26 du cahier des clauses administratives particulières (CCAP), à condition toutefois que ce bureau exploite ces données au profit notamment de la MGD, qui ne dispose pas, aujourd'hui, d'une vision à la fois consolidée et analytique de ces comptes.

b) Améliorer la qualité des services rendus par le bureau SD5 et dynamiser le rôle des services d'audit interne (SAI)

Si le recrutement, en octobre 2008, d'un chef de pôle contrôle de gestion au sein du bureau SD5 et les objectifs affichés dans la lettre de mission qui lui a été donnée vont incontestablement dans le bon sens, il reste que les finalités concrètes d'un véritable outil de contrôle de gestion n'ont pas fait l'objet d'une explicitation suffisante, ce qui hypothèque fondamentalement les chances de succès des démarches préliminaires visant à fiabiliser des données (lesquelles en priorité et pour faire quoi ?), définir des méthodes et élaborer des outils (en vue de quels objectifs ?).

Il revient donc à l'administration centrale de dire clairement et précisément dans quelle optique concrète et comment elle entend construire et utiliser un contrôle de gestion orienté vers la mesure de la performance du parc d'établissements en gestion publique et sa comparaison avec celle du parc en gestion déléguée.

La sous-direction SD devra indiquer notamment le rôle des données de coûts recueillies et analysées dans le processus d'allocation budgétaire pour les établissements en gestion publique et définir précisément le rôle du bureau SD5 et des services d'audit interne (SAI) dans les DISP à l'égard des établissements en gestion déléguée.

Cette explicitation, faite à l'ensemble des services de l'administration pénitentiaire (y compris les établissements), permettra la mise sous tension de l'ensemble du réseau et impliquera une plus forte mobilisation du bureau SD5 et SAI sur le volet contrôle de gestion de leurs attributions au service des directions de métier de l'administration centrale, au détriment des tâches de collecte de données et de confection de rapports d'activité qui les accaparent de façon excessive aujourd'hui.

c) Un impératif : diffuser beaucoup plus systématiquement l'information retraitée et analysée aux DISP et aux établissements

De façon générale, il est apparu à la mission, lors des entretiens qu'elle a conduits avec des responsables des services déconcentrés et des établissements pénitentiaires que le système de flux d'information qui prévaut aujourd'hui est trop exclusivement de type bottom-up. Le sentiment général exprimé étant que beaucoup de données remontent vers le niveau central, mais que ce dernier ne restitue pas toujours de façon périodique (cas de la « loupe » par exemple, s'agissant de la MGD), voire diffuse de façon erratique (productions du bureau SD5).

Si le bureau SD5 a notamment fait valoir à la mission que l'absence de diffusion de résultats ou de synthèses vers les services déconcentrés tenait souvent au caractère inexploitable des données transmises en amont par lesdits services, il importe néanmoins, sous peine de créer une certaine démotivation dans les équipes des SAI en particulier et de la frustration dans les services pénitentiaires en général, de veiller à diffuser, le plus régulièrement possible, une information utile de l'administration centrale vers les services déconcentrés et les établissements (approche top-down).

Lorsque les résultats d'une enquête ou d'une étude ne peuvent faire l'objet d'une diffusion pour telle ou telle raison ou que le travail d'analyse n'a pu être mené à bien du fait de la médiocre qualité des données, l'administration centrale devrait, sauf exceptions le justifiant, dire pourquoi le travail n'a débouché sur rien de concret (en prenant les mesures pour faire en sorte que l'exploitation des données soit possible dans les meilleurs délais) ou pourquoi il n'est pas diffusé.

B. Ressources humaines et formation

1. Les ressources humaines

Dans le prolongement des développements *supra* de la présente annexe et en écho aux éléments que la mission a recueillis à l'occasion des visites d'établissements, les recommandations suivantes peuvent être formulées :

- si les contraintes budgétaires le permettent, les effectifs administratifs des établissements en gestion déléguée pourraient être renforcés en les dotant à la fois d'un responsable technique chargé de la maintenance et de l'entretien des bâtiments et équipements et d'un attaché³⁶ dédié au suivi et au respect du marché multi-technique, en dupliquant ainsi l'organigramme de référence retenu pour les établissements construits selon la formule de l'AOT-LOA ou du contrat de partenariat ;
- à défaut, il conviendrait de renforcer les effectifs des UGD de sorte que toutes les unités comprennent deux personnes, dont une disposant idéalement de compétences techniques affirmées (soit en matière de maintenance, soit en lien avec un ou plusieurs autres services à la personne : restauration et cantine ou travail et formation par exemple) ;
- il apparaît souhaitable, d'une part, de définir des fiches de poste pour les responsables d'UGD mentionnant les attributions précises et le profil requis, d'autre part, d'éviter de

³⁶ L'idée a été émise, lors de la visite du quartier maison d'arrêt de Lille-Séquedin, de doter les établissements d'un poste de « contrôleur de la gestion déléguée ».

confier ce poste à un agent, titulaire ou contractuel, qui n'a pas envie de l'occuper (recrutement par défaut constaté par la mission lors de l'un de ses déplacements). Le responsable de l'UGD devra systématiquement être muni d'une lettre de mission, qui pourrait être mise à jour tous les deux ans par exemple ;

- la MGD pourrait utilement veiller à l'élargissement du réseau des « auditeurs de la gestion déléguée » et à la mise en place de mesures de motivation pour attirer les bonnes volontés et récompenser les efforts consentis par les membres de ce réseau. Le périmètre géographique d'intervention des auditeurs devrait également être réduit pour diminuer les contraintes d'éloignement qui pèsent excessivement sur eux à l'occasion de leurs missions. Il serait également très souhaitable que les auditeurs soient systématiquement tenus informés des mesures prises par le chef d'établissement en application des recommandations contenues dans leur rapport. Enfin, il apparaît nécessaire, à la lumière des retours d'expérience recueillis par la mission, de professionnaliser la formation initiale et continue des auditeurs, considérée comme très insuffisante aujourd'hui.

2. La formation

Au vu des souhaits exprimés par les interlocuteurs de la mission, l'effort de formation pourrait s'articuler prioritairement autour des éléments suivants :

- les thèmes ou modules de formation : « appropriation des outils contractuels existants et à venir » (marchés de gestion déléguée + contrats dits « complexes ») en vue d'exercer un meilleur contrôle ; « gestion des relations avec le prestataire privé »³⁷ ; « techniques d'audit » pour les membres du réseau d'auditeurs de la gestion déléguée ; « accompagnement des futurs utilisateurs du MGD04 » (module pratique à dispenser dès 2010 dans tous les établissements concernés par le futur marché de gestion déléguée) ;
- la fréquence : des sessions de formation proposées plus régulièrement qu'aujourd'hui et présentes en plus grand nombre dans le catalogue de l'école nationale de l'administration pénitentiaire (ENAP) ; des sessions faisant l'objet d'une large publicité préalable ;
- les lieux et les publics : des formations dispensées *in situ*, auprès des établissements et des DISP (pas seulement à l'ENAP) et ne sont pas seulement les directeurs d'établissement et les attachés, mais également les responsables d'UGD, les responsables des unités de marchés dans les départements du budget et des finances (DBF) des DISP, voire les économistes.

C. Instruments de pilotage

Les instruments de pilotage pourraient être améliorés comme suit.

1. Tableaux de bord et rapports

- Stabiliser le contenu du rapport mensuel d'activité (RMA) et procéder à un contrôle plus systématique de la cohérence des informations déclarées par le prestataire et du caractère complet du document, ce qui suppose une interface entre l'administration et les systèmes d'information du gestionnaire délégué.
- Veiller à diffuser systématiquement la « loupe » mensuelle aux DISP et aux établissements.

³⁷ En lien avec les deux modules de formation précités, un guide méthodologique à l'intention des chefs d'établissement en gestion déléguée pourrait être élaboré.

2. Audits

- Afin de prendre les mesures correctrices appropriées plus en amont, avancer la date de réalisation des audits patrimoniaux (confiés jusqu'à présent à Socotec), qui interviennent, en vertu des stipulations de l'article 51 du CCAP du marché de gestion déléguée actuel, durant la dernière année d'exécution dudit marché.
- Pour les mêmes raisons, et sur la base d'un inventaire centralisé et actualisé des engagements techniques pris par les prestataires délégués en début de marché, faire réaliser des audits plus régulièrement (et le cas échéant de façon impromptue) en cours d'exécution du contrat, soit par le réseau d'auditeurs de la gestion déléguée, soit, si cette ressource se révèle insuffisante, par le recours à des prestataires extérieurs.

3. Outils et supports informatiques

- Etudier la faisabilité technique d'une interface informatique entre l'établissement pénitentiaire et les systèmes d'information du prestataire de services.
- Elaborer et mettre à la disposition (en ligne) de tous les utilisateurs potentiels une banque de données sur la doctrine officielle d'interprétation et d'application des marchés et contrats en cours d'exécution (sous forme de questions/réponses).

ANNEXE II

ANALYSE DES CONTRATS DE PARTENARIAT ET PROPOSITIONS D'EVOLUTION

SOMMAIRE

I. LA FORMULE DES AOT-LOA ET DES CONTRATS DE PARTENARIAT, UN PAS SUPPLEMENTAIRE DANS L'EXTERNALISATION DES SERVICES	1
A. L'EVOLUTION DU CONCEPT EN FRANCE.....	1
1. <i>L'évolution du cadre juridique : vers une formule de contrat de plus en plus souple et complète</i>	<i>1</i>
2. <i>Le fondement économique : l'optimisation de la dépense publique et le maintien de la valeur des équipements</i>	<i>2</i>
B. LES MODALITES DU RECOURS DANS D'AUTRES PAYS OU ADMINISTRATIONS FRANÇAISES SOURCES D'INSPIRATION	4
1. <i>Les administrations françaises se lancent progressivement dans les procédures de PPP</i>	<i>4</i>
2. <i>De nombreux pays étrangers pratiquent déjà les partenariats public-privé et des critiques se font entendre</i>	<i>4</i>
C. LE PROGRAMMES DE CONSTRUCTION « 13 200 » : PROGRAMME-TEST POUR DE NOUVELLES FORMULES DE CONSTRUCTION ET DE DELEGATION.....	7
1. <i>Les marchés attribués aux prestataires : une croissance forte du nombre d'établissements en gestion déléguée</i>	<i>7</i>
2. <i>L'objectif de coût de construction pas adapté à la chronique des loyers en PPP.....</i>	<i>11</i>
II. LE PREMIER CONTRAT DE PARTENARIAT : DESCRIPTION DES PRINCIPALES CARACTERISTIQUES	11
A. L'EVALUATION PREALABLE BASEE ESSENTIELLEMENT SUR UNE ACTUALISATION D'EVALUATIONS PREALABLES PRECEDENTES	11
1. <i>Les paramètres de l'évaluation comparative : le PPP comparé à la conception-réalisation ...</i>	<i>11</i>
2. <i>Les résultats de la comparaison : le recours au contrat de partenariat largement avantageux par rapport à la maîtrise d'ouvrage privée</i>	<i>13</i>
B. UNE PROCEDURE D'ATTRIBUTION DU CONTRAT MENEES PAR L'APIJ.....	15
1. <i>Le dialogue compétitif comme poursuite des dialogues compétitifs précédents.....</i>	<i>15</i>
2. <i>Une procédure particulière pour les services à la personne en réponse à l'inadéquation entre leur durée de vie et la durée du contrat</i>	<i>17</i>
C. LA REPARTITION DES RISQUES INSCRITE DANS LE CONTRAT	18
1. <i>La répartition des risques au cœur du principe du PPP.....</i>	<i>18</i>
2. <i>L'inscription du partage des risques dans le contrat.....</i>	<i>19</i>
D. LA DETERMINATION DU MONTANT DU LOYER	20
E. L'ACCES DE SOUS-TRAITANTS AU CONTRAT : UN OBJECTIF ELEVE PREVU DANS LE CONTRAT	23
III. LA PROCEDURE MISE EN PLACE PAR L'APIJ POUR L'ATTRIBUTION DE CONTRATS COMPORTE DE NOMBREUX ATOUTS.....	24
A. L'APIJ, UN CENTRE D'EXPERTISES COMPETENT ET RECONNU	24
B. LES AVANTAGES DU CONTRAT DE PARTENARIAT MIS EN EVIDENCE PAR L'EVALUATION PREALABLE	24
1. <i>L'intégration des services bâtementaires, avantage principal du contrat de partenariat.....</i>	<i>24</i>
2. <i>Une possibilité accrue de mesure de la performance des prestations.....</i>	<i>25</i>
3. <i>Un gain réel pour les délais de construction</i>	<i>26</i>

IV. LA PROCEDURE FAIT CEPENDANT APPARAÎTRE DES LIMITES ET DES FAIBLESSES.....	26
A. DES BARRIERES A L'ENTREE POUR LES ENTREPRISES DE TAILLE MOYENNE	26
1. Les risques de réduction de la concurrence sur le marché pénitentiaire : creusement de l'écart entre candidats retenus et non présents.....	26
2. Une procédure longue et assez coûteuse pour les candidats.....	28
3. La possibilité d'éliminer des candidats au cours de la procédure peu employée.....	30
4. Les exigences bancaires élevées, obstacle à l'émergence de nouveaux acteurs	31
B. UNE EVOLUTION FORTE DU COUT DU PROJET AU COURS DE LA PROCEDURE	31
1. Le biais optimiste de l'évaluation des coûts dans l'évaluation préalable	31
2. Des hypothèses peu spécifiques au projet pour l'évaluation préalable entraînant une forte hausse du coût-objectif lors du dialogue compétitif.....	32
3. L'absence de lisibilité sur l'évolution du montant des loyers.....	37
C. LA PROCEDURE D'EVALUATION PREALABLE ET D'EVALUATION DES CANDIDATS PAS ASSEZ SPECIFIQUE NI ADAPTEE	39
1. La mise à jour de l'évaluation préalable réalisée pour les contrats en AOT-LOA	39
2. L'évaluation des risques pas assez détaillée ni méthodologiquement encadrée	40
3. L'inadaptation des critères de notation des candidats : sous-pondération des services.....	43
D. LE PARTAGE DES RISQUES ET LA GESTION DU CONTRAT TROP PEU FLEXIBLES ET FACTEURS DE SURCOUT POUR L'ADMINISTRATION PENITENTIAIRE.....	45
1. La tendance à transférer un maximum de risques vers le partenaire privé.....	45
2. Une gestion de la performance beaucoup trop rigide et difficilement applicable pour les besoins de l'administration	48
3. Le risque de décalage entre l'APIJ rédacteur des documents contractuels et l'administration pénitentiaire usager final peu présent en phase amont.....	52
E. UN CONTEXTE INCITANT A FAIRE EVOLUER LES CONDITIONS DE FINANCEMENT	54
1. Le niveau de la cession de créances et la faible visibilité des coûts de financement.....	54
2. La recherche de nouveaux montages financiers des projets.....	56
F. REFLEXION SUR LE PERIMETRE OPTIMAL DES SERVICES A INCLURE DANS LES CONTRATS DE PARTENARIAT	59
1. L'inadaptation du cycle de vie des services avec la durée du contrat.....	59
2. Des coûts des services plus élevés en contrat de partenariat qu'en gestion déléguée	62
3. L'absence de synergies fortes liées à l'intégration des services à la personne au sein du contrat	63
4. Des difficultés particulières pour la gestion des services travail-formation	66
V. PROPOSITIONS.....	67
A. SYNTHESE GLOBALE DES PROPOSITIONS.....	67
B. LE SCENARIO PROPOSE PAR LA MISSION.....	68

La gestion des établissements pénitentiaires en France est assurée selon plusieurs modes :

- gestion entièrement publique (où la maintenance et l'ensemble des services sont assurés par le personnel de l'établissement et le département du patrimoine et de l'équipement de la DISP) ;
- gestion publique avec externalisation d'une ou plusieurs fonctions, notamment la restauration, prise en charge par un prestataire privé ;
- gestion déléguée selon la loi « Chalandon », où la maîtrise d'ouvrage de l'établissement reste publique, et un certain nombre de services est délégué dans le cadre d'un contrat multiservices à une entreprise (ou un regroupement d'entreprises) privée ;
- établissements en AOT-LOA (autorisation d'occupation du terrain – location avec option d'achat), où la maîtrise d'ouvrage de l'établissement, ainsi que les services bâtimentaires, sont confiés à un prestataire privé ; Ces contrats sont doublés d'une délégation de service public pour les services autres que bâtimentaires ;
- établissements en contrat de partenariat (une forme de partenariat public-privé), selon l'ordonnance de 2004.

Ces différentes modalités de construction et de gestion sont étudiées et précisées dans cette annexe, pour déterminer quels avantages éventuels les deux dernières modalités (AOT-LOA et PPP) présentent par rapport aux modalités utilisées précédemment, et quels questions ou risques ces nouveaux contrats peuvent présenter.

I. LA FORMULE DES AOT-LOA ET DES CONTRATS DE PARTENARIAT, UN PAS SUPPLEMENTAIRE DANS L'EXTERNALISATION DES SERVICES

A. L'évolution du concept en France

1. L'évolution du cadre juridique : vers une formule de contrat de plus en plus souple et complète

En un peu plus de vingt ans, le cadre juridique de gestion des établissements pénitentiaires a évolué de façon importante. Le tableau suivant reprend les principaux textes juridiques et étapes de cette évolution.

Tableau 1 : Principales étapes et textes juridiques à l'origine de la délégation de service public dans le domaine pénitentiaire

Texte juridique	Disposition – Mode de gestion introduit
Loi n°87-432 du 22 juin 1987 dite « Chalandon » sur le service public pénitentiaire	Permet la prise en charge par une personne autre que l'Etat du fonctionnement courant des établissements pénitentiaires sous la forme d'un marché de type contrat multiservice, à l'exception des fonctions régaliennes de direction des établissements, de greffe pénitentiaire et de surveillance des personnes détenues conservées par l'Etat ¹ .

¹ « Dans les établissements pénitentiaires, les fonctions autres que celles de direction, de greffe et de surveillance peuvent être confiées à des personnes de droit public ou de droit privé habilitées, dans des conditions définies par un décret en Conseil d'Etat. Ces personnes peuvent être choisies dans le cadre des marchés prévus au deuxième alinéa. » ; « Par dérogation aux dispositions des articles 7 et 18 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'œuvre privée, l'Etat peut confier à une personne ou à un groupement de personnes, de droit public ou de droit privé, une mission portant à la fois sur la conception, la construction et l'aménagement d'établissements pénitentiaires. (...) L'exécution de cette mission résulte d'un marché passé entre l'Etat et la personne ou le groupement de personnes selon les procédures prévues par le code des marchés publics. Si le marché est alloti, les offres portant simultanément sur plusieurs lots peuvent faire l'objet d'un jugement global. »

Texte juridique	Disposition – Mode de gestion introduit
Loi d'orientation et de programmation pour la sécurité intérieure (LOPSI) du 29 août 2002	Permet de réaliser des partenariats public-privé de type bâtiminaire pour les besoins du ministère de la justice, sous forme d'autorisation d'occupation temporaire en location avec option d'achat (AOT-LOA) : l'administration met à disposition du prestataire privé un terrain, sous forme d'autorisation d'occupation temporaire, le prestataire privé finance, réalise, puis loue l'établissement à l'Etat et en assure l'entretien et la maintenance en échange de versement de loyers.
Ordonnance n°2004-559 du 17 juin 2004 sur les contrats de partenariat	Permet de confier à une entreprise privée un contrat global comprenant à la fois la conception, la construction, le financement de l'établissement, ainsi qu'un certain nombre de prestations de services : les fonctions d'intendance et de logistique, ainsi que des fonctions d'appui à la mission de réinsertion de l'administration pénitentiaire ² .
Loi n° 2008-735 du 28 juillet 2008 relative aux contrats de partenariat	Assouplit le régime juridique des contrats de partenariat, et vient étendre les possibilités de recours aux PPP ³ . Un certain nombre de dispositions de cette loi a été déclaré non-conforme à la Constitution par la décision du Conseil constitutionnel du 24 juillet 2008 ⁴ .

Source : Mission.

Le retour d'expérience issu des premiers contrats AOT-LOA n'est pas encore suffisant (les premiers établissements étant tout juste livrés, et pas encore occupés par des détenus) pour permettre une réelle évaluation de l'intérêt de ce type de contrats. Le contrat de partenariat a donc été signé avant même qu'une évaluation correcte du mode de PPP déjà mis en place ait pu être réalisée et donc sans bénéficier de ce retour d'expérience.

2. Le fondement économique : l'optimisation de la dépense publique et le maintien de la valeur des équipements

Le fondement économique du PPP, et notamment du contrat de partenariat, est de confier par un contrat unique un ensemble de prestations à un partenaire privé qui, grâce à son expérience et ses compétences particulières, fournira un service de meilleure qualité et de plus grande efficacité que ne l'aurait fait l'administration. Dans le cas de l'administration pénitentiaire, le contrat de partenariat comprend la conception, la construction, le financement et l'exploitation d'un ou plusieurs établissements, ainsi qu'un certain nombre de services bâtiminaires et services à la personne associés. Les objectifs d'un contrat de partenariat sont des objectifs d'optimisation de l'utilisation des fonds publics.

² « Le contrat de partenariat est un contrat administratif par lequel l'Etat ou un établissement public de l'Etat confie à un tiers, pour une période déterminée en fonction de la durée d'amortissement des investissements ou des modalités de financements retenues, une mission globale ayant pour objet le financement, la construction ou la transformation, l'entretien, la maintenance, l'exploitation ou la gestion d'ouvrages, d'équipement ou de biens immatériels nécessaires au service public. Il peut également avoir pour objet tout ou partie de la conception de ces ouvrages, équipements ou biens immatériels ainsi que des prestations de services concourant à l'exercice, par la personne publique, de la mission de service public dont elle est chargée. » En outre, l'ordonnance introduit l'obligation de réaliser une évaluation préalable pour démontrer l'opportunité de recourir à ce dispositif.

³ Un recours à un tel contrat était selon la version précédente de l'ordonnance du 17 juin 2004 justifiée dans le cas de projets présentant une complexité particulière ou un caractère d'urgence. La loi vient modifier l'ordonnance pour ouvrir une nouvelle possibilité : un contrat peut désormais être conclu si « ... compte tenu soit des caractéristiques du projet, soit des exigences du service public dont la personne publique est chargée, soit des insuffisances et difficultés observées dans la réalisation de projets comparables, le recours à un tel contrat présente un bilan entre les avantages et les inconvénients plus favorable que ceux d'autres contrats de la commande publique. »

⁴ Décision n°2008-567 DC du Conseil Constitutionnel saisi le 15 juillet 2008 : Plusieurs parties des articles 2, 16, 18 et 19 de la loi ont été déclarées contraires à la Constitution. En particulier, le Conseil Constitutionnel a décidé de la censure des « mesures sectorielles », projets considérés comme relevant de l'urgence de part leur simple appartenance à un secteur et sous réserve de présenter une évaluation dont les résultats ne sont pas défavorables.

Plus précisément, on peut lister les avantages des outils PPP – avancés fréquemment par l'ensemble des acteurs –:

- optimisation du coût de conception-maintenance-exploitation grâce à leur intégration dans un même contrat, entraînant une responsabilisation du gestionnaire ;
- raisonnement de long terme intégrant une réflexion sur la durée de vie de l'ouvrage et sa gestion -entretien et maintenance- et non simple choix en fonction des coûts immédiats de construction (perspective de développement durable, préservation de la valeur patrimoniale de l'ouvrage) ;
- optimisation du délai global de mise en service des établissements et ouvrages par une meilleure anticipation des études à travers le dialogue compétitif et une meilleure gestion des risques ;
- possibilité pour l'administration pénitentiaire de se concentrer sur son cœur de métier : les tâches de surveillance et d'accueil, sans nécessité de recrutement de personnel sur les tâches de maintenance, de formation, etc., dans un contexte où la surpopulation croissante crée une tension croissante sur les conditions de détention et de travail du personnel pénitentiaire ;
- réduction des interfaces pour l'administration : unicité de contrat et de relation contractuelle pour l'ensemble des services confiés, et pour plusieurs établissements, sur plusieurs années, permettant des économies en termes de coût d'administration ;
- économies de réalisation permises par l'unicité de contrat regroupant plusieurs établissements (permettant une éventuelle plus grande standardisation des constructions) ;
- étalement des coûts financiers pour le ministère de la Justice, avec des facilités de paiement ;
- opportunité de bénéficier de solutions innovantes et de l'expertise/expérience du partenaire privé pour réaliser les prestations (notamment les prestations à valeur ajoutée plus importante, comme le travail pénitentiaire).

L'avantage essentiel du PPP dans le domaine pénitentiaire par rapport à un mode de construction-exploitation plus classique repose sur l'intégration de la maintenance au sein du contrat de construction : la responsabilité de l'entretien et de la maintenance du bâtiment revient à celui qui l'a conçu et construit. En effet, la maintenance est l'aspect qui pose le plus de difficultés dans la gestion quotidienne des bâtiments et induit des surcoûts ultérieurs pour l'administration pénitentiaire. La question d'éventuels désordres bâtimentaires pose le problème du partage de responsabilité entre le constructeur et le gestionnaire. Ainsi, de nombreux contentieux sont en cours auprès de l'administration pénitentiaire pour des désordres de construction de bâtiments construits en conception-réalisation avec un contrat de gestion déléguée pour l'exploitation et les services, désordres qui ne sont pas de la responsabilité du prestataire privé en gestion déléguée mais peuvent perturber ses interventions d'entretien-exploitation. La période de la garantie décennale est en particulier problématique, et représente souvent une période pendant laquelle les acteurs se renvoient la responsabilité sans mettre en œuvre de solution. Ceci conduit à des procédures longues pendant lesquelles rien n'est fait pour remédier à la dégradation des bâtiments et le niveau de maintenance optimal n'est pas assuré. Dans un contrat de partenariat public-privé, le groupement privé est à la fois responsable de la construction et de la maintenance, et est à ce titre responsable du règlement de tous les éventuels désordres bâtimentaires pouvant intervenir durant la garantie décennale : ces problèmes d'interface entre constructeur et gestionnaire ne se posent plus.

A travers un contrat en PPP, la personne publique achète un ensemble de services et une interface : l'infrastructure seule n'est plus le point central du PPP.

B. Les modalités du recours dans d'autres pays ou administrations françaises sources d'inspiration

1. Les administrations françaises se lancent progressivement dans les procédures de PPP

En France, 219 projets en contrat de PPP ont été publiés dans le bulletin officiel des annonces de marchés publics (BOAMP) depuis 2004⁵. Le partenariat public-privé au sens large comprend les autorisations d'occupations temporaires (AOT), les baux emphytéotiques administratifs (BEA) et hospitaliers (BEH), ainsi que les contrats de partenariat au sens de l'ordonnance de juin 2004 (on y inclut même les délégations de service public). 32 % de ces PPP concernent le secteur bâtementaire ; après le bâtiment, le secteur le plus concerné par les contrats de partenariat est l'équipement urbain, qui représente 20 % des projets. Seuls 11 % d'entre eux représentent des montant supérieurs à 150 M€, 55 % concernent des projets d'un montant inférieur à 30 M€. Les projets menés en contrat de partenariat le sont majoritairement par des collectivités locales (pour 79 %).

Si l'on restreint l'analyse aux seuls contrats de partenariat attribués, 34 contrats ont été attribués, dont 25 pour les collectivités locales et 7 pour l'Etat. Concernant les contrats de partenariat conclus par les collectivités locales, la grande majorité (17 contrats sur 25) concerne l'équipement urbain ; pour ce qui est de l'Etat, 3 contrats (sur 7 attribués) concernent l'énergie – traitement des déchets, et 2 le secteur bâtementaire⁶.

En France, les partenariats public-privé, toutes formes confondues, représentent un montant d'investissement d'environ 10 milliards d'euros, dont 7,2 milliards pour les contrats de partenariat⁷.

Les administrations françaises ayant la plus grande expérience dans le domaine des contrats de partenariats ou autres formes de PPP, outre le ministère de la justice, sont :

- le ministère de la santé ;
- le ministère de la défense ;
- le ministère chargé des transports ;
- le ministère chargé de l'enseignement supérieur et de la recherche.

2. De nombreux pays étrangers pratiquent déjà les partenariats public-privé et des critiques se font entendre

A l'étranger, de nombreux pays se sont engagés dans la voie des partenariats public-privé.

Un rapport de l'OCDE⁸ analyse la pertinence et les fondements des partenariats public-privé, ainsi que les différentes expériences menées dans plusieurs pays de l'OCDE. Le PPP est décrit comme une solution intermédiaire entre le marché public et la fourniture intégralement privée. La principale raison de conclure un accord de PPP est la possibilité que le partenaire privé améliore la fourniture et l'efficacité du service comparativement au mode d'exécution traditionnel. Le choix entre un service public traditionnel et un PPP doit être examiné au vu de plusieurs facteurs :

- la faisabilité financière et l'optimisation de la dépense publique ;
- la faisabilité financière, le caractère limitatif de la répartition des crédits et les plafonds budgétaires imposés par la loi ;

⁵ Données de la mission d'appui aux partenariats publics-privés (MAPPP) mises à jour le 2 janvier 2009.

⁶ Les 7 contrats de partenariats signés par l'Etat français sont les suivants : équipement sportif INSEP pour le ministère chargé des sports, système informatique pour l'établissement public du château de Versailles résilié depuis, traitement des eaux pour la CCI de Toulouse, fourniture d'énergie pour les centres hospitaliers de Roanne et d'Alès (2 contrats distincts), lot de 3 prisons pour le ministère de la justice – AMOTMJ, équipement d'hélicoptères pour l'école de pilotes de Dax du ministère de la défense.

⁷ Projets validés par la MAPPP, mais pas encore nécessairement signés. Source : « Etat et perspectives du marché des contrats de partenariat », janvier 2008, Ministère des finances, MAPPP.

⁸ Rapport « Les partenariats public-privé, Partager les risques et optimiser les ressources », OCDE, 2008.

- le rôle de la nature du transfert de risque ;
- le degré de concurrence ;
- la nature du service.

L'examen de plusieurs PPP et projets menés par le secteur public en Grande-Bretagne a montré que les ministères ayant appliqué des PPP ont réduit les coûts de 10 à 20 %⁹ : parmi les projets menés en PPP, 22 % des projets ont connu des dépassements de coûts et 24 % des retards, contre respectivement 73 % et 70 % des projets menés par le secteur public¹⁰. Ces résultats doivent être nuancés, puisque les projets pour lesquels les ministères choisissent une réalisation en PPP sont sans doute justement ceux susceptibles d'offrir des garanties d'optimisation de la dépense publique élevées, et sans doute ces projets auraient obtenus de bons résultats également s'ils avaient été réalisés par voie traditionnelle. Selon l'OCDE, un PPP permet une optimisation de la dépense publique seulement si le transfert de risque et la concurrence dans le secteur sont suffisants.

La Grande Bretagne a lancé dès 1992 des projets en PFI, « *private finance initiative* ». Aujourd'hui, 10 à 15 % des investissements sont réalisés en partenariat public-privé¹¹. Les premiers projets concernaient des hôpitaux ; aujourd'hui, l'ensemble du secteur public britannique est concerné : universités, prisons... Mais des critiques s'élèvent contre les dérives qui ont pu être observées pour certains contrats, notamment dans le domaine hospitalier : contraintes sécuritaires négligées¹², surcoût élevé par rapport à une maîtrise d'ouvrage classique¹³, montant des risques portés par l'Etat sous-évalués *ex-ante*... La faillite d'un des deux consortiums chargés de la modernisation du métro londonien (projet « MétroNet ») prouve également les difficultés pratiques auxquelles peut se retrouver confrontée la puissance publique, contrainte dans ce cas à formuler une offre de reprise des contrats de PPP. Le comité parlementaire sur les finances publiques a publié en novembre 2007 un audit des marchés PFI depuis 2004. Le rapport montre une détérioration nette du niveau de la concurrence : 33 % des projets n'ont attiré qu'un maximum de deux soumissionnaires (la proportion avant 2004 était de 15 %)¹⁴. Nous reviendrons sur les risques de la réduction de la concurrence pour des projets d'une telle ampleur. L'administration britannique reste cependant source d'inspiration ou d'exemple pour l'administration pénitentiaire, car le PFI y est pratiqué depuis de nombreuses années dans le domaine pénitentiaire, et la délégation au secteur privé y est même poussée jusqu'à la garde dans un certain nombre d'établissements. Dix établissements de détention privés accueillent un peu plus de 7 000 détenus en Grande-Bretagne.

Parmi les pays précurseurs dans le domaine des contrats de partenariat public-privé, la province canadienne du Québec peut également être citée. Parmi les projets menés en partenariat public-privé au Québec, on peut nommer :

- université du Québec à Rimouski (UQAR) ;
- université du Québec en Outaouais (en cours) ;
- centre hospitalier universitaire de Québec (projet, non validé) ;
- centre de santé McGill (projet, non validé) ;
- centre hospitalier de l'Université de Montréal (projet, non validé) ;
- projet du pont de l'autoroute 25 (en cours) ;
- construction et exploitation d'une portion de l'autoroute 30 (en cours) ;

⁹ Selon une étude britannique : « *The risky business of public-private partnerships* », Hodge G.A., *Australian journal of public administration*, 2004.

¹⁰ Selon le recensement de 2002 de l'Office national d'audit du Royaume-Uni (NAO) sur les PPP, et une enquête sur les projets entrepris par le secteur public réalisée en 1999 par le NAO.

¹¹ HM Treasury, « *PFI : Strengthening long term partnerships* », HMSO, Norwich 2006.

¹² Source : « *Private finance hospital, Putting lives at risk* », David Hencke, article "The Guardian", 17 juin 2005.

¹³ Coût du PFI plus élevé de 30 % en moyenne par rapport à un emprunt et une réalisation publiques. Source : « *PPP/PFI in the UK - Is there an alternative ?* », Stephen Woodward, Trett Digest, 2007.

¹⁴ Source : Site internet du ministère de l'écologie, de l'énergie, du développement durable et de l'aménagement du territoire.

- exploitation de deux circuits express entre Vaudreuil et le centre-ville (projet en transport en commun) ;
- salle de concert de l'Orchestre symphonique de Montréal ;
- rénovation et agrandissement des palais de justice de Rimouski et de Valleyfield ;
- projets d'équipements sportifs menés par les municipalités québécoises.

L'ensemble des secteurs publics est donc concerné par les contrats de partenariat public-privé. Mais des critiques s'élèvent également pour relever les dérives de ces contrats, et notamment une certaine dérive des coûts, comme cela a été le cas en particulier pour le projet de la salle de concert de l'Orchestre symphonique de Montréal (coût passé de 105 à 266 millions de dollars). Rappelons que les modalités du PFI britannique ou du PPP canadien ne sont pas les mêmes que celles du PPP français, même si le gouvernement français s'est largement inspiré des PFI britanniques lors de l'adoption de l'ordonnance de 2004 sur les contrats de partenariat.

En effet, en France, le contrat de partenariat est novateur du point de vue de notre système juridique de la commande publique : il constitue un contrat dérogatoire (dérogeant à la fois au droit des contrats privés et publics) dont les conditions de mobilisation sont strictement encadrées. Au Royaume-Uni en revanche, c'est une politique générale : les PFI ou PPP britanniques¹⁵ sont des contrats de loi commune (« *Common Law* ») du fait qu'il n'existe pas de distinction entre droit privé et droit public en droit anglo-saxon. En particulier, les pays d'influence anglo-saxonne n'ont pas légiféré mais tentent d'imposer des contrats standards spécifiques à chaque secteur (les services du gouvernement proposent des circulaires mais il n'existe aucun texte juridiquement contraignant). La France, tout comme le Brésil ou le Mexique par exemple, a adopté une législation spécifique aux PPP et laisse les partenaires publics et privés élaborer les contrats dans le respect des lois. Ainsi, les contrats français doivent être construits dans les limites d'un cadre juridique préétabli, tandis que le régime juridique des contrats de PFI s'adapte très exactement à leurs besoins. Les possibilités de recours à de tels contrats sont donc plus encadrées, et probablement plus réduites en France que dans les pays anglo-saxons, ce qui pourrait expliquer que les risques de dérives de ces contrats observées dans les pays anglo-saxons soient moins présents en France. Si la formule du PPP français est sans doute moins souple que le PFI britannique (la procédure négociée n'est par exemple pas prévue pour la passation d'un contrat de partenariat en France), elle présente une plus grande sécurité juridique, notamment vis-à-vis du droit communautaire.

Ces critiques nous rappellent néanmoins que le contrat de partenariat reste une modalité particulière de construction-gestion d'un équipement, qui reste dérogatoire à la maîtrise d'ouvrage publique, et que sa pertinence et son intérêt économique doivent donc être analysés et justifiés rigoureusement au cas par cas.

¹⁵ Les PFI ou PPP britanniques recouvrent un grand nombre de type de contrats différents, suivant le mode de rémunération par les recettes d'exploitation ou par l'administration, et suivant le sort des biens construits qui peuvent devenir propriété des collectivités concédantes, ou bien demeurer la propriété de l'opérateur privé à la fin du contrat.

C. Le programmes de construction « 13 200 » : programme-test pour de nouvelles formules de construction et de délégation

Dans la continuité du programme « 4 000 places » décidé en 1995 et achevé fin 2004, la loi d'orientation et de programmation pour la justice (LOPJ) du 9 septembre 2002, faisant le constat de l'insuffisance de capacité d'accueil pénitentiaire, et de la vétusté de certains établissements, prévoit un programme ambitieux de modernisation du parc pénitentiaire représentant au total 13 200 places, dont 9 200 places nouvelles prévues dans des établissements pénitentiaires pour majeurs. Le montant du programme d'investissement s'élève à 1,4 milliards d'euros, et doit permettre à l'administration pénitentiaire de faire face à ses nouvelles réalités : l'augmentation de la population pénale, et notamment le taux de surencombrement très fort dans certaines régions¹⁶, et la vétusté et l'inadaptation d'un grand nombre d'établissements (57 % des 195 établissements pénitentiaires ont été construits avant 1920¹⁷).

Pour réaliser les projets du programme « 13 200 » (2 maisons centrales, 18 centres pénitentiaires ou maisons d'arrêt pour majeurs, 7 établissements pour mineurs, 1 600 places en Outre-mer et 2 000 places de quartiers courtes peines), le ministère de la justice a mandaté l'agence de maîtrise d'ouvrage des travaux du ministère de la justice (AMTOMJ), devenue depuis l'APIJ (agence publique pour l'immobilier de la justice).

1. Les marchés attribués aux prestataires : une croissance forte du nombre d'établissements en gestion déléguée

a) Les marchés de gestion déléguée

Pour les établissements construits en maîtrise d'ouvrage publique traditionnelle, pour les établissements construits en conception-réalisation et pour les établissements construits en AOT-LOA, l'administration pénitentiaire utilise depuis plus de vingt ans des contrats de gestion déléguée pour des prestations de type multiservice/ multitechnique (contrat global) portant sur les fonctions non intégrées dans le contrat de réalisation de l'ouvrage.

Une première génération de marchés de contrats multiservices a été notifiée en septembre 1989, confiant le fonctionnement de 21 établissements pénitentiaires à quatre groupements d'entreprises répartis sur quatre zones¹⁸ pour les fonctions d'intendance et de logistique pour une durée de dix ans (1990 – 2001).

La seconde génération de contrats a été notifiée en décembre 2001, renouvelant les marchés de gestion déléguée précédents et étendant le principe des marchés publics multiservices à 6 établissements supplémentaires construits dans le cadre du programme « 4 000 » : l'ensemble a conduit à la notification de cinq marchés publics multiservices ayant pour objet d'assurer le fonctionnement courant de 27 établissements pénitentiaires des programmes « 13 000 » et « 4 000 » le 1^{er} janvier 2001, conclus pour une durée de 8 années (échéance au 31 décembre 2009), accordés à 3 titulaires¹⁹.

¹⁶ Le taux d'occupation moyen en France au 1^{er} juillet 2008 est de 126,5 %, chiffre qui atteint 136,5 % sur la DISP de Lyon, 134,3 % sur la DISP de Paris ou 148,3 % sur la DISP d'Outre-Mer, avec des taux d'occupation atteignant plus de 200 % dans 14 établissements en France, et moins d'une dizaine de MA avec des taux d'occupation inférieurs à 100 %. Source : Données DAP, Questionnaires parlementaires pour le PLF 2009.

¹⁷ Donnée au 1^{er} juillet 2008. Source : Données DAP, Questionnaires parlementaires pour le PLF 2009.

¹⁸ Nord : GEPSA, Est : DUMEZ, Ouest : SIGES, Sud : GECEP-EGID.

¹⁹ Groupements d'entreprises titulaires des marchés de fonctionnement pour la période 2002-2009 : SIGES dans le Nord ; GEPSA en zones Est, Ouest et Ile de France, cotraitant EUREST, sous-traitant ELYO ; IDEX en zone Sud, cotraitant SOGERES.

Le modèle de gestion déléguée a été étendu aux nouveaux établissements pour mineurs du programme « 13 200 » : l'administration pénitentiaire a conclu un marché de conception-réalisation, et un marché public de fonctionnement multiservices conclu avec la société SIGES pour assurer le fonctionnement courant²⁰ des 7 établissements pour mineurs dont les livraisons sont programmées en 2007-2008. Le marché a été notifié le 2 février 2007, pour une durée globale de 60 mois.

b) Les contrats de PPP

En juin 2003, une annonce ministérielle établit que l'essentiel du programme de construction de nouvelles capacités sera développé en PPP (6 600 places pour majeurs). C'est une nouvelle forme de délégation, plus poussée que les contrats de gestion déléguée précédents, qui représente une extension importante à la fois du périmètre de gestion déléguée pour l'administration pénitentiaire et du nombre d'établissements concernés par la gestion déléguée. Aujourd'hui, sont donc concernés par la gestion déléguée au sens large – y compris PPP – :

- 27 établissements construits entre 1990 et 2005 : 10 centres de détention, 8 centres pénitentiaires et 9 maisons d'arrêt ;
- 4 établissements pour mineurs mis en service en 2007, les 3 derniers en 2008-2009 ;
- plus de 15 500 places ;
- 18 % des établissements, 30 % des places de détention, et plus de 50 % après finalisation du programme « 13 200 » (45 établissements).

Les attendus du programme PPP sont :

- permettre un recentrage du ministère de la justice sur ses tâches de services public ;
- permettre une mise en œuvre simultanée des opérations de la LOPJ ;

Les 10 établissements concernés sont répartis en 3 lots :

- lot 1 : contrat d'AOT-LOA signé le 23 février 2006 concernant les établissements situés à Roanne, Lyon-Corbas, Nancy, Béziers ;
- lot 2 : contrat d'AOT-LOA signé le 12 octobre 2006 concernant les établissements situés à Poitiers, Le Havre, Le Mans ;
- lot 3 : contrat de partenariat signé le 20 février 2008 concernant les établissements de Nantes, Réau, Lille.

Une partie du programme « 13 200 » est réalisée en maîtrise d'ouvrage plus classique, la conception-réalisation – modalité elle-même déjà dérogatoire par rapport à la MOP traditionnelle, visant à déléguer l'ensemble de la prestation de conception-réalisation à un prestataire unique – :

- programme des maisons centrales : Vendin le vieil, Condé sur Sarthe ;
- programme dit « BoReMo » : Bourg en Bresse – Rennes – Mont de Marsan réalisé en conception-réalisation ;
- établissements pour mineurs (EPM) : Quiévrechain, Orvault, Meaux, Porcheville, Laval, Marseille, Meyzieu ;
- programme DOM-TOM : St Denis de la Réunion, Basse Terre (Guadeloupe).

Seul l'établissement d'Ajaccio est réalisé en maîtrise d'ouvrage publique traditionnelle.

Le tableau suivant reprend la liste des établissements du programme « 13 200 » (hors EPM) et leur mode de construction.

²⁰ Prestations limitées à la maintenance immobilière, nettoyage, restauration et hôtellerie buanderie.

Tableau 2 : Etablissements pénitentiaires pour majeurs du programme « 13 200 »

Etablissement	Nature	Capacité	Titulaire du marché de construction	Date de livraison	Lot
Mont-de-Marsan	CP	690	Bouygues	08/2008	Lot conception-réalisation
Bourg-en-Bresse	CP	690	Bouygues	04/2009	Lot conception-réalisation
Rennes	CP	690	Bouygues	07/2009	Lot conception-réalisation
Rodez	MA	100		01/2011	Conception-réalisation
Roanne	CD	600	Eiffage	09/2008	Lot 1 AOT-LOA
Lyon	MA	690	Eiffage	12/2008	Lot 1 AOT-LOA
Nancy	CP	690	Eiffage	02/2009	Lot 1 AOT-LOA
Béziers	CP	810	Eiffage	08/2009	Lot 1 AOT-LOA
Le Mans	CP	400	Bouygues	06/2009	Lot 2 AOT-LOA
Poitiers	CP	589	Bouygues	04/2009	Lot 2 AOT-LOA
Le Havre	CP	690	Bouygues	09/2009	Lot 2 AOT-LOA
Nantes	MA	570	Bouygues	09/2010	Lot 3 contrat de partenariat
Réau	CD	818	Bouygues	07/2011	Lot 3 contrat de partenariat
Lille	CP	688	Bouygues	09/2011	Lot 3 contrat de partenariat
Vendin-le-Vieil	MC	220		01/2011	Programme maisons centrales
Condé-sur-Sarthe	MC	220		02/2011	Programme maisons centrales
Ducos (Martinique)	CP	80+150		01/2009	DOM-TOM
La Réunion	MA	574		07/2008	DOM-TOM
Remire - Montjoly	CP	100		10/2009	DOM-TOM
Basse Terre (Guadeloupe)	CP	350		2011	DOM-TOM
Faa'a Nuutania	CP	130		2011	DOM-TOM
Majicavo (Mayotte)	MA	125		2011	DOM-TOM
Ajaccio	CP	290		2011	MOP

Source : Administration pénitentiaire.

Le contrat d'AOT-LOA inclut, par rapport à un contrat de conception-réalisation déléguant la conception et la construction d'un établissement à un groupement privé, les services bâtimentaires (entretien-maintenance, renouvellement et fourniture des fluides). Le contrat de partenariat intègre, en plus de ces services bâtimentaires, un grand nombre de services à la personne. Le contrat de partenariat vaut pour le prestataire privé droit d'occupation du sol.

Dans le cadre du contrat de partenariat, l'ensemble des services est couvert par le contrat passé par l'APIJ. Dans le cadre d'une AOT-LOA et d'une conception-réalisation, les services non inclus dans le contrat sont couverts par un marché public de fonctionnement (contrat en gestion déléguée). Le tableau ci-dessous précise les services inclus dans les différents types de contrats utilisés par l'administration pénitentiaire.

Tableau 3 : Périmètre des contrats de marchés passés par l'APIJ

	Conception	Construction	Financement	Entretien- maintenance	Restauration	Hôtellerie- Buanderie	Restauration des personnels	Cantine	Accueil des familles	Transport	Travail	Formation
Contrat de partenariat	X	X	X	X	X	X	X	X	X	X	X	X
AOT-LOA	X	X	X	X	Contrat de gestion déléguée							
Conception-réalisation	X	X	Contrat de gestion déléguée									

Source : Administration pénitentiaire.

Plus précisément, les prestations de services en matière d'entretien et de maintenance comprennent :

- la maintenance courante des établissements²¹ ;
- le gros entretien renouvellement ;
- les contrôles légaux de conformité ;
- la fourniture des énergies et fluides ;
- la propreté et l'hygiène des locaux ou espaces extérieurs et la gestion des déchets.

Les prestations de services à la personne comprennent :

- le travail pénitentiaire ;
- la formation professionnelle ;
- la restauration des détenus ;
- l'hôtellerie et la buanderie ;
- la cantine ;
- le transport ;
- l'accueil des familles ;
- la restauration du personnel.

Le contrat de partenariat inclut l'ensemble de ces services bâtimentaires et à la personne. L'avantage principal est l'unicité du contractant pour l'administration pénitentiaire, permettant une responsabilisation plus grande du partenaire privé et une simplification des échanges pour l'administration pénitentiaire.

Le tableau suivant reprend les principales caractéristiques, et les groupements attributaires, des 3 lots réalisés en PPP (AOT-LOA ou contrat de partenariat).

Tableau 4 : Présentation des trois lots concernés par des contrats de partenariat

	Lot 1 AOT-LOA	Lot 2 AOT-LOA	Lot 3 Contrat de partenariat
Nombre de places	2 800	1 700	2 100
Nombre de sites	4	3	3
Investissement	250 M€	170 M€	215 M€
Loyer annuel	35 M€/an	25 M€/an	50 M€/an
Lancement procédure	août 2004	mars 2005	juillet 2006
Livraison du 1er établissement	septembre 2008	juin 2009	septembre 2010
Titulaire du contrat	OPTIMEP 4	Thémis	Théia
Construction	Eiffage Construction	Bouygues Construction	Bouygues Construction
Entretien-Maintenance	EMEP4, filiale de Eiffage	Exprimm	Exprimm
Partenaire bancaire	Natexis	RBS, Dexia	RBS, Dexia
Services	Contrat séparé : GEPSA	Contrat séparé : GEPSA	I dex, Sogeres, Preface

Source : Données septembre 2008, APIJ.

Les lots sont découpés en tranches par établissement : une tranche ferme, et plusieurs tranches conditionnelles.

²¹ « La maintenance multi-technique à la charge du prestataire se définit comme l'ensemble des actions permettant de maintenir ou de rétablir un bien dans un état spécifique ou en mesure de remplir une fonction déterminée afin d'assurer la continuité du service public pénitentiaire. ». Source : « Evaluation préalable au lancement d'une procédure de passation d'un contrat de partenariat pour la construction de nouveaux établissements pénitentiaires (lot 3) », juin 2006, AMOTMJ.

c) Les projets futurs au-delà de 2012

L'administration pénitentiaire a mis en place, avec l'aide de la RGPP (révision générale des politiques publiques), un nouveau programme de construction d'établissements pénitentiaires post-« 13 200 ». Ce nouveau programme vise essentiellement à remplacer les établissements anciens et vétustes par des établissements nouveaux et de taille optimisée afin de permettre des économies en coût de fonctionnement. Ainsi, 86 fermetures de sites sont programmées, et 18 nouveaux établissements devraient venir les remplacer. La question va se poser à très court terme des modalités de leur construction (choix et modalité du type de construction et de contrat).

2. L'objectif de coût de construction pas adapté à la chronique des loyers en PPP

La chronique des loyers dus par l'Etat au partenaire privé en échange de la fourniture de l'établissement et des services est bâtie par l'APIJ à partir de l'estimation réalisée lors de l'évaluation préalable et de l'offre finale issue du dialogue compétitif. Cette chronique de loyers comprend différentes composantes : les coûts d'investissement incluant – sans les distinguer – les coûts de construction et de financement, et les coûts de fonctionnement (découpés en : entretien-maintenance, fluides, et coûts des services à la personne).

Un coût-objectif a été défini pour le coût de construction de l'ensemble du programme « 13 200 » (100 000 € la place en valeur janvier 2004, coût de sortie du programme « 4 000 », soit environ 120 000 € la place en valeur janvier 2008). Pour le contrat de partenariat, ce coût-objectif n'est apprécié que par rapport au coût de construction en équivalent MOP proposé par le candidat attributaire.

Le coût des différentes composantes du loyer du PPP est ensuite déterminé de façon détaillée dans l'évaluation préalable réalisée pour chacun des lots, à partir notamment d'une modélisation financière. Ce coût est décomposé selon les différentes composantes de loyers, il ne fait pas l'objet d'un indicateur ou objectif à respecter pour l'ensemble des établissements comme c'est le cas pour le coût de construction (sachant qu'un surcoût de construction pourra se traduire par une économie en termes de coûts de fonctionnement). Les coûts de financement et d'exploitation sont donc appréciés pour chaque projet. Il est donc plus difficile de respecter un objectif de coût dans le cas d'un contrat de partenariat.

II. LE PREMIER CONTRAT DE PARTENARIAT : DESCRIPTION DES PRINCIPALES CARACTERISTIQUES

Le contrat de partenariat pour la réalisation et la gestion des 3 établissements pénitentiaires du lot 3 (Nantes, Lille et Réau) a été signé le 20 février 2008. Nous allons revenir en détails sur la procédure d'attribution de ce contrat et ces éléments constitutifs.

A. L'évaluation préalable basée essentiellement sur une actualisation d'évaluations préalables précédentes

1. Les paramètres de l'évaluation comparative : le PPP comparé à la conception-réalisation

L'évaluation préalable dans le cadre des contrats de partenariat a été introduite par l'ordonnance de 2004 et nécessite la comparaison de plusieurs scénarios de la commande publique : il s'agit de comparer la réalisation d'un ouvrage en contrat de partenariat avec la réalisation de ce même ouvrage selon une modalité de maîtrise d'ouvrage plus classique²². L'APIJ a réalisé en 2006 l'évaluation préalable de la réalisation en contrat de partenariat des établissements pénitentiaires du

²² Article 2 de l'ordonnance du 17 juin 2004 : « Les contrats de partenariat donnent lieu à une évaluation préalable, réalisée avec le concours de l'un des organismes experts créés par décret, faisant apparaître les motifs de caractère économique, financier, juridique et administratif qui conduisent la personne publique à engager la procédure de passation d'un tel contrat. (...) Cette évaluation comporte une analyse comparative de différentes options, notamment en termes de coût global hors taxes, de partage des risques et de performance, ainsi qu'au regard des préoccupations de développement durable. »

lot 3, essentiellement à partir des évaluations préalables réalisées en 2004 pour les lots 1 et 2 réalisés en AOT-LOA (évaluations réalisées dans le cadre de l'AOT-LOA sans obligation juridique). L'évaluation préalable du lot 3 reprend l'ensemble des éléments qualitatifs et quantitatifs des évaluations des lots 1 et 2, sans actualisation particulière autre que l'intégration des services à la personne au périmètre du contrat de partenariat pour le lot 3.

Le scénario de référence de maîtrise d'ouvrage publique correspond aux modalités de réalisation qui seraient retenues en second choix si le contrat de partenariat n'était pas la solution choisie. Dans ce cas, le scénario de référence est défini comme un montage en conception-réalisation associé à un marché de gestion déléguée renouvelé trois fois. Dans l'évaluation préalable réalisée pour la réhabilitation de la maison d'arrêt de Paris-La-Santé²³, différents types de scénarios de référence sont étudiés, et la solution « conception-réalisation + contrat de gestion déléguée » est écartée comme scénario de référence car elle s'avère non adaptée à une réhabilitation comprenant une problématique de définition des travaux. C'est finalement un montage de maîtrise d'ouvrage publique « classique » qui est retenu, comprenant un ou plusieurs marché(s) de définition, un marché de maîtrise d'œuvre et un ou plusieurs marché(s) de travaux, avec un contrat de gestion déléguée pour les services. La question du scénario de référence doit donc être posée pour chaque nouveau projet, et ne peut être généralisée.

Dans le cas du lot 3, le choix de la conception-réalisation couplé à un marché de gestion déléguée comme scénario de référence n'est pas justifié. Ce procédé correspond au procédé employé aujourd'hui de façon quasi-systématique pour les projets de la LOPJ (à l'exception de l'établissement d'Ajaccio réalisé en maîtrise d'ouvrage publique classique), mais rappelons qu'il est déjà dérogatoire par rapport à une maîtrise d'ouvrage publique classique, et que la gestion déléguée reste aujourd'hui encore minoritaire pour les établissements pénitentiaires. Le choix de ce scénario de référence n'est donc pas anodin : il ne s'agit pas de comparer la modalité du contrat de partenariat à la maîtrise d'ouvrage et gestion publiques, mais à une autre modalité dérogatoire à la MOP qui serait sans doute choisie en l'absence de contrat de partenariat.

Les scénarios alternatifs comparés correspondent à des scénarios de maîtrise d'ouvrage privée et se différencient suivant :

- l'étendue des services inclus dans le contrat de partenariat (tous services ou services bâtimentaires uniquement) ;
- le niveau de recours des prêteurs finançant les investissements sur l'Etat agissant en garantie de leurs prêts (niveau de la cession de créances « Dailly ») : hypothèse d'une couverture totale par l'Etat du risque en capital des financeurs du projet (scénario « avec recours ») ou hypothèse d'une absence totale de recours des prêteurs sur l'Etat (scénario « sans recours »).

La comparaison des scénarios comprend un volet qualitatif et un volet quantitatif.

Le volet qualitatif s'attache à étudier les points suivants :

- le calendrier de réalisation ;
- la synergie construction/maintenance ;
- le suivi des contrats – interlocuteur unique ;
- l'adaptation des contrats aux exigences du service pénitentiaire ;
- les mécanismes de paiement et pénalités incitatifs.

Le volet quantitatif analyse le coût complet de chaque scénario en intégrant l'évaluation de certains risques.

²³ « Evaluation préalable au lancement d'une procédure de passation d'un contrat de partenariat pour la réhabilitation de la maison d'arrêt de Paris-La-Santé », AMOTMJ, octobre 2006, procédure stoppée depuis.

2. Les résultats de la comparaison : le recours au contrat de partenariat largement avantageux par rapport à la maîtrise d'ouvrage privée

L'évaluation préalable se base, pour la comparaison quantitative des scénarios, sur un certain nombre d'hypothèses de coûts et de différences quantifiées entre conception-réalisation et contrat de partenariat. Les principales hypothèses sont résumées dans le tableau ci-dessous.

Tableau 5 : Principales hypothèses de la comparaison des scénarios de l'évaluation préalable

	Mode conception-réalisation + contrat de gestion déléguée	Contrat de partenariat
Coût de conception-réalisation	Retour d'expérience du programme 4 000 : 100 000 €/place valeur 2004	Surinvestissement par rapport à la MOP de 4 à 5 %
Coûts annexes d'investissements	Coûts de maîtrise d'œuvre, coût de contrôle technique, assurance	Idem + Frais de gestion en phase travaux, garantie d'achèvement et assurance « dommages ouvrages »
Coûts d'entretien et maintenance bâtementaires	Coûts issus des contrats de gestion déléguée déjà opérés + Coûts de gros entretien tous les 9 ans	Réduction des coûts liés à la synergie de construction : -15 % coût fluides. Pas de coût de gros entretien : maintien permanent de la valeur
Coûts des services à la personne	Coûts issus des contrats de gestion déléguée déjà opérés	Idem. Aucune synergie liée au PPP.
Risques		Trois risques discriminants : maintenance lourde, disponibilité, résiliation

Source : Mission à partir de données de l'évaluation préalable du lot 3.

Pour les coûts liés aux services à la personne, aucune synergie n'a été prise en compte dans les contrats PPP par rapport au scénario en maîtrise d'ouvrage publique : on considère donc que l'inclusion des services à la personne dans un contrat unique ne permet aucun gain mesurable par rapport à la solution d'un contrat de gestion déléguée complémentaire. En conséquence, sur le plan quantitatif, les deux scénarios alternatifs étudiés portent uniquement sur le niveau de recours.

Un certain nombre de risques sont quantifiés, certains ne peuvent pas l'être faute de méthodologie ou de données suffisantes. Le volet quantitatif intègre l'analyse et l'évaluation de trois principaux risques : le risque lié à la maintenance lourde, le risque lié à la qualité de service ou risque de disponibilité et le risque de résiliation. D'autres risques sont considérés comme neutres pour la comparaison des deux scénarios. Par exemple, le risque supporté par l'Etat en tant que son propre assureur est supposé équivalent à celui de l'assurance que le partenaire privé devra contracter dans un scénario PPP ; ce poste est donc « transparent » dans la comparaison.

Les résultats de la comparaison qualitative décrite ci-dessus sont repris dans le tableau suivant : en coût moyen, c'est-à-dire hors risques, et en coût complet, c'est-à-dire incluant les risques.

Tableau 6 : Résultats de la partie quantitative de l'évaluation préalable

Coût (VAN, M€ valeur 2004)	Construction-réalisation + contrat de gestion déléguée	Contrat de partenariat sans recours	Contrat de partenariat avec recours
Construction (y.c. indirect)	141,06	154,49	153,05
Exploitation	180,16	176,54	176,54
Maintenance	152,31	123,47	125,61
Financement	0,00	39,03	21,69
Coûts interne MJ	15,00	15,56	15,52
Total coût moyen	488,53	509,09	492,41
Sensibilité coût moyen	+0/-0	+14/-12	+14/-13
Risques	62,40	0,00	45,73
Sensibilité risques	+27/-37	+0/-0	+28/-32
Total coût complet	550,93	509,09	538,14
Value for money		41,85	12,80
Ecarts (%/ référence)		-7,60%	-2,32%

Source : « Evaluation préalable au lancement d'une procédure de passation d'un contrat de partenariat pour la construction de nouveaux établissements pénitentiaires (lot 3) », AMOTMJ, juin 2006.

Ces coûts en valeur 2004 ont été actualisés aux conditions économiques de 2006 (nouveau rapport produit par l'APIJ en juin 2006, le premier ayant été produit en avril 2006, réactualisation faisant suite notamment à l'avis provisoire de la MAPPP²⁴). Les deux postes évoluant entre 2004 et 2006 sont :

- les coûts de maintenance-renouvellement, suite au retour d'expérience des consultations AOT-LOA des lots 1 et 2 (synergie plus importante que prévu en 2004²⁵) ;
- les coûts de financement, les conditions de marché de 2006 sur le marché des contrats de partenariat étant plus favorables²⁶.

Tableau 7 : Actualisation de la partie quantitative de l'évaluation préalable aux conditions économiques de 2006

Coûts (VAN, M€ conditions valeur 2004 éco 2006)	Construction-réalisation + contrat de gestion déléguée	Contrat de partenariat sans recours	Contrat de partenariat avec recours
Construction (y.c. indirect)	141,06	154,49	153,05
Exploitation	180,16	176,54	176,54
Maintenance	152,31	106,68	110,27
Financement	0,00	25,53	12,68
Coûts interne MJ	15,00	15,56	15,52
Total	488,53	478,80	468,06
Ecarts (%/ référence)		- 1,99%	- 4,19%
Total Evaluation préalable	488,53	509,09	492,41
Ecart Actualisation 2006 / EP	0%	- 5,95%	-4,95%

Source : « Evaluation préalable au lancement d'une procédure de passation d'un contrat de partenariat pour la construction de nouveaux établissements pénitentiaires (lot 3) », AMOTMJ, juin 2006.

²⁴ « Avis provisoire n°2006-2 portant sur le projet « Nouveaux établissements pénitentiaires (lot n°3) du ministère de la justice » », MAPPP, 23 mai 2006.

²⁵ Synergie attendue sur la maintenance courante multi-technique en contrat de partenariat avec recours à - 22 % et en contrat de partenariat sans recours à - 23 % par rapport au scénario de référence et introduction d'une synergie de - 15% sur le poste renouvellements.

²⁶ En particulier, l'APIJ a modifié plusieurs données financières : recalage des marges, TRI passé de 15 à 12 %...

Il ressort de cette actualisation une diminution du coût total de l'ordre de 5 à 6 % pour les deux scénarios en contrat de partenariat, faisant passer le coût total de ces scénarios en-dessous du coût total en construction-réalisation, avant même la prise en compte de la valorisation du risque.

L'ensemble des éléments de coûts est repris plus précisément en partie IV.B.

B. Une procédure d'attribution du contrat menée par l'APIJ

Par un avenant à la convention d'assistance conclue entre le ministère de la justice et l'AMOTMJ en vue de la réalisation de nouveaux établissements du 22 juillet 2004, avenant signé le 4 février 2006, le ministère de la justice a étendu la mission de l'agence aux contrats de partenariat régis par les dispositions de l'ordonnance du 17 juin 2004 : l'agence est donc la personne en charge de la procédure de passation des contrats de partenariat.

1. Le dialogue compétitif comme poursuite des dialogues compétitifs précédents

La procédure retenue est la procédure de dialogue compétitif prévue par l'ordonnance du 17 juin 2004²⁷ lorsque « *compte tenu de la complexité du projet, l'autorité administrative est objectivement dans l'impossibilité de définir les moyens techniques pouvant répondre à ses besoins ou d'établir le montage financier ou juridique du projet* ». Il s'agit d'auditionner les différents candidats afin de s'assurer de leur bonne compréhension de la problématique, et de mieux cerner les réponses qui peuvent être apportées au programme ; les modalités du dialogue sont définies par un règlement²⁸. Par décision en date du 15 septembre 2006, le directeur général de l'AMOTMJ a créé une commission du dialogue pour l'attribution du lot 3 et nommé ses membres. La création de cette commission du dialogue, prévue dans le cadre du projet PPP, ne répond à aucune obligation réglementaire, mais a pour but d'associer le plus grand nombre de partenaires à la procédure. L'objectif pour l'Etat est de favoriser la créativité et l'innovation des offres, même si l'administration cherche toujours à obtenir et comparer des offres sur une base homogène.

Quatre candidatures ont été réceptionnées à l'avis d'appel public à la concurrence publié le 4 juillet 2006 pour l'attribution du lot 3 en contrat de PPP et ont participé à la procédure de dialogue compétitif :

- Eiffage, Barclays Private Equity et Etinbis (membre du groupe Sodexho Alliance) ;
- Spie Batignolles, Caisse des dépôts et consignations, AXA Infrastructures Investissement ;
- Norpac, Quille, GPC Construction, Pertuy Construction, DV Construction, Bouygues Bâtiment Ile-de-France, GTB Construction, DEXIA Crédit Local, Royal Bank of Scotland, South Europe Infrastructure Finance, SAS Exprimm ;
- SOGEA Construction, GTM Construction, GTM GCS.

Ces quatre groupements avaient déjà répondu aux appels d'offres précédents de l'administration pénitentiaire (modulo les prestataires des services non inclus dans les contrats précédents) : établissements réalisés en conception-réalisation, et contrats en AOT-LOA. Aucun n'était donc un nouvel entrant sur ce marché.

²⁷ Articles 5, 6 et 7 de l'ordonnance n° 2004-559, et procédure prévue à l'article 29 de la directive 2004/18/CE du parlement européen et du conseil du 31 mars 2004 relative à la coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, de fournitures et de services.

²⁸ « *Financement, conception, construction, mise à disposition, maintenance et prestations de services pour trois établissements pénitentiaires. Règlement de consultation au stade de l'ouverture du dialogue* », AMOTMJ, 9 novembre 2006.

Le règlement de la consultation prévoyait que la sélection du titulaire du contrat serait effectuée par le choix de l'offre économiquement la plus avantageuse, appréciée en fonction des critères pondérés suivants.

Tableau 8 : Critères d'évaluation des offres de candidature pour le lot 3 et pondérations

Critère	Pondération	Commentaire
Coût global	35 %	VAN des composantes du loyer Robustesse financière et économique de l'offre
Respect des objectifs de performance fonctionnelle	25 %	Respect du programme fonctionnel, des surfaces utiles minimales, des contraintes du site, des exigences de sûreté active...
Respect des objectifs de performance opérationnelle	15 %	Respect des exigences du cahier des charges relatives aux services et aux contraintes d'exploitation, pertinence de l'organisation et des ressources mises en œuvre...
Délai	10 %	
Qualité de prise en charge du risque par le titulaire du contrat	10 %	Clauses de déchéance et de résiliation, étendue des recours de l'Etat, étendue des garanties, transfert du risque de conception ...
Part d'exécution du contrat que le candidat s'engage à confier à des petites et moyennes entreprises (PME) et à des artisans	5 %	Montant des prestations confiées à des PME et à des artisans en proportion du montant de l'ensemble des prestations assurées

Source : Données APIJ.

L'évaluation des objectifs de performance en termes de services, services bâtimentaires comme services à la personne, est comprise dans le critère « respect des objectifs de performance opérationnelle », et ne représente donc un poids que de 15 % pour l'évaluation des offres des candidats.

Le dialogue compétitif n'a pas modifié l'expression du besoin, mais a porté principalement sur la partie des services inclus dans le contrat, puisque c'était la nouveauté de ce contrat par rapport aux contrats en AOT-LOA. Ce dialogue compétitif intervenait en effet après les procédures menées pour l'attribution des lots en conception-réalisation et en AOT-LOA. Les quatre mêmes groupements y étaient présents, avec souvent les mêmes interlocuteurs. Les programmes techniques et fonctionnels des établissements ayant peu évolué, et le contrat de partenariat étant très proche du contrat d'AOT-LOA, de nombreux éléments n'ont donc pas été discutés, car connus de tous. Ceci aurait pu être problématique si un nouvel entrant s'était présenté à l'appel d'offres, tournant ce manque d'expérience en un réel désavantage. Néanmoins, le dialogue compétitif représente pour l'ensemble des acteurs une vraie voie d'amélioration des projets, leur permettant d'être plus aboutis, et de meilleure qualité.

Ainsi, le dialogue compétitif a entraîné des révisions des indicateurs et pénalités prévus par le contrat, a instauré un système de garanties au-delà de la vie du contrat, et a surtout permis de finaliser la procédure d'adéquation périodique des prix des services comparés (voir ci-dessous). Le programme fonctionnel et technique et les autres aspects contractuels (modalités techniques et juridiques du contrat), très proches de ceux des lots 1 et 2, n'ont donc quasiment pas été abordés. Ce dialogue compétitif a été vécu par les entreprises comme la poursuite des dialogues compétitifs précédents, comme une étape supplémentaire d'un processus d'amélioration continue.

L'analyse des offres et le dialogue compétitif ont permis à la commission, après débat, d'établir une notation pour les quatre candidats. Le tableau ci-dessous reprend cette notation.

Tableau 9 : Notation des offres du lot 3 PPP à l'issue des débats de la commission de dialogue compétitif

Synthèse	Pondération	C1	C2	C3	C4
Coût global	35%	10	11	12	7
Performance fonctionnelle	25%	13	12	15	11
Performance opérationnelle	15%	15	17	13	13
Délai	10%	9	12	8	11
Prise en charge des risques	10%	20	20	20	20
PME	5%	12	9	13	5
TOTAL	100%	12,5	13,05	13,35	10,5

Source : « Rapport de présentation », Procédure de PPP pour le lot 3, AMOTMJ, 7 février 2008.

Trois des quatre candidats sont donc très proches en termes de notes, avec des atouts et défauts portant sur des aspects différents. Le contrat a été attribué au groupement 3, de mandataire Norpac (constructeur Bouygues). C'est essentiellement l'élément du coût global qui a permis à ce groupement de l'emporter.

2. Une procédure particulière pour les services à la personne en réponse à l'inadéquation entre leur durée de vie et la durée du contrat

La durée du contrat en PPP est de 27 ans à compter de la date de prise de possession pour chaque établissement, correspondant approximativement à une durée contractuelle de 30 ans comprenant la construction et l'exploitation. Cette durée est apparue comme compatible avec la durée normale des investissements bâtimentaires, la forme de la courbe des taux d'intérêt d'alors (2006-2007) étant favorable aux emprunts à très long terme et les financements bancaires étant disponibles sur cette maturité. Par ailleurs, en matière d'entretien-maintenance et pour prendre en compte le cycle de vie du bâtiment et de ses équipements, l'intérêt de l'Etat va dans le sens d'une durée de contrat longue.

En revanche, une durée longue de contrat est moins adaptée aux services à la personne. Pour faire face à cette difficulté, le contrat de partenariat du lot 3 comprend une clause particulière pour la révision des prix des services à la personne : c'est la « procédure d'adéquation périodique du prix des services comparés ». En effet, le cycle de vie des services à la personne étant bien moins long que celui du bâtiment et du contrat, la visibilité sur l'évolution des services, de leur coût, de la productivité dans les domaines concernés est très faible, et ce manque de visibilité risque d'entraîner un décalage entre le prix facturé à l'Etat déterminé au moment de la signature du contrat et le coût réel pour le partenaire privé plusieurs années après. La procédure vise ainsi à réévaluer le niveau des prix des services à la personne (restauration, hôtellerie, cantine, mess, accueil des familles, travail et formation) deux fois au cours du contrat, soit tous les neuf ans. Elle comprend trois phases :

- une phase de discussion entre les parties sur le prix des services, qui peut déboucher sur un maintien des prix initiaux, ou bien une augmentation ou diminution dans la limite de 2,5 % du prix initial ;
- à défaut d'accord entre l'Etat et le prestataire, une phase de comparaison et négociation du prix des services comparés où, à partir d'un cahier des charges, un expert indépendant doit déterminer le prix de marché adéquat, phase pouvant déboucher sur une modification des prix des services ;
- à défaut d'accord, une phase de mise en concurrence est alors lancée, pouvant aboutir à un changement de prestataire pour les services à la personne.

En cas d'échec de la procédure, le partenaire continue d'assurer les services sur une période d'un an ; au-delà de cette durée, le contrat est partiellement résilié et l'Etat est de nouveau le propriétaire des services concernés. La procédure est très encadrée, et ses formalités très précisément décrites dans le contrat : l'Etat se laisse la possibilité de redéfinir ses exigences en matière de services à la personne, voire de les sortir du contrat si aucun prestataire privé ne peut offrir une prestation convenable.

C. La répartition des risques inscrite dans le contrat

1. La répartition des risques au cœur du principe du PPP

Le partage des risques est un des points centraux du contrat de partenariat. C'est son bon équilibre, sa bonne répartition, qui va permettre l'efficacité ou non de la modalité de PPP et de l'exécution du contrat. Le principe général est que chaque acteur porte le risque qu'il est le plus à même de maîtriser.

L'évaluation préalable du lot 3, après avoir identifié l'ensemble des risques importants du projet en les allouant à l'un ou l'autre des partenaires, a identifié les risques pour lesquels les trois scénarios étudiés (conception-réalisation + contrat de gestion délégué, contrat de partenariat avec ou sans recours) se différencient de façon nette. Ces risques sont les risques-clés transférés au partenaire privé en contrat de partenariat, qui se retrouvent classiquement dans les différentes évaluations préalables menées pour des établissements pénitentiaires :

- risques de conception et de construction (risques de délais et de surcoût : différences entre les scénarios liés notamment à l'absence de paiement avant achèvement de la construction en cas de financement privé) ;
- risques de renouvellement et de gros entretien (liés à la maîtrise d'ouvrage maintenance bâtementaire à la charge du maître d'ouvrage privé dans le contrat de partenariat, comprenant en particulier les dégâts causés par les catastrophes naturelles et autres sinistres pendant la durée du marché ; intégré dans le coût du partenaire en contrat de partenariat) ;
- risques de performance et disponibilité (liés à la qualité des services fournis – avec un mécanisme de pénalités financières et la question de l'adaptation de ce mécanisme),
- risques liés à la résiliation (conséquences financières portées par l'Etat en cas de résiliation différentes selon le mode de réalisation).

L'évaluation préalable se limite à l'évaluation des trois derniers risques, risques considérés comme majeurs, les informations disponibles étant considérées comme insuffisantes pour estimer l'ensemble des risques. L'analyse vise à évaluer une distribution de probabilité pour chacun des risques, puis à en déduire un coût moyen selon différentes méthodologies. Enfin, les risques doivent être combinés (par le biais d'une analyse de Monte-Carlo), ce qui permet d'estimer le risque global supporté par le partenaire privé et celui porté par l'Etat dans les différents scénarios.

Certaines clauses du projet de contrat ont été ajustées au cours du dialogue :

- sur le risque de recours des tiers²⁹ ;
- sur le financement des modifications³⁰ ;
- sur l'indemnité de non affermissement des tranches conditionnelles³¹ ;

²⁹ Le contrat a été précisé afin d'indiquer les conséquences d'une annulation du permis de construire non régularisable.

³⁰ Une annexe 21 au contrat de partenariat précisant les modalités de la détermination du loyer complémentaire F versé en cas de tirage sur la ligne de financement complémentaire a été ajoutée. La modification apportée consiste à préciser et à optimiser les modalités de paiement par l'Etat des coûts d'investissement complémentaires liés à des modifications de programme en cours de construction.

- sur l'affectation des impôts et taxes³² ;
- sur la durée du contrat³³ ;
- sur l'indemnité en cas de résiliation³⁴ ;
- sur les clauses d'exonération des pénalités³⁵.

Ces modifications portent principalement sur des modalités de calculs ou des clarifications de certains aspects. Elles ne représentent que des modifications mineures, et ont une incidence quasi-nulle sur l'allocation des risques.

2. L'inscription du partage des risques dans le contrat

Concrètement, ce sont les mécanismes de paiement retenus et la rédaction du contrat qui doivent permettre le transfert des risques vers le secteur privé :

- système de pénalités journalières et forfaitaires si le calendrier d'événements-clés (et notamment la mise à disposition de l'établissement) n'est pas respecté (de l'ordre de 10 à 15 % des coûts de construction),
- possibilité de résiliation du contrat si la prise de possession n'a pas pu intervenir au-delà de 6 mois après la date programmée dans le contrat,
- début du paiement des loyers par l'Etat uniquement à partir de la prise de possession par l'Etat de l'établissement (prise de possession conditionnée par des critères de disponibilité des locaux),
- diminution du versement du loyer du montant des pénalités appliquées en cas de sous-performance,
- possibilité de résiliation du contrat pour faute en cas de sous-performance durable (défaillance du partenaire privé déclarée).

Le transfert du risque de disponibilité et de résiliation se fait également au travers du mécanisme de cession de créances traduisant la garantie de l'Etat sur le financement de l'investissement liée à son obligation de paiement une fois l'ouvrage livré³⁶. La structure de financement choisie doit optimiser le transfert de risque de résiliation et le coût de financement en se fondant sur des éléments techniques. Il s'agit de déterminer le juste niveau de garantie que doit apporter l'Etat au financement de l'ouvrage : l'estimation du niveau de recours à accorder aux banques sur les loyers prend appui sur l'estimation des conséquences financières pour l'Etat en cas de résiliation du contrat³⁷. La loi de juillet 2008³⁸ a imposé un plafond de 80 % pour ces cessions de

³¹ Afin de limiter le montant de l'indemnité qui serait due en cas de non affermissement d'une tranche, cette indemnité sera plafonnée hors, le cas échéant, coûts rupture des outils de couverture du taux d'intérêt. Le dialogue a permis de vérifier que cette proposition est acceptée par tous les candidats.

³² Suite au dialogue il a été choisi d'inclure dans la liste des taxes refacturées à l'euro par le Partenaire à l'Etat les impôts et taxes liées à l'ouvrage sur lesquelles l'assujettissement du contrat de partenariat est incertain compte tenu des évolutions réglementaires envisageables à court terme (taxe locale d'équipement notamment). Il a également été demandé aux candidats d'inclure l'impôt sur les sociétés dans la composante F du loyer afin de faciliter la comparabilité des offres.

³³ Il a été décidé, et accepté par les candidats, que chaque tranche prendrait fin 27 ans après la prise de possession de l'établissement correspondant.

³⁴ Le mode de calcul de l'indemnité de résiliation en cas de faute du partenaire a été modifié à la marge, afin de prendre en compte la procédure d'adéquation périodique du prix des services comparés.

³⁵ Une clause d'exonération des pénalités a été ajoutée afin d'inscrire le principe de non application de pénalités lorsque la sous-performance observée n'est pas liée à une carence du partenaire mais à une décision unilatérale de l'Etat notamment motivée par des contraintes sécuritaires. Cette clause permet de préciser la répartition des responsabilités entre les parties durant la phase d'exploitation.

³⁶ Mécanisme de cession de créances dit « Dailly » introduit par l'ordonnance du 17 juin 2004 dans le cadre des contrats de partenariat : l'Etat reconnaît être le débiteur d'une certaine partie de la dette et en acceptant cette créance, il apporte ainsi sa garantie de paiement au financeur du projet. Nous revenons sur ce point en partie IV.E.1.

³⁷ (évaluation de l'occurrence du risque d'une dégradation de la valeur d'usage du bâtiment due au fait que le maître d'ouvrage privé n'aurait pas assumé correctement ses responsabilités concernant la maintenance des bâtiments)

³⁸ Loi n° 2008-735 du 28 juillet 2008 relative aux contrats de partenariat.

créances. Le taux choisi est généralement compris entre 60 à 80 %³⁹, en fonction de la quote-part de services inclus dans le contrat : plus la part de services est importante dans la rémunération du prestataire privé, plus la garantie de l'Etat pourra être réduite (la cession de créances ne porte pas sur les services). Mettre en risque l'intégralité du loyer reviendrait sans doute à transférer un risque inexistant à un prix prohibitif. Au cours de la réflexion menée pour les lots 1 et 2, il était apparu que la fraction du loyer faisant l'objet d'une cession de créance ne pouvait guère être inférieure à 65 % car en-deçà, la diminution du coût de financement aurait été trop faible pour justifier l'utilisation d'un loyer plancher. Le chiffre de 65 % correspondrait également au transfert de la quasi-intégralité du risque de valeur résiduelle du bâtiment vers le partenaire privé : la probabilité que la valeur du bâtiment tombe en dessous de ce seuil de 65 % serait quasi nulle. Le niveau de recours sur l'Etat de la part des prêteurs a ainsi été fixé par l'APIJ en 2004 à hauteur de 65 % de la fraction de loyer liée à l'investissement initial.

Suivant les décisions prises pour les lots 1 et 2, le taux de cession de créances du lot 3 a été fixé à 65 %. Le risque de construction reste porté par le privé, puisque l'activation de la cession de créances n'intervient qu'après la livraison de l'établissement : l'Etat ne fournit aucune garantie et ne paie aucune somme avant la prise de possession des établissements.

D. La détermination du montant du loyer

Le prix définitif du contrat (montant des loyers) est déterminé le jour de la signature du contrat pour prendre en compte l'évolution de l'indice BT01 (indice de prix de matériaux de construction) et des taux d'intérêts depuis la remise de l'offre du candidat. La fixation du prix définitif du contrat est réalisée en deux étapes :

- remise par le candidat de son offre finale, comprenant notamment un montant provisoire des loyers, et un modèle financier permettant notamment la fixation définitive du montant des loyers ;
- procédure de fixation définitive du montant des loyers le jour de la signature du contrat, en fonction de l'indice BT01 et des taux d'intérêts du jour.

Le tableau suivant reprend les montants d'investissement de chacun des trois établissements ainsi que les coûts de financement (mobilisés en autorisation d'engagement en totalité la première année d'affermissement de la tranche, avec les coûts de fonctionnement de la première année d'exploitation) tels qu'ils ont été déterminés à partir de l'offre finale du candidat, mais avant la signature du contrat.

Tableau 10 : Montants d'investissement et de financement pour les trois établissements du lot 3

Montant des AE nécessaires en 2008 et 2009 (k€ TTC)	Nantes	Réau	Lille	Total
Investissement	97 453	112 228	91 968	301 650
Coûts de financement	3 217	3 538	3 040	9 795
Total	100 670	115 766	95 008	311 445

Source : « Rapport de présentation », Procédure de PPP pour le lot 3, AMOTMJ, 7 février 2008.

Le contrat décompose les loyers annuels de chacune des opérations en cinq composantes :

- loyer G : composante forfaitaire, constante, non indexée, irrévocable, qui couvre 65 % des dépenses d'investissements et des coûts de financement. Cette composante fait l'objet d'une cession de créances notifiée à l'Etat ;

³⁹ Source : MAPPP, entretien du 19 décembre 2008.

- loyer F : composante forfaitaire, constante, non indexée, non irrévocable qui couvre le solde (35 %) des dépenses d'investissements et des coûts de financement et les charges relatives à l'impôt sur les sociétés ;
- loyer I : dépenses d'entretien et de maintenance (y compris assurance, impôts, taxes et frais de gestion), composante indexée selon une combinaison d'indices, varie en fonction du taux d'occupation de l'établissement ;
- loyer E : dépenses pour consommation des fluides, révision des prix des fluides au plus tous les 5 ans après remise en concurrence de la fourniture de fluides ;
- loyer S : dépenses de services (y compris assurances, impôts, taxes et frais de gestion), composante indexée selon une combinaison d'indices, montant révisé à chaque échéance de la procédure d'adéquation périodique du prix des services comparés, décomposé en trois composantes : S1 – travail des détenus, formation professionnelle, accueil des familles, S2 – restauration des détenus, hôtellerie, cantine, S3 – restauration du personnel.

Les différentes composantes des loyers comportent une part fixe et une part variable en fonction de la surpopulation de l'établissement notamment. Leur évolution est déterminée par une formule de révision des prix. Concernant le loyer d'investissement-financement, le taux est considéré comme fixe sur toute la durée du contrat, le taux étant celui qui est déterminé le jour de la signature du contrat : les composantes F et G des loyers sont donc fixes et non indexées. Les montants des loyers I et S varient en fonction du taux d'occupation de l'établissement et du volume (repas servis notamment). Le loyer E est calculé selon les engagements de volume.

Une provision pour aléas est prévue, elle représente 3 % du montant total de l'autorisation d'engagement + 2 % de l'investissement.

L'évaluation préalable propose un montant de loyer qui est déterminé à partir du coût-objectif et sert de référence. Puis lors du dialogue compétitif, chaque candidat présente son modèle financier, qui est discuté et comparé au modèle de l'évaluation préalable. On peut noter un écart relativement important, pour certains candidats, entre les montants des loyers présentés dans l'offre initiale, et ceux apparaissant dans l'offre finale. Ceci est sans doute dû essentiellement à des stratégies d'affichage : les candidats craignent la diffusion de leurs données de coûts avant achèvement du processus de l'appel d'offres et veulent se laisser une marge de manœuvre pour pouvoir proposer une réduction de coût en cours de dialogue ou un éventuel alignement sur un candidat plus compétitif. En particulier, le candidat finalement retenu présente, dans son offre initiale, une valeur actualisée nette des loyers supérieure de 10 % à la meilleure offre⁴⁰. Le tableau suivant reprend la comparaison des écarts de coûts entre les offres des candidats (initiales et finales) et l'estimation du coût (valeur actuelle nette des loyers) de l'évaluation préalable.

Tableau 11 : Comparaison de l'évolution de coût entre l'offre initiale et l'offre finale des différents candidats en écart par rapport à l'estimation de coût de l'évaluation préalable

Ecart à l'évaluation préalable	Candidat 1	Candidat 2	Candidat 3	Candidat 4
Offre initiale	+4,9 %	+7,1 %	+14,1 %	+3,4 %
Offre finale	-8,2 %	-6,7 %	-9,3 %	-1,6 %

Source : « Contrat de partenariat – Lot 3 : Commission du dialogue du 10 octobre 2007 – Critère coût global », AMOTMJ, 10 octobre 2007.

⁴⁰ Source : « Contrat de partenariat Lot 3 – Commission du dialogue compétitif du 6 avril 2007. Thème 7 : Valeur actuelle nette des loyers », AMOTMJ, 3 avril 2007.

Dans son offre initiale, le candidat retenu propose une offre supérieure de +14,1 % à l'estimation de l'évaluation préalable (en valeur actuelle nette des loyers), alors que son offre finale est inférieure de 9,3 % à l'estimation de l'évaluation préalable. Les offres de l'ensemble des candidats ont largement été revues à la baisse, et l'écart entre les deux offres extrêmes s'est un peu resserré. Le dialogue compétitif permet donc une évolution importante sur cette thématique et une optimisation importante des coûts proposés par les candidats : la concurrence permet sans doute pour partie cette optimisation.

Néanmoins, les montants proposés par les différents candidats restent relativement proches : l'ensemble des candidats est en effet déjà intervenu dans des établissements pénitentiaires en gestion mixte, et/ou a déjà participé à des appels d'offres de l'administration pénitentiaire. Le sujet, ses contraintes et ses coûts, sont donc connus.

L'évaluation préalable détermine, à partir du coût objectif, les montants des différentes composantes de loyers. Pour les coûts des prestations d'exploitation, de maintenance et service, l'évaluation a été réalisée à partir des données des marchés de gestion déléguée existant, en prenant des hypothèses de gains pour le scénario en contrat de partenariat par rapport à la gestion déléguée classique liés à la synergie du contrat en PPP. Ces montants sont précisés dans le tableau suivant (« loyer objectif global »), et comparés aux loyers issus de l'offre du candidat retenu avant la procédure de fixation définitive des prix, puis le jour de la fixation définitive des prix.

Tableau 12 : Comparaison des montants des loyers calculés à partir du coût objectif et issus de l'offre du candidat retenu*

en k€ HT valeur juin 2007, montants annuels	Loyer objectif global toutes tranches (au 31 mai 2007)	Loyer issu de l'offre du prestataire privé**	Montant définitif fixé le jour de la signature du contrat
Loyer G	11 229	11 033	10 830
Loyer F	7 855	6 498	6 373
Loyer I ₀	10 195	9 276	9 276
Loyer S ₀ = S ₁₀ +S ₂₀ +S ₃₀	13 291	12 303	12 303
Loyer E	1 907	1 852	1 852
TOTAL	44 477	40 961	40 633

Source : « Rapport de présentation », Procédure de PPP pour le lot 3, AMOTMJ, 7 février 2008.

* : Dans le cas d'un ordre d'affermissement des tranches conditionnelles Réau/Lille.

** : Montant des loyers issu de la proposition du candidat retenu, avant la procédure de fixation définitive le jour de la signature du contrat.

Si les offres initiales des candidats en termes de loyers étaient toutes nettement supérieures à l'estimation de l'évaluation préalable (comme le montre le tableau 11), on constate qu'au terme de la procédure, les écarts sont nettement réduits. Ceci témoigne de l'évolution des offres et des coûts observée lors de la procédure de dialogue compétitif. Mais c'est essentiellement entre la signature du contrat et les mises à jour fin 2008 que les montants des loyers vont augmenter de façon importante, en raison notamment (mais pas seulement) de la prise en compte des avenants.

Enfin, pour avoir une idée du montant global du contrat, le tableau suivant donne le montant des loyers TTC pour l'année 2012 (illustration du montant annuel des loyers) ainsi que le montant global des loyers pour la durée totale du contrat tels qu'ils ont été déterminé pour le contrat de partenariat du lot 3 le jour de la signature du contrat pour un taux d'occupation de 120 % dans le cas de l'ordre d'affermissement Réau puis Lille. (La différence entre la dernière colonne du tableau 12 et la première colonne du tableau 13 est liée à la prise en compte de la TVA et à l'indexation des composantes de loyers qui joue déjà pour l'année 2012).

Tableau 13 : Montant des loyers annuels (année 2012) pour le contrat du lot 3

Montants des loyers TTC pour 120 % d'occupation – Ordre Réau/Lille	Loyer année 2012 en k€	Montant global des loyers sur 30 ans en k€
Loyer G	12 952	349 715
Loyer F	7 622	205 786
Loyer I	13 496	562 522
Loyer E	2 813	128 549
Loyer S	17 806	652 540
Taxe Professionnelle	258	6 967
Total	54 946	1 906 078

Source : Données DAP communiquée à la Direction du Budget en novembre 2008.

E. L'accès de sous-traitants au contrat : un objectif élevé prévu dans le contrat

L'évaluation des candidatures pour l'attribution du lot 3 comporte un critère concernant la part d'exécution du contrat que le candidat s'engage à confier à des petites et moyennes entreprises (PME) et à des artisans. Les candidats ont fourni des engagements diversifiés en matière de volume de prestations en faveur des PME :

- 15 à 40 % des prestations (en prix) effectuées par les PME selon les candidats, en phase de construction ;
- 1 à 10 % des prestations en phase d'exploitation selon les candidats.

Ce point a fait l'objet de discussions lors de l'évaluation préalable, puisque la qualification d'une PME est susceptible d'évoluer dans le temps, et que la gestion de ces sous-traitants peut s'avérer complexe. Cet objectif n'était pas inscrit dans les critères d'évaluation des candidats à l'appel d'offres pour les lots 1et 2 (alors que c'est le cas pour le lot 3) : c'est donc une nouveauté introduite par le contrat de partenariat.

Finalement, le prestataire retenu s'est engagé dans le contrat⁴¹ à faire réaliser par de petites et moyennes entreprises :

- 40 % des prestations (en prix) en phase de construction pour chacun des établissements, le respect de cet engagement étant apprécié lors de la prise de possession de chacun des établissements ;
- 10 % des prestations (en prix) d'entretien, maintenance et services, le respect de cet engagement étant apprécié pour chaque établissement tous les trois ans.

Le respect des engagements fait l'objet de contrôles réguliers de l'administration pénitentiaire (prévus précisément par le contrat) et en cas de non-respect, des pénalités sont appliquées.

Au vu de sa lourdeur et de son coût, l'accès aux marchés des PPP se limite aux très grandes entreprises au détriment des PME qui sont ainsi exclues d'un certain nombre de secteurs du BTP dans lesquels les PPP se multiplient (prisons, infrastructures lourdes de transport, hôpitaux...). Introduire cet objectif chiffré d'accès aux PME dans les contrats de PPP permet de rétablir un certain équilibre en leur garantissant une possibilité de participation au marché.

Cependant, pour certaines entreprises, dont la stratégie consiste à proposer une structure intégrée, c'est-à-dire à effectuer l'ensemble des prestations en propre sans sous-traitance, cet objectif pose problème. Certes, il permet une insertion du projet dans le tissu local, la création d'emplois bénéficiant à la région, et représente une opportunité pour des petites et moyennes entreprises, mais la sous-traitance ne peut être un objectif en soi pour l'ensemble des entreprises, et n'est pas forcément signe de prestations de meilleure qualité.

⁴¹ Article 2.8 du Contrat de partenariat.

III. LA PROCEDURE MISE EN PLACE PAR L'APIJ POUR L'ATTRIBUTION DE CONTRATS COMPORTE DE NOMBREUX ATOUTS

A. L'APIJ, un centre d'expertises compétent et reconnu

L'organisation mise en place par le ministère de la justice donne la responsabilité de passation des contrats de maîtrise d'ouvrage de l'ensemble des établissements construits par le ministère, dans le domaine pénitentiaire comme dans le domaine judiciaire, à l'agence APIJ. Ainsi, c'est l'agence qui a mené l'ensemble des procédures d'attribution et qui a rédigé l'ensemble des documents contractuels relatifs aux contrats de PPP passés pour le compte de l'administration pénitentiaire. Contrairement à d'autres structures ministérielles (comme la MAINH au ministère de la santé ou la MIEPPP au ministère de l'écologie), l'APIJ ne joue donc pas seulement un rôle de conseil et d'appui, mais de responsable de la passation et de l'attribution du contrat. Ce rôle central lui permet de consolider une expérience et une compétence technique et juridique acquise au fil des ouvrages et des contrats, et lui permet de représenter un interlocuteur sérieux et compétent face aux groupements intervenant dans les appels d'offres. L'APIJ a ainsi pu conforter sa méthodologie et ses connaissances pour l'évaluation préalable (évaluation des coûts, évaluation des risques), la procédure du dialogue compétitif (dont la durée a été réduite entre le lot 1 en AOT-LOA et le lot 3), et la rédaction du contrat et de l'ensemble des documents contractuels.

En dépit des limites qui vont être pointées ci-dessous (partie IV.D.3) sur l'insuffisante association de l'utilisateur final – l'administration pénitentiaire – au projet, ce schéma doit donc être préservé car il met l'APIJ à même de discuter à armes égales avec les groupes privés candidats.

B. Les avantages du contrat de partenariat mis en évidence par l'évaluation préalable

1. L'intégration des services bâtimentaires, avantage principal du contrat de partenariat

La comparaison des scénarios de la commande publique lors de l'évaluation préalable fait apparaître les différences structurelles entre les scénarios :

- la globalisation dans un même marché de plusieurs composantes et services, qui entraîne une synergie entre les différentes missions confiées au partenaire privé, une réduction du coût complet, une modification du calendrier de réalisation et une modification de la concurrence ;
- le financement privé, qui a pour effets une augmentation du coût de financement, une pression sur ce coût de financement, une modification éventuelle des délais, et une réduction possible des risques de dépassement des délais retenus pour la construction.

Comme déjà indiqué, l'évaluation préalable propose un chiffrage des différences de coûts entre les différents scénarios, illustrant ainsi un certain nombre d'avantages des contrats par rapport à la conception-réalisation cités ci-dessus :

- réduction du coût de maintenance (de 12 à 13 %) grâce à l'intégration de la maintenance dans le contrat global (problématique intégrée dès la conception de l'ouvrage) ;
- réduction de la consommation des fluides de 15 % (surinvestissement dès la conception de l'ouvrage) ;
- remplacement du renouvellement effectué en maîtrise d'ouvrage publique par la maintenance annuelle.

Ainsi, contrairement à un montage traditionnel (MOP ou conception-réalisation), dans lequel les équipes chargées de l'entretien et de la maintenance du bâtiment le découvrent une fois le bâtiment achevé, dans le cas du PPP, c'est dès la conception de l'ouvrage que ces équipes sont intégrées. Elles sont en effet associées dès le montage du projet pour répondre à l'appel d'offres. Les architectes et constructeurs sont ainsi amenés à discuter avec les équipes de maintenance sur les choix en termes de bâti pour élaborer une proposition la plus cohérente et optimisée possible. Les coûts de maintenance, qui doivent être déterminés en amont de la construction, doivent être projetés, et pour ce faire, c'est l'ensemble de la construction qui doit être pensé en commun entre équipes de construction et équipes chargées de l'entretien-maintenance. Ainsi, des différences dans la conception du bâtiment, les choix architecturaux et choix des matériaux ont été observées entre les bâtiments réalisés en conception-réalisation (lot 1 du programme « 13 200 » en particulier) et les lots d'établissements réalisés en PPP. En particulier, des matériaux à durée de vie plus longue ont souvent été préférés, pour les étanchéités par exemple, on peut citer également le béton étanche choisi pour les douches en cellules ou l'inox des lavabos remplaçant la traditionnelle porcelaine. Le choix de production d'énergie a également été travaillé, avec des modes de production originaux et performants. C'est ainsi qu'un léger surinvestissement peut être observé pour le coût de construction en PPP par rapport à une construction plus classique, mais ce surcoût se traduit par des économies en termes d'entretien-maintenance et de consommation des fluides.

Concernant l'intégration au sein d'un même contrat de l'ensemble des services à la personne, l'évaluation préalable du lot 3 n'a pas pu quantifier de synergies. Même si les équipes chargées des services à la personne ont été associées elles-aussi dès la conception de l'ouvrage dans le cas du contrat de partenariat, les surfaces impactées par ces services ne représentent que 5 à 10 % de la surface totale de l'établissement (alors que les services bâtimentaires impactent la totalité de la surface). Des optimisations des surfaces et des circulations pour les services à la personne ont donc certes été réalisées (en particulier, augmentation des surfaces d'ateliers par rapport aux spécifications de l'administration, travail sur les circulations pour la livraison des cuisines et des ateliers), mais ces évolutions restent marginales et non quantifiables en termes de surcoût d'investissement ou de gain de fonctionnement. La synergie la plus évidente, faisant apparaître un avantage quantifiable du contrat de partenariat par rapport à une maîtrise d'ouvrage classique, est liée à l'intégration des services bâtimentaires au marché de conception-construction.

2. Une possibilité accrue de mesure de la performance des prestations

Un aspect fondamental du contrat de partenariat est le paiement à la performance (ou lié au niveau de performance) : le cahier des charges des prestations est centré sur des aspects de qualité et de contrôle⁴². Ainsi, sur l'ensemble des prestations couvertes par le contrat, un système d'objectifs, indicateurs et pénalités a été mis en place : il doit permettre de mesurer l'efficacité du prestataire et la qualité de ses interventions. Ce système s'applique en particulier à la maintenance, qui est, à la différence des contrats de gestion déléguée, inclus dans le périmètre des services gérés par le prestataire dans le cas du contrat de partenariat. Le « Programme d'Entretien Maintenance et Services » (PEMS 1)⁴³ prévoit que le partenaire propose à l'Etat la définition de sa politique et de sa stratégie de maintenance, le plan de maintenance, et le plan de pérennité. Ce dernier en particulier vise à planifier dès la mise en exploitation et pour la durée du contrat les interventions relatives aux opérations de gros entretien renouvellement : *« il décrit, année par année, les travaux précis, les budgets associés, ainsi que les paramètres à prendre en compte pour le cas où la décision d'entreprendre les travaux dépendrait de conditions techniques ou de conditions de l'exploitation pénitentiaire »*⁴⁴. Il est mis à jour annuellement en fonction des travaux et constats réalisés sur l'année écoulée et fait l'objet d'une révision complète tous les cinq ans après la réalisation d'un diagnostic complet de tous les ouvrages et équipements. Cette définition claire des objectifs permet une prévisibilité et une transparence sur les actions de renouvellement qui était difficilement atteignable dans un autre cadre que le PPP.

⁴² Article 1^{er} dernier alinéa de l'ordonnance du 17 juin 2004 : « La rémunération du cocontractant fait l'objet d'un paiement par la personne publique pendant toute la durée du contrat. Elle peut être liée à des objectifs de performance assignés au

3. Un gain réel pour les délais de construction

Le contrat de partenariat est réputé permettre une réduction des délais de construction par rapport à une maîtrise d'ouvrage classique, en raison d'une incitation forte pour le partenaire privé à livrer dans les délais (le paiement des loyers ne débutant qu'à la mise en service). L'évaluation préalable du lot 3 fait apparaître les délais suivants pour une procédure de conception-réalisation et pour un contrat de partenariat.

Tableau 14 : Comparaison des délais de procédure et travaux entre la conception-réalisation et le contrat de partenariat PPP

Procédure	Conception-réalisation	Contrat de partenariat PPP
Délais global	214 semaines – 235,4 avec aléas	205 semaines – 225,5 avec aléas
Dont Travaux	104 semaines	92 semaines
Dont procédure d'attribution	69 semaines	86 semaines

Source : Données issues de l'« Evaluation préalable au lancement d'une procédure de passation d'un Contrat de partenariat pour la construction de nouveaux établissements pénitentiaires (lot 3) », juin 2006, AMOTMJ.

Le contrat de partenariat permet donc un gain en termes de délais par rapport à une maîtrise d'ouvrage publique, mais celui-ci reste relativement limité (de l'ordre de 4 %). Néanmoins, ce sont surtout les risques de dépassement des délais qui sont bien plus faibles en contrat de partenariat qu'en maîtrise d'ouvrage publique grâce aux mécanismes incitatifs du contrat. Ce moindre dépassement des délais des projets menés en contrat de partenariat apparaît clairement dans l'expérience britannique, comme évoqué en partie I.A.2. : le National Audit Office⁴⁵ fait état de 20 % d'opérations menées en PPP livrées en retard (8 % seulement pour lesquelles ce retard dépassait 2 mois), contre 70 % d'opérations traditionnelles livrées en retard.

IV. LA PROCEDURE FAIT CEPENDANT APPARAÎTRE DES LIMITES ET DES FAIBLESSES

A. Des barrières à l'entrée pour les entreprises de taille moyenne

1. Les risques de réduction de la concurrence sur le marché pénitentiaire : creusement de l'écart entre candidats retenus et non présents

En Grande-Bretagne, le développement des PPP a induit une réorganisation de la production dans les secteurs concernés par les PPP. Les grandes entreprises de construction ont acheté des sociétés de « facilities management » de manière à contrôler la majeure partie des services concernés. D'autre part, les groupes se spécialisent sur un ou plusieurs domaines couverts par les PPP, au point de devenir des fournisseurs quasi-exclusifs des ministères concernés. Ainsi, l'entreprise Jarvis a été retenue sur 23 des 85 marchés de PFI scolaires passés entre 1992 et 2003, Skanska s'est vue attribuer 15,6 % des crédits PFI pour les établissements de santé, et Amec 20 % des contrats PFI portant sur des infrastructures⁴⁶.

cocontractant (notamment la qualité des prestations de services, la qualité des ouvrages et équipements, les conditions dans lesquelles ils sont mis à la disposition de la personne publique, et, le cas échéant, leur niveau de fréquentation). »

⁴³ Annexe 9 du contrat de partenariat.

⁴⁴ Article 7-1.3. du PEMS 1.

⁴⁵ Source : Rapport du National Audit Office (NAO), « PFI : Construction Performance », 2003.

⁴⁶ Source : « Le développement de la procédure de PPP/PFI en Grande-Bretagne », Rapport d'enquête de la Mission interministérielle pour la qualité des constructions publiques, novembre 2003.

Or, comme évoqué plus haut, la concurrence semble être un élément fondamental pour assurer l'efficacité du contrat de PPP⁴⁷. C'est la concurrence entre plusieurs candidats lors de la procédure d'appel d'offres qui incite les candidats à optimiser le projet et les prix. La réduction du nombre de candidats sur le marché constitue une menace réelle pour la procédure d'offre. Un risque supplémentaire est que ces entreprises en quasi-monopole ayant accumulé tant de savoir-faire et d'expérience dans la construction et la gestion de ces équipements particuliers dictent de plus en plus les pratiques en la matière.

En France, la réduction de la concurrence représente également un risque grandissant : le marché pénitentiaire a des difficultés pour attirer de nouvelles entreprises. Cinq candidats s'étaient présentés pour les appels d'offres du lot 1 (l'un d'entre eux a été exclu au cours de la procédure du dialogue) et du lot 2 en AOT-LOA. Deux d'entre eux ont fusionné, et les quatre candidats restant se sont présentés pour l'appel d'offres du lot 3 en contrat de partenariat. La concurrence ne s'est donc pas encore réduite aujourd'hui (mais ne s'est pas développée non plus : la nouvelle modalité du contrat de partenariat n'a pas attiré de nouveaux groupements par rapport à celle de l'AOT-LOA). Cependant, certaines entreprises n'ont obtenu aucun marché dans le secteur pénitentiaire. Le risque est donc réel que les candidats qui n'ont pas réussi à entrer sur ce marché nouveau ne prennent plus le risque de se présenter à un prochain appel d'offres et quittent le secteur alors que les entreprises présentes sur le marché et déjà titulaires de contrats bénéficient de fait d'un avantage certain.

D'autre part, l'inclusion des services, au lieu d'élargir le champ des entreprises intéressées par les appels d'offres, tend au contraire à transformer les lots en contrats d'un tel poids financier et faisant appel à des compétences si diversifiées, que seuls quelques grands groupes peuvent encore y répondre. La question de l'élargissement de la concurrence se pose donc réellement pour l'avenir des contrats de partenariat, afin d'éviter le resserrement de la concurrence à deux ou trois grands groupes.

Dans un secteur à fort coût d'entrée et au nombre de projets réduit, comme celui de la construction d'établissements pénitentiaires, le risque est que le prestataire privé, une fois le contrat signé, devienne un prestataire monopolistique. La renégociation des termes du contrat peut alors s'avérer plus délicate pour l'Etat, sachant que le besoin de renégocier certains aspects du contrat est presque inévitable au vu de la durée du contrat de PPP – c'est le cas en particulier pour la partie services à la personne, qui fait l'objet d'une procédure de renégociation des prix tous les 9 ans – : un comportement monopolistique peut se traduire par des prix supérieurs.

Les lots d'établissements pénitentiaires menés en PPP comprennent chacun trois ou quatre établissements. L'objectif de lancer des lots d'une telle taille était triple :

- bénéficier d'une économie d'échelle et de gains de productivité en profitant d'une certaine standardisation entre les différents établissements d'un même lot ;
- permettre aux opérateurs de répartir les risques potentiels d'exploitation sur plusieurs établissements ;
- réduire le nombre de contrats et donc les coûts de négociation et de gestion des contrats et des prestataires pour l'administration pénitentiaire.

Pourtant, la taille des lots présente aujourd'hui l'inconvénient majeur de réduire le nombre de prestataires privés capables de répondre à un tel appel d'offres et donc de réduire globalement la concurrence dans le secteur des contrats de partenariat pénitentiaires.

Aujourd'hui, les premiers lots ont permis de monter en compétence sur la préparation des contrats et les programmes fonctionnels des établissements, l'APIJ maîtrise la rédaction des documents contractuels et la procédure de passation du contrat : un certain degré de standardisation a donc été atteint, et une réduction de la taille des lots ne devrait pas entraîner de surcoût important.

⁴⁷ Source : Rapport « *Les partenariats public-privé, Partager les risques et optimiser les ressources* », OCDE, 2008.

Surtout, le risque de réduction de la concurrence est plus grand après l'attribution de 3 lots en moins de 2 ans, les entreprises non retenues ayant investi à perte de façon importante sur les dernières années. En plus de cet écart entre les entreprises présentes sur le marché et les entreprises non retenues, différents mécanismes ou modalités du contrat de partenariat représentent des barrières à l'entrée pour des entreprises de taille moyenne ou des entreprises nouvelles entrants sur le marché.

2. Une procédure longue et assez coûteuse pour les candidats

Concernant les délais de la procédure, celle du contrat de partenariat se révèle plus longue (et plus coûteuse pour les candidats) qu'une procédure de conception-réalisation. La phase de dialogue compétitif allonge la phase de préparation du projet (avant les études et la réalisation de travaux) d'environ 6 mois par rapport à l'organisation d'un concours d'architecture dans le cas d'une procédure MOP⁴⁸.

La procédure menée pour l'attribution du lot 1 en AOT-LOA avait été particulièrement longue. L'administration a progressé sur les lots suivants, et les procédures ont déjà été relativement optimisées, même si le dialogue compétitif reste une procédure longue. Ainsi, l'appel d'offres à candidatures pour le lot 3 a été publié en juillet 2006, les offres de candidatures devaient être remises en octobre 2006, la procédure de dialogue compétitif s'est tenue de novembre 2006 à juillet 2007, les offres finales des candidats ont été remises en septembre 2007, et l'analyse des offres finales a été présentée à la commission du dialogue en octobre 2007. Le dialogue compétitif mené par l'APIJ pour le lot 3 s'est déroulé en deux grandes étapes (sur 7 mois) :

- la remise de l'offre initiale intervenant 3 mois et demi après le lancement de la procédure et la remise du cahier des charges, avec une étape intermédiaire de remise de l'offre architecturale deux mois après le lancement ;
- la phase de dialogue environ un mois après la remise de l'offre initiale, achevée par une offre finale remise 3 mois et demi après l'offre initiale. Cette remise de l'offre finale intervient un mois après le cahier des charges final.

L'ensemble de la procédure est donc conduit sur environ une année, et nécessite de la part des groupements candidats une mobilisation assez forte des équipes. Cette durée peut néanmoins difficilement être réduite pour la partie du strict dialogue compétitif : les délais de remise des offres sont déjà relativement contraints pour les candidats. En particulier, le délai entre la séance de dialogue suivant la remise de l'offre architecturale et la remise de l'offre initiale complète s'avère très court pour permettre l'intégration et la prise en compte totale (architecturale, mais aussi financière) des éléments recueillis lors du dialogue dans l'offre complète. De même, le dernier mois de délai est relativement court pour prendre en compte l'ensemble des éléments discutés lors du dialogue compétitif ainsi que le cahier des charges final, dans une offre finale pour laquelle le groupement doit également obtenir l'engagement de ses partenaires financiers.

Une attention particulière peut sans doute être portée aux délais entourant la procédure du dialogue compétitif. Pour le lot 3, l'ensemble de la procédure de dialogue compétitif était achevé en octobre 2007 mais des hésitations politiques, inhérentes à l'administration, ont conduit à ne signer le contrat que fin février 2008. Ces risques de dérapage sont sans doute identiques à ceux des procédures en maîtrise d'ouvrage publique, mais ils représentent dans le cas des procédures de PPP un allongement inutile des durées de mobilisation de plusieurs groupements d'entreprises que ces délais pourraient finir par décourager. Si la procédure de passation d'un contrat de partenariat comporte nécessairement des délais incompressibles, il faut donc veiller à réduire au maximum les temps morts et les temps de réaction de l'administration.

⁴⁸ Source : « *Le financement des infrastructures de transport avec des PPP* », IAURIF, juillet 2007.

De plus, certaines adaptations pourraient permettre de limiter l'investissement des candidats. On pourrait imaginer notamment :

- prévoir la remise d'une seule proposition avant l'offre finale, en supprimant l'offre intermédiaire, ce qui ne dispenserait bien évidemment pas de discussions et de réunions de dialogue intermédiaires permettant au candidat de faire évoluer son offre ;
- demander des offres du niveau avant-projet sommaire, et non pas de niveau avant-projet détaillé ;
- si des variantes sont prévues (ce qui n'était pas le cas pour le lot 3, alors que c'est un vecteur important d'innovation), ne pas exiger une offre complète, mais simplement le détail des éléments constitutifs de la variante par rapport à l'offre de base ;
- ne pas demander la version finale du contrat lors de la remise de l'offre finale (qui représente un coût très important en termes de conseil juridique – choix qui a d'ailleurs finalement été fait pour le lot 3) ;
- réfléchir à alléger l'investissement sur la conception du bâtiment dans l'appel d'offres ; L'idée, apparemment intéressante pour alléger l'investissement des concurrents, de totalement supprimer la conception de l'appel d'offres, avec un architecte et une conception imposés par l'administration pénitentiaire, – au vu de l'expérience acquise par l'administration pénitentiaire et l'APIJ, et de la précision du cahier des charges actuel laissant peu de place à l'innovation des candidats –, pose problème. En effet, l'architecte ne serait alors pas intégré au groupement initial, et une grande partie de la synergie entre conception, construction et fonctionnement permise par le PPP risquerait d'être perdue ; d'autre part, la sélection de l'architecte nécessiterait une mise en concurrence, qui peut s'avérer longue. En revanche, l'APIJ pourrait verser au dossier de l'appel d'offres un projet de conception de l'établissement, « projet de référence », en s'inspirant de la pratique britannique⁴⁹, ce qui permettrait tout de même de réduire l'investissement des candidats pour l'appel d'offres et de réduire l'écart entre les groupements ayant déjà réalisé des établissements pénitentiaires ou habitués à travailler avec de grands noms de l'architecture.

D'autre part, proposer une indemnisation suffisante aux candidats peut également représenter une aide pour les entreprises de taille moyenne. Actuellement, l'indemnisation de 250 000 € touchée par les candidats du lot 3 ne permet de couvrir approximativement que les frais d'architecte. Un des candidats non retenu sur le lot 3 estime que son investissement est de l'ordre d'un à deux millions d'euros sur ce lot, sans compter l'investissement de son partenaire sur la partie services. Pour une entreprise ne faisant pas partie des entreprises leader sur le marché, la présence d'une indemnisation est une condition impérative à sa participation à une procédure, et le montant doit être suffisant pour lui permettre une participation au risque acceptable. Ces indemnisations pourraient par exemple être prises en charge par le prestataire retenu à l'appel d'offres, comme c'est envisagé pour le contrat de partenariat de RFF sur le projet GSM-R⁵⁰.

⁴⁹ Dans le schéma anglais, le cahier des charges initial proposé par le client public peut s'accompagner d'un « projet de référence », une esquisse du projet permettant de mettre en lumière des questions particulières, d'éliminer des orientations trop coûteuses, de tester les options techniques.... Cette pratique incite certes moins à la créativité ou à l'innovation de la part des concurrents, mais peut leur permettre de gagner du temps. Le « projet de référence » est donné comme information sur la faisabilité, et non comme une contrainte à respecter.

⁵⁰ Réseau ferré de France a décidé de recourir au contrat de partenariat pour le déploiement du GSM-R (réseau de télécommunication numérique, de technologie GSM) sur le réseau ferroviaire français. Le contrat comprend le financement, la construction et la maintenance-exploitation du réseau pour un montant global de l'ordre d'un milliard d'euros, sur une durée de 15 ans. Les offres finales ont été remises le 2 décembre 2008, le prestataire a été choisi, et le contrat devrait être signé très prochainement.

3. La possibilité d'éliminer des candidats au cours de la procédure peu employée

La procédure d'attribution du contrat peut donc poser problème pour les candidats : ils s'engagent dans une procédure longue et coûteuse qui comporte rarement des étapes intermédiaires d'élimination de candidats. On touche ici à une des grandes différences entre les PPP britanniques et les PPP français : le législateur français n'a en effet pas prévu de recourir à une procédure négociée pour l'attribution d'un contrat de partenariat, contrairement aux pratiques britanniques. La possibilité de négocier directement et librement les conditions de transmission du contrat entre l'Etat et les financeurs est effectivement juridiquement limitée en France, en raison notamment de l'application du principe de *l'intuitus personae*. La procédure britannique du « *preferred contractor* » permet à la puissance publique de réduire le nombre de participants à la phase de dialogue, réduisant ainsi les investissements à perte des candidats non retenus. Le risque de cette procédure est la possibilité que le candidat sélectionné ne vienne modifier son offre avant la conclusion du contrat : la procédure de négociation doit donc être strictement prévue et encadrée.

Même si le droit français ne permet pas une telle négociation directe (qui, d'autre part, pourrait s'avérer non-conforme au droit européen), la procédure de dialogue compétitif, elle, permet l'élimination de candidats au cours de la procédure, à condition que ceci ait été prévu en amont, dans l'avis d'appel public à la concurrence ou le règlement de la consultation⁵¹. Cette possibilité est pourtant peu employée⁵², alors qu'elle pourrait réduire le risque de coût d'entrée pour certains candidats. La « Charte du dialogue compétitif » rédigée par l'Institut de la Gestion Déléguée⁵³ en fait un principe : « *Ne pas poursuivre des discussions inutiles et coûteuses avec des candidats dès lors que leur solution n'apparaît plus susceptible d'être retenue en phase finale* ». Il semble que l'administration française, par crainte de commettre une irrégularité juridique, ou par crainte des recours des candidats éliminés, n'applique pas ou très peu cette pratique : ces arguments semblent difficilement justifiables. Il est vrai que l'élimination ne peut se faire que lorsque la personne publique est à même de juger le candidat sur l'ensemble des critères fixés dans l'avis d'appel public à la concurrence ou dans le règlement de consultation : prévoir une phase d'élimination des candidats nécessite donc d'exiger de la part des candidats un dossier suffisamment complet pour permettre ce jugement sur l'ensemble des critères. Il s'agit donc de trouver le juste équilibre entre alléger le niveau d'exigence des dossiers à remettre par les candidats (pour limiter leur investissement, en particulier dans les premières phases du dialogue), et être à même de mettre en place des phases d'élimination. La mise en pratique de cette possibilité, en s'inspirant de la procédure britannique, pourrait permettre de réduire le risque pour les candidats à un appel d'offres et ainsi favoriser le maintien ou le développement de la concurrence sur le marché.

⁵¹ Article 7 de l'ordonnance du 17 juin 2004 : « *La personne publique (...) peut prévoir que les discussions se déroulent en phases successives au terme desquelles seules sont retenues les propositions répondant le mieux aux 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 la consultation.* »

⁵² Elle a été utilisée par l'APIJ au cours de la procédure d'attribution du lot 1 en AOT-LOA : un candidat a été éliminé au cours de la première phase du dialogue compétitif, mais n'a plus été employée depuis par l'APIJ, et ne l'est pas d'avantage par les autres administrations ou collectivités mettant en œuvre des contrats en PPP.

⁵³ Signée le 18 janvier 2007 par un certain nombre d'acteurs institutionnels des contrats de partenariat.

4. Les exigences bancaires élevées, obstacle à l'émergence de nouveaux acteurs

Tout au long du contrat, des garanties bancaires sont exigées du partenaire privé. Elles portent sur des durées longues (six ans) et des montants élevés (7 M€ par établissement)⁵⁴. Une fois le contrat achevé, les garanties bancaires doivent encore être constituées pendant 3 ans⁵⁵. Cette durée de garantie après achèvement du contrat, si elle existe dans d'autres types de contrats, n'excède jamais trois à six mois. Ces durées et montants peuvent représenter une réelle difficulté pour des entreprises de taille moyenne, surtout dans un contexte où les partenaires bancaires pourraient eux-mêmes avoir des difficultés à assurer de tels montants et où la visibilité à long terme est quasi-inexistante. Pour certaines entreprises, ce système de garantie bancaire est tout simplement une véritable barrière à l'entrée : l'assurance de telles garanties leur est trop coûteuse.

D'autre part, le montant des pénalités de résiliation doit lui aussi être garanti par le partenaire privé, et il est très élevé. Pour le lot 3, il peut atteindre 3 M€ en cas de résiliation⁵⁶, ou un plafond de 4,14 M€ par établissement en cas de retard dans la mise à disposition de l'établissement⁵⁷, soit un montant de l'ordre de grandeur, voire plus élevé, que le montant du loyer annuel d'entretien-maintenance (loyer I) pour un établissement⁵⁸. Une fois encore, ces montants peuvent s'avérer rédhibitoire pour des entreprises de taille moyenne.

B. Une évolution forte du coût du projet au cours de la procédure

1. Le biais optimiste de l'évaluation des coûts dans l'évaluation préalable

Nous reprenons ici le tableau de comparaison des coûts entre les scénarios de MOP et de contrat de partenariat issu de l'évaluation préalable du lot 3, réalisée en juin 2006 (tableau 7). Les coûts moyens des scénarios « conception-réalisation + gestion déléguée », « contrat de partenariat sans recours », « contrat de partenariat avec recours » sont calculés (en valeur actuelle nette) et comparés.

Tableau 15 : Actualisation de la partie quantitative de l'évaluation préalable aux conditions économiques de 2006

Coûts (VAN, M€ conditions valeur 2004 éco 2006)	Construction-réalisation + contrat de gestion déléguée	Contrat de partenariat sans recours	Contrat de partenariat avec recours
Construction (y.c. indirect)	141,06	154,49	153,05
Exploitation	180,16	176,54	176,54
Maintenance	152,31	106,68	110,27
Financement	0,00	25,53	12,68
Coûts interne MJ	15,00	15,56	15,52
Total	488,53	478,80	468,06
Ecarts (%/ référence)		- 1,99%	- 4,19%
Total Evaluation préalable	488,53	509,09	492,41
Ecart Actualisation 2006 / EP	0%	- 5,95%	-4,95%

Source : « Evaluation préalable au lancement d'une procédure de passation d'un contrat de partenariat pour la construction de nouveaux établissements pénitentiaires (lot 3) », AMOTMJ, juin 2006.

⁵⁴ Article 9.3. du Contrat de partenariat.

⁵⁵ Article 9.3. du Contrat de partenariat : « Cette garantie [garantie bancaire remise par le partenaire ou l'un de ses sous-traitants directs à l'Etat ne pouvant être réduite en-deçà d'un montant égale à trois millions d'euros par établissement] prend fin au terme de la troisième année suivant l'expiration de la tranche considérée. » ; Article 10.4.3. : « Si, dans les trois ans suivant le terme de chacune des tranches, (...), l'Etat découvre (...) des désordres bâtimentaires qui paraissent liés à un défaut d'exécution par le partenaire des prestations (...), ce dernier est tenu de réaliser (...) tous les travaux nécessaires pour remédier à ces désordres, ou, à défaut, de verser à l'Etat une pénalité égale à 115 % du coût estimé par l'expert des travaux nécessaires pour remédier à ces désordres. »

⁵⁶ Article 4.4. du Contrat de partenariat.

⁵⁷ Article 5.3.2.1. du Contrat de partenariat.

⁵⁸ De l'ordre de 3 M€ par an suivant l'établissement.

Ce tableau fait apparaître les différences de coûts entre les modalités de la conception-réalisation et du contrat de partenariat. Le coût d'investissement est supérieur dans les scénarios en contrat de partenariat, surcoût lié principalement à trois facteurs :

- surcoût de construction lié à un surinvestissement destiné à réduire les coûts de fonctionnement (intégration optimale des services, notamment l'entretien du bâtiment pour éviter des coûts de gros entretien),
- coûts de financements : frais d'assurance et de garantie, frais de gestion divers (entre 12 et 20 % des coûts de construction en valeur actuelle nette),
- marge de l'industriel.

Cette comparaison en valeurs actuelles nettes fait bien ressortir le gain très important en coût de maintenance du contrat de partenariat par rapport à la conception-réalisation, gain compensant largement le surcoût de construction et les coûts de financement du contrat de partenariat : le surcoût de construction (de l'ordre de 6 à 9 % selon l'APIJ) est amorti en quelques années par la baisse des coûts de maintenance annuels (de 17 à 19 %). L'écart entre scénarios en coût d'exploitation est plus réduit : les coûts des services sont assez proches en conception-réalisation et en contrat de partenariat.

Le résultat de cette analyse est que le contrat de partenariat ressort à un coût plus faible que le scénario de référence, avant même la prise en compte des coûts du risque. Or, il est généralement admis que c'est le partage des risques qui constitue le point fondamental du contrat de partenariat, c'est-à-dire que hors évaluation des risques, le contrat de partenariat est généralement plus cher que la réalisation en MOP, en raison des surcoûts inhérents à ce type de contrat : coûts de gestion de contrat (notamment appui d'experts pendant la passation et négociation du marché), coûts de financement (les emprunts contractés par le partenaire privé auprès des banques étant à des taux plus élevés que ceux de l'Etat), marge de l'industriel... Ce surcoût du contrat de partenariat est observé, admis et justifié par son fonctionnement-même. En Grande Bretagne, de façon non officielle, certaines voix annoncent que le surcoût d'un PFI par rapport à un projet réalisé en maîtrise d'ouvrage publique serait de l'ordre de 30 % en moyenne, ce qui est très conséquent⁵⁹. C'est l'évaluation des risques portés par les partenaires dans chacun des scénarios qui va généralement justifier le surcoût du contrat de partenariat pour l'Etat, c'est-à-dire que le coût du risque qu'il devra porter en cas de contrat de partenariat sera plus faible que celui qu'il devra porter en conception-réalisation et compensera le surcoût du contrat de partenariat. Or, l'évaluation préalable de l'APIJ fait apparaître un gain du contrat de partenariat avant même prise en compte du risque, ce qui semble difficilement concevable économiquement : l'estimation des coûts souffre sans doute d'un biais optimiste en faveur du contrat de partenariat (peut-être une surestimation des coûts annuels de maintenance dans le cas de la conception-réalisation).

D'autre part, en Grande-Bretagne, la question du taux d'actualisation choisi pour réaliser les calculs s'est posée. En effet, il semblerait que la détermination de ce taux jouerait un rôle important dans l'écart entre les coûts des différents scénarios, un taux plus élevé étant désavantageux pour les hypothèses de financement par la procédure publique traditionnelle⁶⁰. Le calcul d'une variante avec un taux d'actualisation légèrement différent permettrait d'atténuer ce biais éventuel.

2. Des hypothèses peu spécifiques au projet pour l'évaluation préalable entraînant une forte hausse du coût-objectif lors du dialogue compétitif

L'ensemble de l'évaluation préalable du lot 3, et notamment les évaluations chiffrées des différents scénarios comparés (tableau 15 ci-dessus), a été réalisé à partir de l'évaluation préalable réalisée en 2004 pour les lots 1 et 2 en AOT-LOA, qui a simplement été mise à jour (actualisation des coûts, mise à jour suite aux évolutions de programme, mise en cohérence des coûts de management concernant les services).

⁵⁹ Source : « Le financement des infrastructures de transport avec des PPP », IAURIF, juillet 2007.

⁶⁰ Source : « Le développement de la procédure de PPP/PFI en Grande-Bretagne », Mission interministérielle pour la qualité des constructions publiques, novembre 2003.

Puis les calculs réalisés dans le cadre de l'évaluation préalable ont été adaptés et ajustés par l'APIJ aux conditions économiques de mai 2007 et aux spécificités du lot 3. Ces données permettent d'établir le « coût objectif » de la procédure, utilisé tout au long du dialogue et jusqu'à l'attribution du contrat : c'est le coût de base permettant de comparer les coûts des différents candidats et de valider les hypothèses faites dans le cadre de l'évaluation préalable sur la base des propositions des candidats. L'actualisation des coûts entre l'évaluation préalable de 2006 et le dialogue compétitif fait apparaître une très forte augmentation des coûts.

Le tableau ci-dessous explicite cette hausse des coûts en reprenant les données de l'évaluation préalable (M€ valeur janvier 2004, conditions économiques de 2006) pour le scénario de référence et le scénario contrat de partenariat avec recours, et les données de coûts issues de la mise à jour de l'évaluation préalable en mai 2007 (M€ valeur mai 2007) pour le scénario de base et le scénario contrat de partenariat (niveau de recours 65 %). (Les données des deux premières colonnes et des deux suivantes du tableau ne sont pas en euros de la même année, et représentent des VAN qui ne sont pas calculées à la même année ni sur la même durée. Elles ne sont donc pas directement comparables, mais permettent d'illustrer l'évolution du coût selon les différents postes.)

Tableau 16 : Comparaison des coûts en VAN entre l'évaluation préalable de 2006 et sa mise à jour en 2007 (scénario de référence et contrat de partenariat)

Coûts en valeur actuelle nette (VAN)	Scénario de référence M€ conditions valeur 2004 éco 2006	Contrat de partenariat avec recours M€ conditions valeur 2004 éco 2006	Scénario de référence M€ mai 2007	Contrat de partenariat lot 3 ⁶¹ M€ mai 2007
Construction (y.c. indirect)	141,06	153,05	207,71	239,45
Exploitation	180,16	176,54	428,56	418,34
<i>dont assurances</i>			19,73	19,73
Maintenance	152,31	110,27	222,11	137,00
Financement	0,00	12,68	0,00	19,57
Coûts interne MJ	15,00	15,52	16,37	9,24
Total	488,53	468,06	874,75	822,90

Source : Mission, à partir des données de l'évaluation préalable, AMOTMJ, juin 2006, et du « Rapport de présentation », Procédure pour le lot 3, AMOTMJ, février 2008.

La hausse des coûts observée ci-dessus entre les scénarios de référence et les scénarios contrat de partenariat entre 2006 et 2007 est justifiée par l'adaptation des coûts aux conditions économiques de 2007 et aux spécificités du lot 3 :

- actualisation des coûts (indexation, inflation), évolution du taux d'actualisation entre 2004 et 2007, et calcul de la VAN sur 27 ans au lieu de 25 ;
- concernant les coûts de construction, actualisation des coûts de construction à la date de remise des offres finales du lot 3, ajustement des diverses variables (coût du foncier, adaptation au site), adaptation de la durée de construction, ajustement de la capacité réelle des établissements, et intégration des spécificités du programme : intégration d'une cinquantaine de places en quartier longues peines, centre national d'orientation des détenus CNOA, réalisation et équipement de la cuisine et de la blanchisserie centrale de Nantes ;
- concernant les coûts d'exploitation, modification du périmètre des services : ajout d'une cuisine et d'une blanchisserie centrales à Nantes, ajout des prestations d'accueil des familles et de restauration du personnel, prise en compte des coûts d'assurance de la période d'exploitation, prise en compte de la procédure d'adéquation périodique des prix des services comparés, inclusion du coût des détenus du service général (rémunérés directement par le partenaire privé dans le cadre du lot 3), allongement de la durée d'exploitation (passant de 25 à 27 ans).

⁶¹ Scénario de contrat de partenariat calculé avec un niveau de recours de 65 %.

L'ensemble de ces éléments explique que les périmètres analysés lors de l'évaluation préalable et lors de la mise à jour des coûts pour le dialogue compétitif soient très différents, et que les coûts passent ainsi à un niveau bien plus élevé. Néanmoins, cette différence importante de périmètre et cette hausse du coût posent question :

- l'impact des différents éléments justifiant l'évolution du coût n'est pas précisé (selon des données de l'APIJ, l'impact de l'indexation et du calcul de la VAN serait de +5 % en VAN, mais les calculs de mai 2007 ne précisent pas le surcoût lié à l'augmentation du nombre de places, à l'intégration de places de QLP, ou à la cuisine centrale de Nantes dans l'évolution du coût global du projet) ;
- l'évolution du périmètre est telle que l'évaluation préalable ne semble plus vraiment adaptée au lot 3 : on passe en particulier d'un projet de 1 800 places dans l'évaluation préalable (3 établissements de 600 places) à un projet de 2 056 places en mai 2007, et la prise en compte de la cuisine et de la blanchisserie centrales, non prévues lors de l'évaluation préalable, induirait un surcoût en termes de loyer services de +20 %⁶², deux exemples prouvant que le projet a évolué de façon importante entre l'évaluation préalable et le début du dialogue compétitif ; une mise à jour un peu plus formalisée, démontrant formellement que le contrat de PPP reste toujours plus avantageux que la MOP pour le projet spécifique du lot 3 aurait pu clarifier la situation ;
- la mise à jour de 2007 présente un problème de lisibilité pour l'ensemble des acteurs de la procédure (administration pénitentiaire, direction du budget) : certes, la mise à jour des coûts de l'évaluation préalable a été présentée lors du dialogue compétitif, mais elle a été présentée essentiellement pour servir de base de comparaison avec les propositions des candidats ; l'évolution des coûts entre l'évaluation préalable et le dialogue compétitif n'était pas le point central, et n'a souvent pas été véritablement remarquée par les partenaires de l'APIJ.

La formalisation précise des éléments justifiant l'évolution des coûts entre l'évaluation préalable et le dialogue compétitif et leur présentation claire (sous forme d'un *addendum* à l'évaluation préalable par exemple) auraient permis de clarifier l'actualisation des coûts et de rendre plus lisible le changement de référence de coût, qui ne peut alors plus être l'évaluation préalable.

Le ministère de la défense, lui, lors de la procédure de passation de contrat de partenariat pour la mise à disposition d'une flotte d'hélicoptères pour la formation des pilotes à l'école de formation de Dax⁶³, a décidé de vérifier, à l'issue du dialogue compétitif, que la modalité de contrat de partenariat était bien toujours plus avantageuse économiquement que les autres modalités étudiées (en l'occurrence, maîtrise d'ouvrage publique et crédit-bail avec des modalités particulières pour les contrats de maintenance), c'est-à-dire que le projet, avec les coûts réels issus des offres finales des candidats, était bien toujours éligible au contrat de partenariat au sens de l'ordonnance de 2004. Ainsi, l'ensemble des calculs de comparaison des scénarios ont été repris avec les coûts actualisés et réels proposés par les candidats, et l'intérêt économique du contrat de partenariat a pu être prouvé. Ce point n'est prévu ni dans l'ordonnance de 2004 ni dans la loi de 2008, mais mérite sans doute qu'on s'y attarde, puisque deux à trois ans ont pu s'écouler entre l'évaluation préalable et la fin du dialogue compétitif, pouvant venir modifier les conditions économiques et la pertinence du choix d'un contrat de partenariat. Le ministère de la défense a également procédé par fourchettes de coûts, au vu des incertitudes pesant sur l'estimation des coûts avant la remise des offres des candidats : cette pratique permet sans doute de rendre plus crédibles les estimations réalisées lors de l'évaluation préalable.

Le tableau ci-dessous précise les augmentations de coûts pour le lot 3 en effaçant l'effet de l'inflation (actualisation de l'ensemble des valeurs en euros 2007) pour quelques grands postes de coûts (travaux, coûts annuels des services). La comparaison s'attache à mettre en regard les coûts des offres des quatre candidats à l'appel d'offres avec les coûts de l'évaluation préalable (2006) et ceux de la remise à jour de l'évaluation préalable pour le dialogue compétitif (2007).

⁶² Source : Donnée APIJ, février 2009.

⁶³ Contrat signé le 31 janvier 2008 pour la fourniture d'heures de vol d'hélicoptères (financement, mise à disposition et entretien des appareils) sur une durée de 22 ans.

Tableau 17 : Comparaison des coûts de l'évaluation préalable, du dialogue compétitif et des offres des quatre candidats

Coûts en k€ valeur mai 2007	Evaluation préalable 2006 ⁶⁴	Evaluation préalable mai 2007	Candidat 1	Candidat 2	Candidat 3	Candidat 4
Travaux	140 651	184 853	191 523	183 465	176 500	208 756
Services bâtimentaires*	9 996	9 777	7 800	7 797	8 942	8 038
Services à la personne**	6 823	14 313	15 153	14 090	13 407	15 562

Source : Mission, à partir des éléments de l'évaluation préalable et du dialogue compétitif de l'AMOTMJ.

* : Coût annuel ; Périmètre AOT-LOA y compris fluides.

** : Coût annuel ; y compris transport.

La comparaison de l'ensemble des ces valeurs fait apparaître :

- une croissance forte du coût des travaux et surtout du coût des services à la personne entre 2006 et 2007, liée à l'évolution de la définition du programme et l'évolution du périmètre du lot 3 (l'effet de l'actualisation est cette fois effacé) ; Cette forte augmentation des coûts des services à la personne révèle le fort impact de l'évolution du périmètre d'exploitation entre 2006 et 2007 (probablement essentiellement cuisine centrale à Nantes et durée d'exploitation).
- des coûts proposés par les candidats assez resserrés et proches des coûts de l'évaluation préalable de 2007 (à l'exception de quelques propositions un peu plus élevées : coût des travaux pour le candidat 4 par exemple), révélant la bonne connaissance du domaine par les candidats, et la précision du programme leur permettant de réaliser leur estimation des coûts.

Les coûts des services à la personne utilisés comme coût-objectif pour le dialogue compétitif sont issus de l'expérience des contrats de gestion déléguée. Les coûts des services à la personne ne sont donc pas discriminants entre les scénarios de la commande publique (MOP ou contrat de PPP), même si l'intégration des services à la personne représente un point important et spécifique du contrat de partenariat. L'administration pénitentiaire a supposé qu'aucun gain notable ne pouvait être identifié par l'intégration des services à la personne au sein d'un contrat de partenariat. On constate que les coûts des services à la personne proposés par les différents candidats (tableau 17) sont proches du coût-objectif de l'administration pénitentiaire. Les candidats n'ont donc pas, eux non plus, identifié de sources importantes d'économies. Ceci conforte donc l'idée que les coûts des services à la personne en contrat de partenariat sont très proches de ceux des contrats de gestion déléguée.

⁶⁴ Les coûts de l'évaluation préalable réalisée en juin 2006 en valeur 2004 sont actualisés en valeur 2007 grâce à l'évolution de l'indice TP01 pour le coût des travaux et des services bâtimentaires, indice IPC pour le coût des services à la personne entre 2004 et mai 2007.

En revanche, dans le cadre de l'évaluation préalable pour la réhabilitation de la maison d'arrêt de Paris-La-Santé⁶⁵, les travaux ont été plus poussés, et des réductions de coûts en solution contrat de partenariat par rapport à la solution de référence, basées sur des dires d'experts, sont chiffrées pour l'ensemble des services (bâtimentaires, et services à la personne) dans le cas d'un contrat de partenariat : 10 % pour la restauration, et près de 8 % pour les autres services à la personne. Dans le cas de l'évaluation préalable de la maison d'arrêt de Paris-La-Santé, les calculs en valeur actuelle nette font apparaître un coût de construction de +15,21 % en contrat de partenariat par rapport au scénario de référence, contrebalancé par une réduction du coût d'exploitation de -11,9 % et de -30,39 % des coûts du ministère de la justice, aboutissant à un coût moyen (hors valorisation du risque) en contrat de partenariat inférieur de 2,32 % au scénario de référence (maîtrise d'ouvrage classique dans ce cas). Si le résultat de la comparaison des coûts globaux des scénarios est donc à peu près le même que pour le lot 3, les différences de coûts entre scénarios sont bien plus marquées. Il semblerait que la réflexion sur les coûts des services à la personne ait été moins poussée dans le cadre du lot 3.

Pour le lot 3, on peut comparer l'évolution des différentes valeurs de coûts en valeur actuelle nette : valeurs issues de l'évaluation préalable, de leur mise à jour en 2007 pour le dialogue compétitif, et valeurs issues des offres finales des candidats. Le tableau ci-dessous reprend ces différentes valeurs⁶⁶.

Tableau 18 : Comparaison des coûts de l'évaluation préalable, du dialogue compétitif et des offres des quatre candidats

Coûts en valeur actuelle nette M€ valeur mai 2007	Evaluation préalable 2006 ⁶⁷	Evaluation préalable mai 2007	Candidat 1	Candidat 2	Candidat 3	Candidat 4
Investissement	189,51	259,02	246,65	255,65	237,14	267,48
dont Financement	14,50	19,57				
Exploitation-Maintenance	301,14	555,34	501,02	503,08	498,02	533,48
dont Maintenance	115,78	137,00				
Total (hors coûts internes MJ)		813,32	747,67	758,73	735,16	800,97

Source : Mission, à partir des éléments de l'évaluation préalable et du dialogue compétitif de l'AMOTMJ.

Cette comparaison fait apparaître de nouveau la forte augmentation des coûts de construction et d'exploitation entre la première évaluation préalable et la mise à jour réalisée pour le dialogue compétitif. Les coûts proposés par les candidats, eux, sont relativement proches, et légèrement inférieurs, à ceux du dialogue compétitif.

La comparaison entre l'option d'un PPP et d'un scénario alternatif en maîtrise d'ouvrage plus classique se fait sur la base des coûts estimés lors de l'évaluation préalable, et non pas sur les coûts affinés ou les coûts issus de l'offre finale. Au vu du renchérissement des coûts observés ici entre l'évaluation préalable et le coût finalement retenu, la pertinence du choix établi sur la base des coûts de l'évaluation préalable peut être remise en question. La formalisation de l'évolution du périmètre et des coûts entre l'évaluation préalable et le dialogue compétitif aurait permis de gagner en lisibilité.

⁶⁵ « Evaluation préalable au lancement d'une procédure de passation d'un contrat de partenariat pour la réhabilitation de la maison d'arrêt de Paris-La-Santé », AMOTMJ, octobre 2006, procédure stoppée depuis.

⁶⁶ La première colonne chiffrée du tableau reprend les coûts établis pour le scénario en contrat de partenariat lors de l'évaluation préalable, présentés dans le tableau 16 (2^{ème} colonne), actualisés en euros 2007, et la deuxième colonne reprend les coûts du scénario contrat de partenariat établis en 2007 présentés en dernière colonne du tableau 16, l'écart du coût total étant du aux coûts internes non pris en compte dans ce tableau 18. Mais les VAN de 2006 et de mai 2007 ne sont pas calculées à la même année, seuls les résultats des calculs de la VAN sont actualisés en euros de la même année.

⁶⁷ Les valeurs actuelles nettes de l'évaluation préalable réalisée en juin 2006 en valeur 2004 sont actualisées en valeur 2007 grâce à l'évolution de l'indice TP01 pour le coût des travaux et l'indice IPC pour le coût des services entre 2004 et mai 2007.

3. L'absence de lisibilité sur l'évolution du montant des loyers

Les programmes fonctionnels des établissements pénitentiaires font généralement l'objet de nombreuses modifications en cours d'avancement du projet, qui sont réalisées sous forme d'avenants. Ces avenants représentent au final un surcoût non négligeable du coût de construction, et ont un impact également sur les coûts d'exploitation-maintenance des établissements.

Le tableau suivant reprend l'ensemble des coûts des avenants conclus (« fiches modificatives ») dans le cadre des établissements des lots 1⁶⁸, 2⁶⁹ et 3⁷⁰, et leur impact en termes de coût d'investissement et de coût de fonctionnement. Seuls les avenants conclus dont le montant est déjà déterminé (à la date de novembre 2008) sont pris en compte ici ; un certain nombre d'avenants est encore à l'étude et susceptible de venir augmenter les montants ci-dessous, en particulier pour le lot 3.

Tableau 19 : Impact des avenants sur les coûts d'investissement et d'exploitation des établissements pénitentiaires des lots 1, 2 et 3

Lot (et nombre d'avenants concerné) En M€ HT	Coût d'investissement des avenants	Surcoût par rapport au coût d'investissement	Coût de fonctionnement supplémentaire induit par les avenants	Surcoût de fonctionnement
Lot 1 (55)	5,826*	2,34 %	0,353*	4,10 %
Lot 2 (41)	3,488**	2,27 %	0,210**	3,40 %
Lot 3 (19)	4,176***	1,99 %	0,068***	2,58 %

Source : Données DAP communiquées à la Direction du Budget, novembre 2008.

* : Valeur des euros octobre 2005.

** : Valeur des euros contrat.

*** : Valeur des euros mai 2007.

Ce tableau fait apparaître que le montant total des avenants reste bien dans la limite du surcoût provisionné « pour aléas » (3 % du coût d'investissement). Mais le surcoût en termes de fonctionnement, lui, est toujours supérieur au surcoût d'investissement, et dépasse notamment 3 % pour ce qui concerne les lots 1 et 2. L'impact financier des avenants se répercute donc de façon double : sur le loyer d'investissement, et sur le loyer de fonctionnement. Ce double surcoût est certes systématiquement présenté par l'APIJ au moment de la signature des avenants (dans les « fiches navettes » visant à présenter la modification et à mesurer son impact), mais il semble étonnant que le surcoût d'investissement soit plafonné, alors que le surcoût de fonctionnement ne l'est pas : la plupart des acteurs restent encore focalisés sur la construction, alors que la logique du contrat de partenariat n'est plus celle de la construction d'un bâtiment, mais bien celle de sa vie globale.

D'autre part, il semblerait que les coûts de structuration de tirage sur le budget provisionné pour aléas soient élevés au regard du coût des avenants (de l'ordre de 200 000 € quel que soit le montant de l'avenant) : ainsi, le coût du conseil juridique nécessaire à la passation des avenants (aux contrats de construction, d'exploitation...) en particulier est relativement élevé. Ceci pose la question de poursuite de cette pratique d'approvisionnement pour aléas (ou de son usage qui pourrait être réservé à des montants d'un certain niveau). Il semblerait que le système mis en place pour les lots 1 et 2 ait déjà été amélioré pour le lot 3 : en particulier, un système d'« avenant-balais » devrait permettre d'éviter le calcul du passage à taux fixe à chaque nouvelle modification de programme.

⁶⁸ Etablissements de Roanne, Lyon, Nancy et Béziers.

⁶⁹ Etablissements de Le Mans, Poitiers, Le Havre.

⁷⁰ Etablissements de Nantes, Lille et Réau.

Les séquences de loyers ont elles-aussi été remises à jour en novembre 2008 suite aux avenants signés à ce jour, et dans l'hypothèse d'un taux d'occupation de 120 %. Le tableau suivant compare les valeurs des loyers du lot 3 pour l'année 2012 (première année de plein fonctionnement des 3 établissements, sachant que les loyers G et F sont constants sur toute la durée du contrat) au moment de la signature (c'est-à-dire hors avenant), et en novembre 2008 (avec les avenants conclus à cette date), pour un ordre d'affermissement Réau/ Lille. A titre de comparaison, le tableau donne aussi les montants des loyers actualisés en novembre 2008 dans le cas d'occupation 100 % pour un ordre d'affermissement Réau/ Lille, et dans le cas d'occupation 120 % pour un ordre d'affermissement Lille/ Réau.

Tableau 20 : Comparaison des montants des loyers annuels prévus pour lot 3 au moment de la signature et après mise à jour en novembre 2008

Loyers année 2012 en k€ TTC	Signature	Novembre 2008		
	Occupation : 120 % Réau/Lille	Occupation : 120 % Réau/Lille	Occupation : 100 % Réau/Lille	Occupation : 120 % Lille/Réau
Loyer G	12 952	13 340	13 340	13 249
Loyer F	7 622	7 850	7 850	7 682
Loyer I	13 496	13 796	13 394	13 804
Loyer E	2 813	2 907	2 715	2 909
Loyer S	17 806	18 252	16 515	18 258
TP	201	258	258	255
Total	54 946	56 403	54 072	56 157

Source : Données DAP communiquées à la Direction du Budget, novembre 2008.

Les montants des loyers présentés tout au long de l'évaluation préalable et du dialogue compétitif sont calculés HT (cf. tableau 12). Le montant fixé le jour de la signature du contrat (40 633 k€ HT) équivaut, en montant TTC, à un loyer de 48 597 k€. On constate encore un écart entre ce montant fixé le jour de la signature du contrat (et figurant dans le contrat) et le montant présenté ci-dessus en tableau 20 : 54 946 k€. Cet écart est lié d'une part à la prise en compte d'un taux d'occupation de 120 %, d'autre part au mécanisme d'indexation des loyers, le montant présenté en tableau 20 étant celui de l'année 2012 pour laquelle les loyers (hors loyers fixes F et G) ont évolué en fonction des différents indices prévus dans le contrat.

La mise à jour des montants des loyers entre la signature et novembre 2008 intègre, elle, la prise en compte des avenants. A hypothèses d'occupation identiques, on constate une hausse globale du montant des loyers de 2,65 % entre la signature et novembre 2008. Cette hausse est due principalement à l'augmentation du montant des loyers d'investissement F et G (près de 3 %), la hausse de loyer la plus forte concernant les fluides (plus de 3,3 %).

L'ordre d'affermissement modifie le montant des loyers, mais de façon relativement marginale (0,4 % au total). L'impact de la sur-occupation est loin d'être marginal : une occupation de 120 % entraîne un surcoût de loyer de 4,3 %.

L'ensemble des éléments entraînant une évolution des montants des loyers – prise en compte de la sur-occupation, prise en compte des avenants, etc. –, s'il est justifié, rend peu lisible la présentation du coût réel du contrat. En particulier, le montant du loyer calculé le jour de la signature du contrat (tableau 12) est présenté hors taxe, hors prise en compte de la taxe professionnelle, hors prise en compte de la sur-occupation..., ce qui ne facilite pas la lisibilité du coût réel que devra supporter la puissance publique.

C. La procédure d'évaluation préalable et d'évaluation des candidats pas assez spécifique ni adaptée

1. La mise à jour de l'évaluation préalable réalisée pour les contrats en AOT-LOA

Le programme fonctionnel de l'ensemble des établissements du programme « 13 200 » est basé sur le programme préparé pour le lot dit « BoReMo » réalisé en conception-réalisation, programme rédigé courant 2003 à partir de groupes de travail internes à l'administration et du retour d'expérience du programme de construction précédent (programme « 4 000 »). Ce programme a été modifié pour être adapté aux établissements construits en AOT-LOA, afin d'y inclure les services bâtementaires, puis pour les établissements réalisés en contrat de partenariat qui inclut également les services à la personne.

De la même façon, et comme déjà évoqué, l'évaluation préalable du lot 3 a simplement consisté en une mise à jour de l'évaluation préalable réalisée pour les lots en AOT-LOA en 2004. En particulier, l'évaluation préalable n'est pas spécifique au programme particulier du lot 3 : elle est basée sur un lot-type de 3 établissements de 600 places, sans intégrer aucune spécificité du programme du lot 3 (spécificités de la taille des établissements et de leur localisation, locaux particuliers – comme la cuisine centrale installée à Nantes –, synergies pouvant résulter de leur construction...). L'exercice pour le lot 3 consiste donc uniquement à comparer différentes modalités de construction entre elles : seules les masses relatives sont pertinentes, mais les données de coûts restent relativement théoriques car non spécifiques à un établissement particulier. Dans le cas du lot 3, l'exercice visait tout d'abord à présenter la méthodologie qui avait été utilisée pour les lots en AOT-LOA mais non présentée à la MAPPP à l'époque puisque l'évaluation préalable n'était pas obligatoire dans ce cas. Il s'agissait donc de valider la démarche. On peut supposer qu'une fois la démarche générale approuvée par la MAPPP, les évaluations préalables pourront se faire plus précises et s'attacher aux spécificités de programmation.

Le fait de se fonder sur un projet standard pose non seulement le problème de la référence en termes de coût évoqué précédemment (forte évolution des coûts entre 2004 et 2007, cf. partie IV.B.2.), mais pose également d'autres difficultés. En effet, l'évaluation préalable ne permet pas de comparer le contrat de partenariat à la modalité de l'AOT-LOA, ou d'un contrat incluant des services bâtementaires hors services à la personne, puisque toutes les hypothèses de coûts pour le contrat de partenariat, standards, sont justement basées sur celles du contrat AOT-LOA et en particulier l'hypothèse a été faite, pour ce projet standard, qu'aucune synergie en termes de coûts pour les services à la personne n'était observée. Pourtant, la grande spécificité du contrat de partenariat est l'intégration de services à la personne au sein d'un même contrat : la question du périmètre, et l'existence de synergies et de gains qui pourrait en résulter, se pose donc. Or, l'évaluation préalable ne propose pas de comparer le contrat de partenariat prévu à un contrat de partenariat excluant tout ou partie des services à la personne : elle ne répond donc pas à la question de l'intérêt d'intégrer des services dans un seul contrat, et à la pertinence du périmètre des services à inclure.

D'autre part, les scénarios étudiés concernant le contrat de partenariat sont des scénarios « avec recours » (c'est-à-dire avec un niveau de cession de créances total), et « sans recours » (c'est-à-dire avec un niveau de cession de créances nul). Or, aucun de ces deux scénarios n'est réaliste : si les valeurs ainsi calculées représentent sans doute les bornes des valeurs (en coûts et en valeur actualisée nette) encadrant un scénario en contrat de partenariat avec un niveau de cession de créances habituel (60-80 %), l'évaluation ne donne pas d'estimation de valeurs pour ce scénario réaliste, et elle ne permet donc pas de comparer le scénario de référence avec le scénario qui serait réellement choisi.

L'évaluation préalable compare uniquement la modalité de conception-construction doublée d'un contrat de gestion déléguée à la modalité du contrat de partenariat. Le contrat de partenariat n'est donc pas comparé à la gestion publique, et en particulier, l'inclusion de l'ensemble des services est comparée à un mode de gestion incluant également l'ensemble des services dans un même contrat délégué au privé, ce qui ne permet pas de mesurer l'intérêt de la délégation de tel ou tel service. D'autre part, la modalité conception-construction + contrat de gestion déléguée présente un biais lié à la non-inclusion du renouvellement dans les services de contrat de gestion déléguée qui crée un surcoût évident pour l'administration pénitentiaire. L'économie permis par un contrat incluant le renouvellement aux services bâtimentaires pris en charge par le prestataire privé n'est donc pas propre au contrat de partenariat, mais révèle plutôt un inconvénient des contrats de gestion déléguée auquel il faudrait remédier. Enfin, de façon plus générale, le choix du scénario de référence n'est pas justifié dans l'évaluation préalable du lot 3, alors que ce choix conditionne le montant des écarts de coûts qui seront révélés par la suite et donc l'intérêt relatif du montage en PPP. Le passage en revue d'un certain nombre de scénarios qui pourraient constituer des scénarios de référence, et en particulier la maîtrise d'ouvrage publique classique, permettrait de mieux comprendre l'intérêt et la pertinence de comparer le contrat de partenariat à la modalité de conception-construction avec contrat de gestion déléguée.

Notons enfin que la circulaire du 17 juin 2004 et l'arrêté du 2 mars 2009⁷¹ prévoient que l'évaluation préalable inclut, parmi les critères de comparaison des différentes options, les préoccupations de développement durable⁷². Or, celles-ci ne figurent pas explicitement dans l'évaluation préalable, alors que les innovations éventuellement proposées par les partenaires privés en matière de développement durable (choix de production d'énergie en particulier, choix des matériaux) pourraient être valorisées.

2. L'évaluation des risques pas assez détaillée ni méthodologiquement encadrée

La valorisation des risques reste un exercice délicat. Dans l'évaluation préalable du lot 3, avant l'actualisation des coûts de 2006, c'est la valorisation des risques qui permet de faire pencher l'analyse comparative des scénarios vers le contrat de partenariat plutôt que vers la conception-réalisation (cf. tableau 6). C'est donc un point crucial de la comparaison des différents scénarios, et du choix pour un contrat de partenariat. Pourtant, l'analyse des risques ne repose sur aucune donnée statistique, ces données étant encore inexistantes ou trop récentes et trop réduites. Dans l'évaluation préalable réalisée pour la réhabilitation de la maison d'arrêt de Paris-La-Santé⁷³, l'évaluation du risque de conception-construction se base notamment sur l'expérience acquise en matière d'assistance en maîtrise d'ouvrage par un cabinet d'études Algoé et sur certaines études anglaises et le point de vue d'acteurs britanniques sur les résultats des contrats de PFI, permettant d'établir des hypothèses sur l'occurrence de certains risques de retard. Mais ces données statistiques ne concernent que les délais et dépassements de coûts, et restent encore très limitées, ne permettant pas de fournir des éléments pour la valorisation de l'ensemble des risques.

⁷¹ Arrêté du 2 mars 2009 relatif à la méthodologie applicable à l'évaluation préalable à la mise en œuvre d'une procédure de passation d'un contrat de partenariat.

⁷² Article 2.I. de la circulaire du 17 juin 2004 : « (...) Cette évaluation comporte une analyse comparative de différentes options, notamment en termes de coût global hors taxes, de partage des risques et de performance, ainsi qu'au regard des préoccupations de développement durable. ». Article 1 de l'arrêté du 2 mars 2009 : « L'évaluation préalable (...) comporte les éléments suivants : (...) Analyse comparant les divers schémas juridiques retenus, comprenant (...) la prise en compte du développement durable. »

⁷³ « Evaluation préalable au lancement d'une procédure de passation d'un contrat de partenariat pour la réhabilitation de la maison d'arrêt de Paris-La-Santé », AMOTMJ, octobre 2006, procédure stoppée depuis.

Un certain nombre de points a été critiqué par la MAPPP dans son avis sur l'évaluation préalable du lot 3⁷⁴ à propos de l'évaluation des risques réalisée par l'APIJ. La mission d'appui regrette en effet que le risque d'interface construction-exploitation ne soit pas quantifié : c'est en effet un risque important et d'impact différent selon les scénarios. Quant aux autres risques cités par la MAPPP (risque de dépassement des coûts, risques liés au changement de réglementation, risque d'assurance), l'APIJ les considère comme non discriminants entre les scénarios, car de coût ou d'impact équivalent en conception-réalisation ou en contrat de partenariat. L'évaluation préalable ne précise pas de façon explicite les risques non quantifiés faute de données ou de méthodologie avérée, et les risques non quantifiés car non discriminants entre les solutions, ce qui nuit à la clarté de l'ensemble et ne permet pas de révéler le coût complet réel de chacune des solutions.

La mission d'appui a critiqué également le choix de l'indicateur retenu par l'APIJ pour le lot 3 : c'est en effet l'indicateur « eVar95%⁷⁵ », indicateur privilégiant les extrémités de la courbe de dispersion. Il amplifie donc le poids accordé aux risques extrêmes, et ainsi la prise en compte globale du risque sur les résultats, et transforme l'Etat, généralement considéré comme neutre au risque, en un acteur totalement averse au risque. L'APIJ justifie ce choix par l'extrême sensibilité des projets concernés, une résiliation des contrats dans le domaine pénitentiaire ayant des conséquences politiques et d'ordre public (risques pour la sécurité des établissements et la population civile) inacceptables justifiant une aversion au risque forte de l'Etat. Si l'APIJ n'a pas modifié ce choix d'indicateur dans son évaluation préalable du lot 3, elle n'a pas employé cet indicateur dans l'évaluation préalable suivante qu'elle a réalisée pour la réhabilitation de la maison d'arrêt de Paris-La-Santé. Celle-ci se base sur une fonction d'utilité normée permettant de quantifier l'aversion au risque de l'Etat. Ce choix semble mieux refléter le comportement de l'Etat qui ne devient averse au risque que pour des montants d'investissements importants (le coût à partir duquel l'Etat a des comportements d'aversion au risque est normé à 33 % du montant d'investissement).

L'évaluation préalable du lot 3 présente de toute façon plusieurs méthodologies de valorisation du coût global (moyenne des risques, espérance, utilité, « VaR95% » et « eVaR95% »), en précisant les valeurs du risque obtenues dans chaque scénario en utilisant chacune des mesures. Il apparaît que les valeurs absolues et les écarts entre scénarios sont assez différents d'une méthodologie à l'autre (le rapport entre la valeur du risque estimée pour le scénario conception-réalisation et la valeur du risque estimée en contrat de partenariat varie de 1,4 à 3,5 selon les mesures retenues). Cet éventail de valeurs démontre l'intérêt de formaliser un peu plus cette évaluation du risque (inciter par exemple à l'emploi systématique d'une ou deux mesures définies), au risque de se retrouver avec des évaluations très hétérogènes entre elles.

L'évaluation préalable réalisée dans le cadre du projet de construction de centres d'entretien et d'intervention par le ministère de l'écologie, du développement et de l'aménagement durables⁷⁶ présente une analyse de risques claire et didactique :

- l'ensemble des facteurs de risques des différentes étapes du projet (déroulement de la procédure, études, travaux, exploitation) est analysé ;
- chaque risque est caractérisé selon 5 niveaux (risque très faible à risque très élevé), et à chaque niveau de risque est associée une loi de distribution de probabilités ;
- la distribution de probabilités qui caractérise chaque niveau de risque permet de calculer l'espérance mathématique par application de cette distribution sur une courbe de surcoûts ou économies (données « à dire d'experts »). Le surcoût de chaque risque est égal à cette espérance mathématique multipliée par l'assiette d'impact du risque ;

⁷⁴ « Avis provisoire n°2006-2 portant sur le projet « Nouveaux établissements pénitentiaires (lot n°3) du ministère de la justice » », MAPP, 23 mai 2006 ; « Complément à l'avis provisoire n°2006-2 portant sur le projet « Nouveaux établissements pénitentiaires (lot n°3) du ministère de la justice » », MAPP, 26 juin 2006.

⁷⁵ VaR signifie « Value at Risk », indicateur d'évaluation du risque essentiellement employé dans le secteur financier et bancaire. L'« eVaR » accentue la répartition des risques extrêmes, et l'« eVaR95% » se focalise sur les risques intervenant dans 5 % des cas.

⁷⁶ « Construction de centres d'entretien et d'intervention, Evaluation préalable au recours au contrat de partenariat », Direction générale des routes, Sous-direction de la gestion du réseau, 18 septembre 2007. Contrat portant sur le financement, la conception-construction, et l'entretien-maintenance de 63 centres d'entretien et d'intervention routiers.

- des scénarii de profils de risques sont ensuite définis pour prendre en compte la dépendance des risques (augmentation de certains risques lorsque d'autres risques diminuent).

Le ministère de la défense a également procédé de cette façon très didactique et claire : après avoir déterminé l'allocation des risques pour chacun des scénarios, une loi de probabilités et des valeurs sont définies pour chaque risque. La dépendance des risques est ensuite prise en compte par une analyse de Monte-Carlo, et chaque scénario fait l'objet d'une courbe de coûts avec présentation de la valeur moyenne, de la variance, de la valeur à 95 %. Pour ce faire, le ministère de la défense s'est basé uniquement sur de l'expertise interne : les éléments de coûts sont issus d'un groupe de travail réunissant les experts ministériels sur le sujet, et les calculs et analyses de risques ont été effectués par l'équipe chargée de réaliser les évaluations préalables pour le compte du ministère de la défense dotée de spécialistes dans ce domaine.

Cette analyse se rapproche sans doute du type d'analyse et de méthodologie qui seraient nécessaires à l'ensemble des évaluations préalables. En particulier :

- l'ensemble des risques est étudié et caractérisé ;
- une distribution de probabilités est définie pour chaque niveau de risques, ainsi qu'une courbe de surcoûts ou économies associées ;
- la corrélation des risques est étudiée selon différents scénarii.

Les courbes de distribution sont assez standards et pourraient sans doute être raffinées ou précisées selon les risques, mais elles ont l'avantage d'être claires et lisibles. De la même façon, les courbes de surcoûts ou économies peuvent ensuite être précisées selon les informations disponibles (données à « dire d'experts », premiers retours d'expériences, données statistiques...). A partir des distributions estimées, le choix d'un autre indicateur que l'espérance mathématique pourrait également être fait (ou bien un indicateur supplémentaire, permettant une étude de sensibilité), mais l'espérance mathématique présente l'avantage de la simplicité et de la robustesse.

De façon théorique, l'administration devrait être capable, après avoir défini pour chacun des scénarios étudiés une matrice des risques qualitative (répartition entre les acteurs de l'ensemble des risques), de quantifier chacun des risques, puis de définir les éléments de corrélation entre les risques afin de quantifier la dépendance des risques. Ainsi, chacun des scénarios serait quantifié, hors risque, puis avec une fourchette de coûts du risque, et avec un coût de risque extrême. Seul l'ensemble de ces éléments peut permettre une véritable comparaison des différents scénarios de la commande publique. Or, la dépendance des risques est encore très peu valorisée⁷⁷. L'évaluation préalable réalisée par la direction générale des routes emploie une méthode alternative aux simulations de Monte Carlo, en travaillant de façon plus empirique sur la réalisation de scénarii de risques, ce qui pourrait s'avérer une piste intéressante pour les ministères ne disposant pas d'outils statistiques puissants. D'autre part, le choix de la loi de probabilité et de ses paramètres pour quantifier chacun des risques est déterminant pour le coût global du risque et le coût global des différents scénarios : or, des méthodes très diverses et hétérogènes sont utilisées d'une évaluation préalable à l'autre, même au sein d'un même ministère. Enfin, les résultats des paramètres de variance et de répartition des risques ne sont pas toujours explicités. Des améliorations en termes de méthodologie et de connaissances permettant la quantification des risques restent donc encore à faire : ceci nécessite avant tout la consolidation des données issues de l'expérience de l'administration pénitentiaire, et sans doute quelques éléments méthodologiques qui pourraient être fournis par la MAPPP (choix des indicateurs, paramètres permettant une meilleure lecture...).

⁷⁷ La valorisation de la corrélation des risques est réalisée dans l'évaluation préalable du lot 3, mais pas du tout explicitée, et traitée de façon très brève sans détail.

Un référentiel de la MAPPP recensant les méthodologies et indicateurs permettant la quantification du risque, et indiquant par exemple une ou deux mesures de référence, ou lesquelles privilégier et lesquelles éviter selon le type de projet serait sans doute utile pour parvenir à une certaine homogénéité et cohérence entre les différentes évaluations. La circulaire du 17 juin 2004 prévoit ainsi⁷⁸ : « *Chaque organisme expert élabore, dans son domaine de compétences, une méthodologie déterminant les critères d'élaboration de cette évaluation dans les conditions fixées par le ministre chargé de l'économie.* ». La formalisation de cette méthodologie est donc prévue et pourrait permettre des échanges intéressants entre les différents ministères concernés par ces procédures, et une avancée en terme méthodologique. La MAPPP pourrait sans doute servir de lieu d'échanges entre ministères, permettant la formalisation et la diffusion de bonnes pratiques et méthodologies.

L'évaluation préalable reste un exercice très difficile et finalement assez théorique : la comparaison de plusieurs modalités de construction et exploitation d'un bâtiment à un horizon de 30 ans semble réellement délicate, et repose forcément sur des hypothèses non vérifiables. Le contrat de partenariat reste une espèce de pari, dont le bilan positif pour les contribuables et les usagers reste à démontrer. C'est pourquoi la démonstration se doit d'être le plus précis et le moins contestable possible en se basant sur une méthodologie décrite et justifiée.

3. L'inadaptation des critères de notation des candidats : sous-pondération des services

Les critères de pondération de la notation des candidats pour l'attribution du lot 3 sont les suivants (cf. *supra* en partie II.B.1.).

Tableau 21 : Critères d'évaluation des offres de candidature pour le lot 3 et pondérations

Critère	Pondération	Commentaire
Coût global	35 %	VAN des composantes du loyer Robustesse financière et économique de l'offre
Respect des objectifs de performance fonctionnelle	25 %	Respect du programme fonctionnel, des surfaces utiles minimales, des contraintes du site, des exigences de sûreté active
Respect des objectifs de performance opérationnelle	15 %	Respect des exigences du cahier des charges relatives aux services et aux contraintes d'exploitation, pertinence de l'organisation et des ressources mises en œuvre
Délai	10 %	
Qualité de prise en charge du risque par le titulaire du contrat	10 %	Clauses de déchéance et de résiliation, étendue des recours de l'Etat, étendue des garanties, transfert du risque de conception
Part d'exécution du contrat que le candidat s'engage à confier à des petites et moyennes entreprises (PME) et à des artisans	5 %	Montant des prestations confiées à des PME et à des artisans en proportion du montant de l'ensemble des prestations assurées

Source : Données APIJ.

Pour les lots 1 et 2 d'établissements pénitentiaires en contrat d'AOT-LOA, la pondération des critères était la suivante :

Tableau 22 : Critères d'évaluation des offres de candidature pour les lots 1 et 2 et pondérations

Critère	Pondération
Coût global	35 %
Respect des objectifs de performance	35 %
Délai	15 %
Qualité de prise en charge par le bailleur	15 %

Source : Données APIJ.

⁷⁸ Article 2.I.

Seul le critère du coût global a conservé la même pondération, tous les autres critères ont été réparti différemment, leur nombre ayant augmenté. Le critère « respect des objectifs de performance » des lots 1 et 2 est scindé en deux parties pour le lot 3 : performance fonctionnelle, et performance opérationnelle. Pour les 3 lots, la robustesse financière (et le coût global) représente plus d'un tiers de la notation finale des candidats : c'est le critère largement prépondérant.

L'intégration des services à la personne dans le lot 3, par rapport aux lots 1 et 2, apparaît au travers du critère « respect des objectifs de performance opérationnelle ». Mais en sommant les pondérations des deux critères de performance, performance fonctionnelle et performance opérationnelle, on aboutit à une pondération de 40 %, soit seulement 5 % de plus que le critère global d'évaluation des objectifs de performance des lots 1 et 2. La part accordée aux services dans la notation des candidats pour le lot 3, qui n'apparaît qu'au travers de ce critère d'un poids de 15 %, ne représente donc qu'un poids minime pour l'évaluation des candidats. Or, le loyer des services (loyer S) représente environ 30 % du loyer global annuel versé par l'Etat au prestataire privé, la partie services du contrat représente une partie significative du contrat. Les critères d'évaluation des candidats reflètent donc mal l'équilibre du contrat et le poids des services.

Ainsi, c'est globalement toujours le candidat présentant une offre économiquement plus avantageuse qui sera privilégié, c'est-à-dire essentiellement les grosses entreprises leader sur le marché. L'effort du candidat proposant une organisation et une qualité de mise en place des services est très mal pris en compte et peu récompensé.

L'APIJ estimait les propositions en matière d'organisation des services difficilement valorisables dans la notation des candidats, car à la différence du projet fonctionnel qui fait l'objet de plans précis qui seront respectés, ou bien à la différence de la proposition financière qui sera inscrite au contrat, l'organisation en matière de services proposée par le candidat n'est pas inscrite dans le contrat. Ainsi, la proposition faite par le candidat dans son offre finale ne l'engage pas, elle peut d'ailleurs évoluer en cours de contrat. Néanmoins, il semble que l'investissement des candidats, les liens noués entre APIJ et candidats lors du dialogue compétitif, et l'intérêt des groupements à être honnête avec un partenaire avec lequel ils s'engagent pour 30 ans devraient suffire à assurer la puissance publique que les propositions des candidats correspondent bien à peu près à l'organisation qui sera mise en place, même si celle-ci peut évoluer (mais à priori, elle évoluera seulement si les deux partenaires y sont favorables, et dans le sens d'une meilleure efficacité). Cet argument ne semble donc pas suffire à justifier le faible niveau de prise en compte des propositions en matière de services à la personne des candidats.

A titre de comparaison, les critères de pondération retenus pour l'évaluation des offres du projet du Grand Stade à Lille Métropole, projet attribué en contrat de partenariat⁷⁹, sont donnés dans le tableau ci-dessous.

Tableau 23 : Critères d'évaluation des offres de candidature pour le Grand Stade Lille Métropole

Critère	Pondération
Coût global	35 %
Qualité de la proposition architecturale	20 %
Qualité du projet d'exploitation et de maintenance	15 %
Qualité multifonctionnelle du stade	10 %
Délai	5 %
Qualité de prise en charge du risque par le titulaire	10 %
Part d'exécution du contrat confié à des PME	5 %

Source : Avis d'attribution du marché Grand Stade, site internet www.lillemetropole.fr.

⁷⁹ Contrat de partenariat signé entre la Communauté urbaine de Lille Métropole et le groupement Eiffage (par le biais de sa filiale ELISA) le 15 octobre 2008.

Le contrat de partenariat pour ce projet confie au prestataire privé le financement, la conception-construction du stade, ainsi que l'exploitation, entretien et maintenance du stade. Aucun service à la personne n'est inclus dans le projet, mais on constate que les pondérations des critères prennent en compte de façon plus importante que dans le lot 3 pénitentiaire les aspects d'exploitation et de maintenance, et l'adaptabilité du stade à de multiples usages. En s'inspirant de cet exemple, on pourrait imaginer pour un lot d'établissements pénitentiaires les critères et pondérations suivants :

Tableau 24 : Proposition de critères d'évaluation des offres de candidature pour des établissements pénitentiaires

Critère	Pondération
Coût global	35 %
Respect des objectifs de performance fonctionnelle	20 %
Respect des objectifs de performance opérationnelle entretien-maintenance	15 % - 10 %
Respect des objectifs de performance opérationnelle services à la personne	10 %
Délai	5 % - 10 %
Qualité de prise en charge du risque par le titulaire	10 %
Part d'exécution du contrat confié à des PME	5 %

Source : Mission.

La créativité et l'innovation sont également très peu valorisées dans le processus de sélection des candidats. Le dialogue compétitif, dont l'objectif est de favoriser la créativité des candidats, permet effectivement généralement de faire émerger quelques bonnes idées. Mais le sentiment des candidats est que ces idées sont reprises par l'administration pénitentiaire dans le cahier des charges, mais ne valorisent nullement le candidat qui en est à l'origine. L'introduction d'un sous-critère mesurant l'innovation et la créativité du candidat pour chacun des critères de respect des objectifs de performance (performance fonctionnelle, et performance opérationnelle) pourrait permettre de rétablir une juste prise en compte et valorisation de ces points importants. Ainsi, même si l'utilisation de ces idées par l'administration pénitentiaire peut se justifier, le candidat qui en est à l'origine profiterait également de leur prise en compte.

Enfin, l'affichage détaillé des sous-critères de sélection et de leur pondération permettrait de gagner en transparence : les candidats auraient ainsi une meilleure vision sur les points forts et les points faibles de leur proposition, leur permettant d'adapter leurs offres pour d'éventuels prochains appels d'offres. Cet affichage permettrait de gagner en objectivité.

D. Le partage des risques et la gestion du contrat sont trop peu flexibles et facteurs de surcoût pour l'administration pénitentiaire

1. La tendance à transférer un maximum de risques vers le partenaire privé

Selon le rapport de l'OCDE pré-cité, le partage des risques pose problème dans un contrat de partenariat public-privé : en effet, les secteurs public et privé utilisent des méthodologies différentes pour attribuer un prix au risque de marché ; les entreprises privées ont tendance en particulier à retenir des taux d'actualisation plus élevés que le secteur privé en raison des primes de risques supérieures qui leur sont imposées. Et la concurrence serait essentielle pour assurer un transfert effectif du risque : en effet, en son absence, l'Etat assume le risque, quelles que soient les conditions prévues par le contrat de PPP. Il semblerait que pour ce prémunir contre cette tendance, l'administration pénitentiaire aurait plutôt cherché, à l'inverse, à réaliser un transfert très important de risques vers le secteur privé.

L'Etat, voulant tirer le maximum du transfert de responsabilité vers le secteur privé permis par la modalité du PPP, pourrait être tenté de faire porter une part importante du risque au secteur privé. Or, un tel déséquilibre des contrats au détriment du partenaire privé entraîne une augmentation du coût inefficace pour la personne publique. Notons que si le transfert de risques de l'administration vers le partenaire privé n'est pas suffisant, le montant du projet est compté comme dette « consolidante »⁸⁰ par Eurostat en comptabilité nationale et accroît donc le niveau de la dette publique, ce qui introduit un biais dans la détermination du partage des risques, l'Etat ayant intérêt à faire porter un risque important au secteur privé. Pour ce qui concerne le contrat de partenariat du lot 3, le risque de construction et le risque d'exploitation (disponibilité) étant transférés au secteur privé, le montant du projet devrait être considéré comme une dette déconsolidante⁸¹, mais aucune décision d'Eurostat n'a été prise sur ce sujet à ce jour.

C'est essentiellement à travers la rédaction du contrat que l'équilibrage des risques se fait. Le contrat proposé par l'Etat doit donc comprendre une rédaction très détaillée de l'ensemble des clauses opérationnelles et susciter la discussion en début de dialogue compétitif. Le contrat doit donc prévoir une palette complète d'instruments de règlement pré-contentieux : appareil de pénalités, réclamations préalables, demande de délais, modalités d'arbitrage, modalités de désignation d'un expert, etc. En effet, l'administration a intérêt à ne faire intervenir un juge administratif qu'en dernier ressort, celui-ci n'étant pas forcément le mieux placé pour examiner et juger ces dossiers très complexes. Aujourd'hui, des contentieux de passation de contrat sont en cours, mais encore aucun contentieux de l'exécution de contrat : l'expérience des contrats de partenariat est trop récente, et ne permet pas de disposer de suffisamment de recul pour connaître les bonnes pratiques et écueils à éviter dans la rédaction du rapport et le partage des risques en particulier.

Lors du dialogue compétitif du lot 3, seules des modifications mineures ont été discutées et intégrées dans le contrat concernant la répartition des risques : le schéma proposé par l'Etat n'a pas été remis en cause. En particulier, le partage des risques prévu dans le contrat, qui avait déjà conduit à la rédaction des lots 1 et 2, n'a pas été modifié. L'APIJ note lors de l'analyse des offres en vue de la préparation du dialogue compétitif sur la thématique des risques⁸² : « *les candidats font preuve d'une certaine retenue dans leurs propositions de modifications ; ils connaissent désormais précisément l'allocation des risques proposée et ils se sont, sur la majorité des points, adaptés aux exigences de l'AMOTMJ* », même s'il existe encore quelques points de divergence et des propositions de modifications. Au stade de la remise des offres finales, les candidats n'ont plus la faculté d'amender les clauses du projet de contrat de partenariat et de ses principales annexes aux fins de modifier la répartition des risques en découlant⁸³. Les candidats signent un acte d'engagement, qui prévoit l'acceptation de toutes les clauses du contrat de partenariat et de ses annexes. C'est une particularité des contrats de l'APIJ : dans les autres secteurs dans lesquels les contrats de PPP sont utilisés, le contrat est discuté entre les deux partenaires, il évolue en cours de dialogue, et il arrive que chaque candidat propose son contrat. Le cas pénitentiaire est donc particulièrement rigide pour les candidats. Les offres à l'issue du dialogue compétitif ne révèlent d'ailleurs aucune différence entre candidats en termes d'allocation du risque, et les quatre candidats ont été noté de façon similaire sur le critère du risque (note maximale de 20 pour chacun des candidats, seul critère noté de façon non discriminante). Finalement, la répartition des risques est en quelque sorte imposée par l'Etat dans le contrat, alors que l'Etat est plutôt susceptible de chercher à transférer un maximum de risque vers le partenaire pour éviter de faire apparaître le montant d'investissement comme dette consolidante. Or, le contrat de partenariat résulte en théorie de l'optimisation du partage des risques, chacun des partenaires portant le risque qu'il est le plus à même de porter. La répartition des risques proposée par l'Etat n'a donc peut-être pas forcément été optimisée entre les partenaires.

⁸⁰ Actif comptabilisé par l'autorité publique et non par l'opérateur ou le concessionnaire.

⁸¹ Selon une décision d'Eurostat du 11 février 2004. (Un actif engagé dans un PPP est déconsolidant pour la sphère publique si le risque de construction et l'un des risques d'exploitation (disponibilité, demande) sont à la charge du partenaire privé.)

⁸² Source : « *Préparation de la commission du dialogue du 6 avril 2007, Thème 4 : Prise en charge des risques par le partenaire* », AMOTMJ, 5 avril 2007.

⁸³ Source : « *Rapport de présentation* », AMOTMJ, février 2008.

Et en effet, on constate que certaines conditions contractuelles du lot 3 sont inhabituelles pour ce genre de contrats, et peuvent s'avérer rebutantes pour des entreprises de taille moyenne. On peut citer ainsi dans la répartition du risque définie dans le contrat :

- le risque d'obtention du permis de construire laissé à la charge du partenaire privé⁸⁴ ;
- le risque du recours à la signature du contrat, laissé à la charge du partenaire privé, ou dont les modalités de prise en charge nécessiteraient souvent une clarification⁸⁵ ;
- l'absence d'indemnité quel que soit l'ordre d'affermissement des tranches conditionnelles décidé par l'Etat⁸⁶ ;
- l'absence de souplesse sur le délai pour la réclamation des indemnités dues par le partenaire en cas de non respect du délai de mise à disposition des établissements (représentant une « double peine » pour le partenaire privé : portage de la dette lié au retard du paiement du loyer + pénalités de retard, voire une « triple peine » dans le cas du lot 1 en AOT-LOA pour lequel la période d'exploitation n'est pas fixe et se réduit donc en cas de retard) ;
- certains risques de sol : le risque écologique et archéologique laissé à la charge du partenaire privé⁸⁷ ;
- le risque d'évolution du taux après la signature du contrat laissé à la charge du partenaire privé, en particulier même avant la livraison des établissements⁸⁸.

Pour certaines entreprises de taille moyenne, le portage de certains de ces risques (comme le risque archéologique ou le risque de délais d'obtention du permis de construire) est tout simplement impossible, et le partage des risques tel qu'il existe dans le contrat du lot 3 par exemple n'est pas soutenable pour ces entreprises. Pour leur permettre de participer aux contrats de partenariat, la révision du partage des risques est donc impérative : un nouvel équilibre pour les risques mentionnés ci-dessus, avec des systèmes de plafonds (ou d'encadrement des taux par exemple entre la signature du contrat et la livraison de l'établissement), pourrait être envisagé.

⁸⁴ Article 5.3.2.2.ii. du Contrat de partenariat : « Un retard dans l'obtention du permis de construire ne constitue une cause légitime que s'il est dû à un retard dans la révision des documents d'urbanisme et si le partenaire a apporté la preuve qu'il a déposé le dossier de demande de permis de construire complet (...) ».

⁸⁵ Article 5.3.2.2.vii. du Contrat de partenariat : « Les recours des tiers ne constituent pas, en principe, une cause légitime. (...) ».

⁸⁶ Article 3.2.4. du Contrat de partenariat : « L'Etat fixe librement l'ordre d'affermissement des tranches conditionnelles, sans que cela ouvre droit à indemnité pour le partenaire. ».

⁸⁷ Article 3.3. du Contrat de partenariat : « Le Partenaire accepte les terrains dans l'état où ils se trouvent, sans pouvoir élever aucune réclamation ni recours de quelque nature que ce soit, et notamment pour des raisons de mitoyenneté, de défaut d'alignement, de mauvais état du sol ou du sous-sol. » ; Article 5.3.2.2.v. : « La découverte, postérieurement à la signature du contrat de partenariat, sur le site de construction d'un établissement ou à proximité de ce site, de caractéristiques écologiques ou de pollution des sols non révélées par les études préalables et pour lesquelles les lois et règlements en vigueur imposent des mesures de protection particulières ne constitue pas une cause légitime. » ; vi. : « La découverte, postérieurement à la signature du contrat de partenariat, de vestiges archéologiques sur le site de construction d'un établissement ne constitue pas une cause légitime. » Une exception à cet alinéa (« découverte de vestiges archéologiques majeurs, non révélés par les diagnostics archéologiques préalablement réalisés ») est cependant prévue si le partenaire apporte l'ensemble des preuves nécessaires. L'annexe 15 au contrat de partenariat précise les « limites de prestations des sites » et indique que les fouilles archéologiques et le traitement des terres excavées sont à la charge du partenaire privé.

⁸⁸ Le taux fixe du loyer d'investissement est en effet déterminé à partir des indices du jour de la signature du contrat, alors que celui-ci ne sera payé qu'une fois la construction achevée (les indices pouvant évoluer pendant toute la phase construction).

L'expérience de l'établissement de Nantes (premier établissement du lot 3) est à ce titre intéressante : le site s'est avéré miné, contrairement à ce que certifiait le ministère de la défense. Ce certificat assurait les deux partenaires que le risque de sol miné était écarté et n'était donc pas à prendre en compte. Le contrat de partenariat prévoit que le risque de sol est porté par le partenaire privé, et le déminage devrait donc être à sa charge. Mais le coût à supporter par la société titulaire du contrat (avec le retard impliqué) serait alors tel que la société serait mise en faillite. Celle-ci souhaite donc invoquer un vice de consentement en se basant sur le « faux » certificat. L'Etat devrait alors résilier le contrat, avec les coûts que cela implique. Le choix a donc été fait de régler le problème en pré-contentieux, et de préparer un protocole transactionnel : l'Etat prendra une partie des frais à sa charge. Ceci prouve bien que le transfert de certains risques à la charge du partenaire privé (même si celui-ci n'était pas clairement envisagé) n'est pas adapté et pas réaliste. En effet le partenaire privé ne peut tout simplement pas l'assumer financièrement et il s'avère au final coûteux, puisque valorisé dans le loyer, même si, sur ce dernier point, la concurrence sur le lot 3 a pu en limiter l'impact. Des systèmes de partage de risques, ou de franchises, semblent ainsi plus adaptés pour certains risques (types risques de sol exceptionnels).

L'analyse d'autres contrats de partenariats menés dans l'administration confirme que le partage des risques pourrait être revu dans ce sens. L'analyse de risques de l'évaluation préalable réalisée dans le cadre du projet de construction de centres d'entretien et d'intervention par le ministère de l'écologie, du développement et de l'aménagement durables⁸⁹ par exemple fait apparaître que :

- le risque de conception lié au terrain est partagé (sous forme de franchise) entre l'Etat et le partenaire privé ;
- concernant les risques liés au sous-sol lors de la construction, le risque archéologique est pris en charge par l'Etat, et le risque lié aux études géotechniques est partagé (sous forme de franchise) ;
- les risques d'inflation avant /après mise à disposition et le risque d'évolution du taux bancaire (indice) sont partagés.

Globalement, une certaine rigidité du contrat de partenariat est mise en avant par les partenaires privés, liée en particulier à la rigidité du mécanisme financier entraînant la fixation des montants des loyers le jour de la signature du contrat. Cette rigidité du mécanisme financier peut avoir pour conséquence l'impossibilité de réaliser certaines adaptations au programme en raison de la complexité d'inclure cette cotation dans un mécanisme financier déjà fixé.

Malgré ces ajustements de la répartition du risque, la nature de la dette (consolidante ou non au sens d'Eurostat) ne devrait pas être modifiée.

2. Une gestion de la performance beaucoup trop rigide et difficilement applicable pour les besoins de l'administration

La rigidité du contrat s'observe également dans la gestion des services. En effet, le contrat comprend un grand nombre d'indicateurs de performance et de contrôle de la qualité assez stricts assortis de pénalités en cas de non-respect. Ceux-ci font l'objet d'une annexe du contrat de partenariat, le « Programme d'entretien maintenance et services » (le « PEMS »), définissant les prestations et services, ainsi que les objectifs de résultats et indicateurs associés. Mais même si ce principe de définition d'objectifs, d'indicateurs et pénalités est absolument nécessaire pour entrer dans une logique de performance, son application dans le contrat est problématique. En particulier :

- les objectifs ne sont pas toujours réalistes ou applicables ;
- les objectifs ne correspondent pas toujours à un besoin de l'administration pénitentiaire ;

⁸⁹ « Construction de centres d'entretien et d'intervention, Evaluation préalable au recours au contrat de partenariat », Direction générale des routes, Sous-direction de la gestion du réseau, 18 septembre 2007.

- les indicateurs ne laissent pas de place à l'acquisition de l'expérience ou à l'ajustement mais sont d'application stricte et immédiate⁹⁰ ;
- les modalités pratiques ne sont pas prévues, laissant la charge au prestataire privé de spécifier l'objectif recherché et la méthodologie adaptée ;
- la capacité pratique de l'administration pénitentiaire à constater les défauts ou défaillances est problématique ;
- les montants des pénalités peuvent apparaître disproportionnés par rapport aux montants des loyers.

Lors de la procédure d'attribution du lot 3, certains candidats prestataires de services ont préféré prendre des provisions pour risques sur la non-atteinte de certains objectifs, pour lesquels ils jugeaient le respect des contraintes inscrites dans le PEMS incompatible avec le rythme de vie pénitentiaire. Ceci contribue à un surcoût porté de fait par l'administration pénitentiaire (à travers les loyers).

Le tableau suivant liste un certain nombre d'objectifs, indicateurs, ou niveaux de plage de tolérance difficiles à mettre en œuvre, à contrôler, ou à mesurer.

Tableau 25 : Exemples d'indicateurs de performance du PEMS⁹¹ pour le lot 3

Indicateur	Mesure de l'indicateur	Valeur de référence/ Plage de tolérance
Nombre de défaillances des menuiseries intérieures et extérieures-cloisons-doublages	Calcul du nombre de défaillances local par local	Absence de défaillance. Aucune place de tolérance
Température des locaux et débit d'air mesuré	Mesure réalisée avec un équipement normalisé sur un échantillon correspondant à 20 % des locaux ou espaces concernés	Température donnée variant en fonction de la température extérieure. Aucune plage de tolérance pour la température. Renouvellement d'air : valeurs variant d'un local à l'autre (18 valeurs différentes).
Nombre d'anomalies pour les équipements d'interphonie : - interruption ou perturbation de la communication établie au moyen d'un terminal - indisponibilité du réseau durant plus de 5 mn en cumul mensuel du fait des installations appartenant au partenaire - pas de prise en compte d'une demande de modification des brassages ou tout autre prestation de service 24 heures après la demande - mauvais fonctionnement du signal TV	Mesure par un contrôle mensuel portant sur au moins 20 % des cellules	Absence de défaillance. Plage de tolérance interphonie : 4 défaillances par mois ; Autres moyens de communication : 1 défaillance par mois ; Brassage et autres prestations : 0 défaillance par mois.
Indisponibilité des équipements d'ascenseurs, monte-charges et portes motorisées	Mesure du nombre d'heures cumulées dans le mois à partir des enregistrements de la main courante.	Plage de tolérance de 12 heures par mois, ou 2 anomalies par mois.

⁹⁰ A quelques exceptions près, comme l'indicateur pour le travail pénitentiaire par exemple, qui représente la première année 75 % du niveau exigé les années suivantes. Ce genre de plage d'acquisition d'expérience semble effectivement pertinent.

⁹¹ « PEMS 2, Définition détaillées des prestations et services. Objectifs de résultat et indicateurs associés » Annexe 9 du contrat de partenariat.

Indicateur	Mesure de l'indicateur	Valeur de référence/ Plage de tolérance
Anomalies dans la gestion des déchets	Anomalies détectées par des visites d'autocontrôle hebdomadaire par le partenaire dans les locaux de dépôts temporaire de déchets de chaque zone	Absence d'anomalies. Pas de plage de tolérance.
Grand nombre d'indicateurs pour le suivi de la restauration : nombre d'anomalies dans la conformité des menus, nombre de repas livrés présentant une anomalie (retard, composition, grammage, température, stock-tampon), nombre de jours d'anomalies sanitaires	Détection des anomalies mensuelle par autocontrôle du partenaire pour chaque indicateur, et par contrôle mensuel par organisme extérieur agréé par l'Etat à charge du partenaire.	Absence d'anomalies. Plage de tolérance pour le seul indicateur de la conformité des menus (2 anomalies)
Satisfaction de l'accueil téléphonique et physique (accueil familles) : nombre d'anomalies dans la réalisation du service constatées au cours du mois ; notation issue de l'enquête de satisfaction semestrielle	Nombre d'anomalies constatées dans le mois pour le service ; Notation sur 20 points issue d'une enquête semestrielle réalisée auprès d'un échantillon représentatif de famille et autres interlocuteurs désignés par le chef d'établissement, modalités de l'enquête proposées par le partenaire.	Note au moins égale à 10 et sans diminution supérieure à 2 points par rapport à la note précédente
Indicateur complexe pour la « maîtrise de la qualité de service et planification des prestations et des opérations d'autocontrôle » sommant un indicateur de mise à jour de documents relatifs à la stratégie et planification, un indicateur d'exécution des procédures prévues et non réalisées, un indicateur de satisfaction des utilisateurs et un indicateur de réalisation des opérations d'autocontrôle	Mesure trimestrielle	Valeur 0. Pas de plage de tolérance.

Source : Mission, à partir du « PEMS 2 » du lot 3.

Prenons un dernier exemple d'indicateur du contrat de partenariat du lot 3. L'indicateur de « conformité fonctionnelle de l'ensemble des installations » pour les « lots de finition »⁹² est constitué de trois valeurs : l'une représentant le nombre d'anomalies mesurées pour 20 m² de surface horizontale ou verticale⁹³, la seconde déterminant l'importance de la surface cumulée des anomalies affectant les surfaces horizontales et verticales⁹⁴, la troisième égale au nombre d'anomalies du fonctionnement standard des stores et rideaux. La mesure doit se faire par signalement ou par autocontrôle grâce à un échantillonnage portant sur 10 % de la surface couverte de l'établissement et 10 % de la surface non couverte, autocontrôle réalisé mensuellement. La plage de tolérance, pour les zones accessibles aux détenus, est de 20 anomalies pour le premier indicateur, 800 cm² pour le second, et 0 anomalie pour le troisième indicateur, plage au-delà de laquelle une pénalité s'applique. Ces objectifs et indicateurs ne sont ni aisés à mettre en œuvre pour le prestataire privé, ni simples à contrôler (notamment le calcul précis des surfaces en anomalie) pour l'administration pénitentiaire. Même si un tel système permettant d'objectiver et de mesurer l'état fonctionnel des locaux est indispensable, l'administration pénitentiaire et le prestataire privé devront sans doute se mettre d'accord sur les modalités pratiques de mise en œuvre de cet indicateur, et sur l'objectif réel recherché par l'administration (quel type d'anomalies est réellement problématique, quelles surfaces doivent être contrôlées en priorité...). Seule cette discussion, amenant éventuellement à des ajustements (plages de tolérance plus ou moins exigeantes selon les locaux, selon le type d'anomalies : simple tâche, ou problème d'étanchéité ne souffrant aucune tolérance...) permet de faire fonctionner de façon optimale le système des indicateurs et de la performance du contrat. D'autre part, le nombre de ces indicateurs, souvent pointus, parfois complexes à mesurer et à contrôler, est très important (le tableau ci-dessus n'en constitue qu'un extrait non exhaustif !) : une véritable organisation doit donc être mise en place par le personnel de l'établissement pour définir les priorités, le planning des contrôles, et les seuils éventuels de tolérance admis.

Les modalités de mesure et d'atteinte des indicateurs et objectifs prévus, ainsi que d'éventuelles courbes d'apprentissage ou plages de tolérance temporaires, devraient pouvoir être discutées entre le partenaire privé et l'administration pénitentiaire. Il semblerait que le système de performance soit plus traité comme un outil contractuel que comme un outil de management, alors que c'est bien le management de la qualité qui est visé. Ce biais est sans doute lié au fait que l'outil contractuel est rédigé principalement par l'APIJ, qui n'est pas l'utilisateur final des établissements pénitentiaires ni le futur partenaire quotidien des prestataires privés : nous développons ce point partie suivante, il semble qu'il puisse exister un décalage entre les objectifs de l'administration pénitentiaire et leur traduction sous forme de formules de calcul d'indicateurs définies et paramétrées par l'APIJ.

Concernant les pénalités, les montants des pénalisations liées au programme d'entretien maintenance et services sont prévus pour chaque type de dépassement de seuils d'indicateurs de performance, pour chaque type de prestation réalisé par le partenaire. Le système est complexe, avec un grand nombre de niveaux de pénalités différents. Les montants les plus élevés sont les pénalisations pour « sous performance limite d'usage » correspondant au dépassement d'un seuil plus élevé que la pénalisation courante. Pour certaines fautes touchant des équipements particulièrement sensibles, ce montant peut s'élever jusqu'à 10 500 €⁹⁵. Les pénalités pour le service travail pénitentiaire posent un problème particulier : les difficultés réelles des prestataires à atteindre les objectifs demandés les conduisent à provisionner le montant des pénalités. Ainsi, non seulement les entreprises privées sont en déficit sur cette activité, mais elles sont de plus pénalisées financièrement par l'administration pénitentiaire. Le niveau des objectifs à atteindre et/ou des pénalités liées devrait sans doute être revu pour ce service particulier.

⁹² Cf annexe 9 du contrat de partenariat du lot 3, « Programme d'Entretien Maintenance et Services 2^{ème} partie (PEMS2 », partie 2.1.

⁹³ Indicateur $I1 = \text{Nah}/(\text{Sh}/20) + \text{Nav}/(\text{Sv}/20)$ où Sh et Sv représentent les surfaces horizontales et verticales du local considéré, Nah et Nav le nombre d'anomalies affectant les surfaces horizontales et verticales respectivement.

⁹⁴ Indicateur $I2 = \text{Sah}/(\text{Sh}/20) + \text{Sav}/(\text{Sv}/20)$ où Sah et Sav représentent les surfaces cumulées (en cm²) des anomalies affectant les surfaces horizontales et verticales respectivement.

⁹⁵ Montant hors taxe à la valeur du 31 mai 2007, qui doit donc être actualisé selon un coefficient prévu (en annexe 11 du contrat de partenariat). Ce montant de pénalité correspond à 50 fois la valeur de pénalité courante la plus élevée (P4, qui vaut 250 €), il s'applique aux locaux de sécurité du PCI, selon l'annexe 9B du contrat de partenariat (PEMS1).

De façon plus générale, les niveaux relativement importants de ces pénalités pourraient représenter une réelle difficulté pour le montage financier de projets à venir. En effet, dans un contexte dans lequel les conditions de financement se font plus strictes, certaines banques préféreront sans doute refuser de tels projets dans lesquels les risques d'application des pénalités sont peu connus, mais les montants réellement élevés.

3. Le risque de décalage entre l'APIJ rédacteur des documents contractuels et l'administration pénitentiaire usager final peu présent en phase amont

L'autorité administrative maîtresse d'œuvre et en particulier responsable de l'attribution des PPP pour le ministère de la justice est l'agence APIJ. Mais l'administration utilisatrice des établissements est bien l'administration pénitentiaire. Le décalage entre les deux entités peut être source de difficultés.

L'ensemble de la procédure de passation du contrat de partenariat est pris en charge par l'agence APIJ pour le compte de l'administration pénitentiaire. Cette dernière est associée à la procédure, et notamment par le biais de la commission du dialogue compétitif, et en amont puisque le programme fonctionnel et technique des établissements est produit essentiellement par l'administration pénitentiaire. Néanmoins, elle n'est plus l'acteur central de la procédure d'attribution du contrat. C'est en particulier l'APIJ qui mène véritablement le dialogue compétitif et procède à la rédaction de l'ensemble des documents relatifs au contrat de partenariat. Le risque est que cet éloignement de l'administration pénitentiaire de la procédure conduise à un décalage entre les souhaits de l'utilisateur final de l'ouvrage et le produit final. D'autre part, une fois la procédure de passation du contrat achevée, l'APIJ reste l'interlocuteur essentiel, quasi-unique, du constructeur : l'administration pénitentiaire n'intervient quasiment pas pendant la phase de construction. Ce n'est en particulier que lors des réunions dites « d'atterrissage », de fin de chantier, que les futurs agents et la direction de l'établissement pénitentiaire découvrent leur bâtiment. C'est officiellement lors de la remise de l'ouvrage qu'elle devient le titulaire du contrat de partenariat avec le prestataire privé pour les 27 années d'exploitation de l'établissement. Ce fonctionnement présente incontestablement des avantages (cf. *supra* au III.A.), et n'a donc pas vocation à être remis en cause. Néanmoins, il pose aussi des difficultés lors de la phase de construction, en particulier pour le suivi du coût global du projet, et lors de la phase d'exploitation, ou du moins, lors de la prise en main de l'ouvrage par l'administration pénitentiaire, et pourrait ainsi sans doute être encore amélioré.

Durant la phase de construction, le suivi du coût global du projet ne semble pas forcément partagé entre l'APIJ et l'administration pénitentiaire. En effet, la vision de l'APIJ est celle d'un chef de projet, pas forcément tourné vers la phase d'exploitation et de fonctionnement, tandis que l'administration pénitentiaire, elle, n'est pas présente sur toutes les phases du projet et ne gère pas l'évolution du coût du projet. On peut craindre en particulier une multiplication des avenants en cours de contrat, et une répercussion de ces avenants non seulement sur les coûts d'investissement, mais également sur les coûts de fonctionnement.

Le coût-objectif défini par le ministère de la justice ne couvre que le coût de construction des établissements pénitentiaires (100 000 € la place en valeur janvier 2004). Les coûts annuels d'exploitation ne font pas l'objet d'un coût-objectif. Les coûts financiers du contrat de partenariat, qui représentent des montants non négligeables, ne sont pas non plus intégrés au coût-objectif. Ainsi, aucun coût-objectif global n'est défini pour les contrats de partenariat, ce qui entraîne un risque d'inflation des coûts de fonctionnement. L'impact de ce coût-objectif sur les coûts de fonctionnement n'est, lui, pas du tout pris en compte : en supposant que le prestataire surinvestisse pour réduire les coûts de fonctionnement, la fixation d'un coût-objectif pour les seuls coûts de construction n'est pas optimal. L'APIJ et l'administration pénitentiaire doivent donc s'efforcer d'intégrer au mieux le coût de fonctionnement dans la problématique de construction. Finalement, ce décalage entre APIJ et administration pénitentiaire entraîne une très faible visibilité pour l'administration pénitentiaire sur l'évolution du coût du projet et son coût final : les coûts finaux inscrits au contrat sont, comme nous l'avons vu (cf. *supra* IV.B.3.), assez éloignés des coûts présentés lors de l'évaluation préalable, et même après la signature du contrat, les montants des loyers continuent à évoluer (avenants au contrat, prise en compte de la sur-occupation... cf. le point IV.B.4.). Entre les coûts présentés en VAN lors de l'évaluation préalable, puis les montants des loyers analysés lors du dialogue compétitif, aucun indicateur ne permet à l'administration pénitentiaire de suivre l'évolution du coût du contrat : des efforts de visibilité sur le coût tout au long du projet (procédure, construction, livraison...) seraient certainement utiles pour un meilleur suivi et une meilleure compréhension du projet par l'administration pénitentiaire.

D'autre part, en phase d'exploitation du contrat, nous avons évoqué les difficultés d'appropriation d'un contrat rédigé essentiellement par l'APIJ qui peut s'avérer peu flexible et pas entièrement adapté aux contraintes quotidiennes de l'exploitation pénitentiaires. Il s'agit donc d'être particulièrement prudent afin d'éviter deux dérives principales au moment du transfert du contrat à l'administration pénitentiaire :

- transmettre à l'administration pénitentiaire un contrat technique et juridique complexe qu'elle ne maîtriserait pas totalement alors qu'elle devra le gérer pendant 27 ans ;
- mettre en place un système contractuel de gestion et de contrôle du prestataire privé (objectifs, indicateurs, pénalités) inadapté aux contraintes du quotidien et inefficace pour les besoins de l'administration pénitentiaire .

Pour éviter ces décalages, il faut absolument :

- associer au maximum l'administration pénitentiaire à la phase de projet, de construction, et à la rédaction du contrat et de tous les documents contractuels (associant la mission gestion déléguée et la DISP concernée) – même si l'administration pénitentiaire est déjà invitée à l'ensemble du dialogue compétitif et la DISP participe à des réunions de chantier en phase construction ; il s'agit plutôt de trouver de nouvelles formes d'association lui permettant d'être plus présente et plus active – ;
- tenir compte dans les documents préparés par l'APIJ des retours d'expérience de l'administration pénitentiaire sur les établissements les plus récents, y compris en cours de livraison (défauts de construction, matériaux inadaptés, difficultés éventuelles des contrats de gestion déléguée en cours...) ;
- doter l'administration pénitentiaire de compétences juridiques solides pour assurer le suivi du contrat, y compris au niveau local : la mise en place de compétences au niveau de l'administration centrale doit être déclinée au niveau régional et au niveau des établissements, sous forme sans doute de formations systématiques à destination de la direction des établissements concernés, qui se retrouvent confrontés à un métier totalement nouveau ;

- introduire plus de souplesse dans les mécanismes contractuels de gestion de la performance des prestataires privés : ajustement des dispositifs contractuels prévus sur une certaine période postérieurement à la livraison de l'établissement, définition avec le prestataire des modalités de mesure des indicateurs et objectifs, possibilités de laisser une marge de progression pour l'atteinte de certains objectifs.

Ce sont ces échanges et cette souplesse entre l'APIJ et l'administration pénitentiaire qui permettront d'adapter au mieux le projet formellement mené par l'APIJ aux besoins et nécessités de l'administration pénitentiaire.

E. Un contexte incitant à faire évoluer les conditions de financement

1. Le niveau de la cession de créances et la faible visibilité des coûts de financement

L'ordonnance du 17 juin 2004 sur les contrats de partenariat a introduit des dispositifs concernant l'utilisation de la cession de créances dans le cadre des contrats de partenariat⁹⁶. Ces dispositifs visent à spécifier le recours au régime plus général de la cession de créances dit « Dailly »⁹⁷. L'Etat apporte une garantie aux projets en contrat de partenariat en reconnaissant être le débiteur d'une dette ; en acceptant cette créance, il permet ainsi d'apporter sa garantie de paiement au financeur du projet et permet au partenaire industriel de ne pas inscrire cette dette à son bilan. La loi du 28 juillet 2008 a introduit un plafond aux cessions de créances des contrats des partenariat, limitant à 80 % la garantie de l'Etat⁹⁸.

Un des principaux risques portés par le partenaire privé dans le contrat de partenariat, le risque de résiliation, est largement reporté sur l'Etat par le mécanisme de la cession de créances : en effet, même en cas de sous-performance ou de résiliation, l'Etat garantit le recouvrement total de la part de l'investissement couvert par la cession de créances (soit, dans le cas du lot 3, 65 % des coûts d'investissement-financement). En contrepartie, l'Etat bénéficie d'un coût de financement plus faible. Le niveau de cession de créances arbitre donc entre deux objectifs : la minimisation du coût de financement et l'optimisation du transfert de risque. Il s'agit de trouver l'optimum entre un coût de financement et un coût de risque de résiliation évoluant en sens contraires. L'APIJ a choisi un niveau de 65 % : cependant, aucune analyse étoffée ne vient réellement justifier ce niveau pour le lot 3.

⁹⁶ Article L.313-29-1 du code monétaire et financier.

⁹⁷ Loi n°81-1 du 2 janvier 1981 dite « loi Dailly » facilitant le crédit aux entreprises ; articles L.313-23 à L.313-29 du code monétaire et financier.

⁹⁸ Code monétaire et financier, Article L.313-29-1 : « *Le contrat de partenariat ou le contrat mentionné au premier alinéa de l'article L.6148-5 du code de la santé publique peut prévoir qu'une fraction, n'excédant pas 80 % de la rémunération due par la personne publique au titre des coûts d'investissement, lesquels comprennent, notamment, les coûts d'étude et de conception, les coûts annexes à la construction et les frais financiers intercalaires, et des coûts de financement, peut être cédée en application des articles L.313-23 à L.313-29 du présent code. Dans ce cas, la créance cédée ne peut être définitivement acquise au cessionnaire qu'à compter de la constatation par la personne publique contractante que les investissements ont été réalisés conformément aux prescriptions du contrat.* »

Dans l'évaluation préalable réalisée par l'AMOTMJ pour la réhabilitation de la maison d'arrêt de Paris-La-Santé, une annexe vient expliciter la détermination du niveau de recours du projet⁹⁹. Ainsi, une courbe définissant le coût du contrat de partenariat en fonction du niveau de recours fait apparaître un minimum de coût autour de 60-70 % de niveau de recours (à un niveau de recours de 0 %, le coût du risque de résiliation est nul pour l'Etat mais le coût de financement très élevé ; pour un niveau de recours de 100 %, le coût de financement est très faible mais le coût de risque de résiliation entièrement supporté par l'Etat). Mais aucun calcul détaillé ne justifie les données numériques du graphique. Pourtant, il semblerait que l'administration pénitentiaire se situe plutôt dans une fourchette basse pour le niveau de ce taux, qui atteindrait souvent le plafond de 80 % dans un certain nombre de contrats de partenariat.

Cependant, ce niveau relativement bas est à nuancer : en effet, dans le domaine des contrats de partenariat, la cession de créances porte sur les coûts d'investissement et de financement. Or, le mécanisme « Dailly » a pour objet initial de créer une réserve de droit de propriété. Il semble donc particulièrement adapté à une construction, et moins à un coût de financement : l'Etat garantit en effet dans ce cas les intérêts bancaires, ce qui ne présente que peu d'intérêt et de pertinence. Ce choix a sans doute été fait en raison de la faible possibilité de distinguer coûts de construction et coûts de financement. Le montant pris en charge par l'Etat dans le cadre de la cession de créances représente donc une part plus importante que 65 % des coûts de construction : si les coûts de financement sont de l'ordre de 10 % des coûts de construction (ce que les données de l'évaluation préalable laissent apparaître), 65 % de l'ensemble des coûts d'investissement représentent alors environ 72 % des coûts de la construction.

Cette question de la cession de créances pose la question plus générale de la faible visibilité des coûts de financement. En effet, coûts de financement et coûts de construction, s'ils sont présentés de façon distincte dans l'évaluation préalable, sont de moins en moins distingués dans les différents éléments économiques et financiers de la procédure d'attribution du contrat de partenariat. Finalement, le mécanisme des loyers, pourtant bien normé, et distinguant différents types de services, confond coût de construction et coût de financement et opère un découpage entre loyer couvert par la garantie de cession de créances (loyer G – 65 % des coûts d'investissement), et loyer non couvert par la cession de créances (loyer F – 35 % des coûts d'investissement). Or, ceci ne permet pas d'assurer une visibilité sur le coût réel de construction de l'ouvrage, et donc la valeur du patrimoine acquis par l'Etat, ni sur les coûts de financement qui permettraient de mieux connaître le coût spécifique réel du contrat de partenariat.

Le ministère de la défense, lui, dans l'évaluation préalable réalisée pour le projet de mise à disposition d'une flotte d'hélicoptères pour la formation des pilotes à l'école de Dax, a demandé aux candidats de fournir des offres avec prise en compte d'un mécanisme de cession de créances, et sans prise en compte de ce mécanisme. Ceci a permis d'identifier le coût exact de la cession de créances pour l'Etat. Celle-ci représentant environ 3 % du coût de l'heure de vol d'hélicoptère (coût supplémentaire pour l'Etat en l'absence de cession de créances), soit un coût négligeable au vu du risque supporté par l'Etat en cas de cession de créances : le choix a été fait de ne pas y recourir. La cession de créances est particulièrement adaptée aux projets bâtimentaires, ce qui n'est pas le cas de ce projet équipementaire, pour lequel les coûts récurrents sont bien plus importants que les coûts d'investissement. Mais l'idée d'analyser des offres avec et sans mécanisme de cession de créances (au niveau auquel il serait vraisemblablement fixé dans le cas du projet) semble intéressante.

La loi n° 2009-179 du 17 février 2009 pour l'accélération des programmes de construction et d'investissement publics et privés maintient le plafond de 80 % pour la garantie que constitue l'acceptation de la cession par la personne publique¹⁰⁰.

⁹⁹ Annexe 4 : « Impact du niveau de recours sur la variation de coût d'un projet », « Evaluation préalable au lancement d'une procédure de passation d'un contrat de partenariat pour la réhabilitation de la maison d'arrêt de Paris-La-Santé », AMOTMJ, octobre 2006, procédure stoppée depuis.

¹⁰⁰ Article 12 – 1° : « Lorsque tout ou partie de la rémunération due en vertu d'un contrat de partenariat ou d'un contrat mentionné au premier alinéa de l'article L. 6148-5 du code de la santé publique au titre des coûts d'investissement, lesquels comprennent notamment les coûts d'étude et de conception, les coûts annexes à la construction et les frais financiers

Notons que l'augmentation du niveau de la cession de créances ne représenterait sans doute pas une solution aux turbulences rencontrées actuellement par le secteur bancaire. En effet, la difficulté principale est la recherche de liquidité, et le renforcement du niveau de la garantie de l'Etat ne permet en rien de résoudre cette difficulté. C'est donc vers d'autres types de montages financiers que des solutions doivent être cherchées.

2. La recherche de nouveaux montages financiers des projets

a) Les structures financières tendues proposées par les candidats au lot 3

Pour le lot 3, les montages financiers des sociétés ayant répondu à l'appel d'offre ont été analysés. Les ratios fonds propres/ dette et les TRI permettent de mesurer la sécurisation des financements bancaires et donc la robustesse financière des candidats. Le tableau suivant présente les valeurs des ratios fonds propres/ dette et les TRI attendus par les actionnaires des candidats, ainsi que les valeurs estimées lors de l'évaluation préalable de 2006 aux conditions économiques de 2004, puis de son actualisation en 2006 (ajustement d'un certain nombre de données suite au retour d'expérience issu des lots 1 et 2 et de l'avis de la MAPP).

Tableau 26 : Valeurs des ratios fonds propres / dette et des TRI proposés par les candidats à l'appel d'offre sur le lot 3

	Evaluation préalable 2004	Evaluation préalable 2006	Candidat 1	Candidat 2	Candidat 3	Candidat 4
Fonds propres/ dette	8/ 92 sans recours	10/ 90	5/ 95	5/ 95	7,37 / 92,63 (min 7 / 93)	5,3 / 94,7 (min 5 / 95)
TRI actionnaires	15 %	12 %	10,5 %	9,56 %	9,75 %	9,50 %

Source : Mission, à partir de l'évaluation préalable du lot 3 et du compte-rendu « Contrat de partenariat – Lot 3 : Commission du dialogue du 10 octobre 2007 – Critère coût global », AMOTMJ.

Les structures proposées par les candidats sont globalement plus tendues que celles des candidats aux lots 1 et 2 (plutôt proches de celles estimées par l'évaluation préalable). On constate que le ratio de fond propre/ dette est relativement faible : même le candidat 3, qui présente la valeur la plus élevée, est inférieur aux valeurs proposées par l'estimation préalable. Ceci place les sociétés candidates en situation de plus forte tension et de plus forte dépendance auprès de leur partenaire bancaire. De la même façon, les taux de rendement interne des fonds propres proposés par les candidats sont légèrement inférieurs à ceux qui étaient estimés dans l'évaluation préalable, valeurs susceptibles, donc, de créer une certaine tension auprès des actionnaires. L'institut de la gestion déléguée pointe d'ailleurs que : « *Le fait que les montages récemment envisagés pour certains contrats de partenariat ne prévoient que 5 % de capital est certes intéressant en termes de coût mais dangereux en matière de robustesse du projet.* »¹⁰¹.

L'annexe 4 du contrat de partenariat du lot 3 précise les conditions de financement du partenaire privé finalement retenues pour l'ensemble du lot. Il apparaît que sur les 249,509 M€ d'investissement (construction + coûts financiers et autres), 7,47 % sont financés en fonds propres. 92,53 %, soit 230,877 M€ sont donc financés par dette bancaire. Ces taux sont conformes à ceux prévus par le candidat 3, mais rappellent l'importance du partenaire bancaire dans le montage du projet.

intercalaires, et des coûts de financement, est cédé en application des articles L. 313-23 à L. 313-29 du présent code, le contrat peut prévoir que 80 % au maximum de cette cession fait l'objet de l'acceptation prévue à l'article L. 313-29. »

¹⁰¹ Source : Rapport « Le financement des PPP en France », Institut de la Gestion Déléguée, Rapport du groupe des banques et organismes financiers membres de l'IGD, octobre 2006.

Un rééquilibrage du montage des capitaux des groupes répondant à l'appel d'offres pourrait être demandé. En effet, aujourd'hui, les prêteurs sont en général majoritaires dans l'apport de capital, les entreprises de BTP en particulier ne plaçant pas plus de 20 % de capital. Le partenaire financier est donc celui qui peut imposer ses conditions.

b) Les montages financiers permettant de faire face à la crise ou de revoir les modalités du contrat de partenariat

Les conditions financières actuelles sont fortement dégradées par rapport à celles qui prévalaient lors de la signature du contrat de partenariat du lot 3, et la question des possibilités de financement pour un contrat qui serait signé aujourd'hui peut se poser. Le lot 3, en tout état de cause, n'est pas concerné par l'évolution des marchés financiers puisque le contrat a été conclu avec un taux fixe pour ce qui est du remboursement de l'investissement, et dans des conditions financières relativement optimisées. Or, dans un environnement budgétaire contraint, le gouvernement souhaite utiliser le recours aux partenariats public-privé comme un outil de relance de l'économie (maintien du niveau des investissements, accélération des délais de réalisation pour entrer plus rapidement en phase travaux, étalement de la charge budgétaire dans le temps, outil de déconsolidation de la dette). La loi de relance de l'économie du 17 février 2009 vise ainsi à favoriser le recours aux contrats de partenariat. Il s'agit donc d'être encore plus vigilant sur le choix et la décision de réaliser un contrat de partenariat : le potentiel de déconsolidation des PPP et l'encouragement à recourir à de tels contrats pourraient générer un comportement opportuniste. Le coût global du projet et les conditions – coûts et robustesse – de financement (pesant de façon importante dans le mode contrat de partenariat) doivent donc être analysés avec attention. En particulier, la maturité des marchés financiers se limite aujourd'hui sans doute à une dizaine d'années, la situation n'est plus aussi favorable aux emprunts à long terme. La question de la durée du contrat pourrait donc être posée. Celle-ci est cependant liée à la durée de vie de l'infrastructure, incluant le renouvellement de l'infrastructure.

Ainsi, de nouvelles modalités de montage de projet pourraient être imaginées. L'institut de la Gestion Déléguée, dans sa troisième initiative en faveur des partenariats publics-privés¹⁰², propose de pouvoir « *accepter un financement court terme avec un refinancement des projets en cours de contrat pour tenir compte de la difficulté des banques à prêter actuellement à long terme* ». Il s'agirait donc de découpler la durée du contrat et celle du financement initialement mis en place : une opération pourrait être financée par une dette à court-moyen terme (5-7 ans, selon la maturité du marché), refinançable au plus tard à son échéance par une dette à plus long terme. Ce genre de solution devrait être étudié attentivement, en raison des risques de rupture du contrat ou des risques de surcoûts : les modalités de partage des coûts ou gains additionnels du refinancement devraient en particulier être définies dès le départ entre les partenaires privé et public. D'autre part, la personne publique devrait pouvoir bénéficier de cette possibilité de refinancement à son initiative. Ainsi, l'Etat pourrait mieux maîtriser le financement du projet, et envisager de nouveaux modes de financement : l'introduction de fonds d'épargne, ou bien de financements obligataires. Ces possibilités de refinancement à l'initiative publique ou privée devraient être prévus dès l'origine dans le contrat. L'émergence de cette idée révèle les difficultés actuelles et la nécessité de trouver des solutions permettant une plus grande souplesse. Il s'agit également de bien différencier les difficultés liées à la conjoncture actuelle particulièrement défavorable, et les difficultés portant plus sur les modalités de fond du contrat de partenariat.

¹⁰² « *Troisième initiative PPP, Propositions de mesures pour le développement et le financement des PPP* », IGD, 4 décembre 2008.

Concernant le montage financier, d'autres idées émergent, sans lien nécessaire avec la conjoncture et la crise de liquidité actuelle. En particulier, le choix du partenaire financier pourrait se faire dans un second temps. La loi n° 2009-179 du 17 février 2009 pour l'accélération des programmes de construction et d'investissement publics et privés pré-citée (dite de relance) prévoit de nouvelles possibilités quant aux modalités de financement du contrat de partenariat : *« En 2009 et 2010, par dérogation aux articles 7 et 8 de l'ordonnance n° 2004-559 du 17 juin 2004 sur les contrats de partenariat et L. 1414-7 à L. 1414-9 du code général des collectivités territoriales, la personne publique peut prévoir que les modalités de financement indiquées dans l'offre finale présentent un caractère ajustable. »*¹⁰³. Le choix du partenaire financier et les modalités de sa participation et de sa prise en charge de la dette du projet peuvent donc être déterminés postérieurement à la remise de l'offre d'un candidat. L'objectif de cette réforme est de laisser au partenaire industriel un peu plus de temps pour le choix du partenaire financier, qui pourra ainsi se positionner sur une idée de projet un peu plus précise. L'Institut de la Gestion Déléguée (IGD), dans sa troisième initiative en faveur des PPP, propose comme mesure : *« Améliorer les procédures de passation des contrats de partenariat »,* et ceci comprend : *« permettre un affermissement des conditions financières et la finalisation du tour de table des financeurs après la sélection du candidat. En conséquence, ne pas imposer de clause d'exclusivité aux financeurs. Ces modalités incluraient une mise en compétition finale des financeurs afin d'assurer l'obtention des meilleures conditions de financement disponibles, avec un droit d'alignement pour les financeurs qui ont accompagné le candidat pendant toute la procédure. »*. Ceci permet aux entreprises nouvelles entrant sur le marché, et n'ayant donc pas de partenaire financier habituel, de disposer de plus de temps, après le dépôt de leur candidature, pour trouver ce partenaire. Ceci permet également, dans un contexte bancaire instable, de pouvoir changer de partenaire financier si les premières négociations en cours de montage de projet s'avéraient non concluantes. Au moment de la remise de l'offre initiale, le projet est suffisamment avancé pour que les besoins de financement soient plus clairs, et partenaires industriel et financier plus à même de se mettre d'accord sur un montage.

Une étape supplémentaire consiste à imaginer la possibilité d'organiser des appels d'offre distincts pour la construction et pour le financement. Ce type de montage permettrait non seulement de garantir une plus grande lisibilité des coûts, mais également d'optimiser les coûts de construction d'une part, et les coûts de financement d'autre part, en augmentant la concurrence sur chacun de ces marchés (objectif d'optimisation des conditions de financement déjà prévu par la proposition de l'IGD ci-dessus). Cependant, l'esprit de l'unicité du responsable de groupement du contrat de partenariat, avec tous ses avantages, est un peu perdu.

L'ensemble de ces idées pourra être analysé et leur impact chiffré par l'APIJ pour mieux estimer les possibilités et le coût de leur application au sein des contrats de partenariat. En effet, l'APIJ a lancé en décembre 2008 un appel d'avis public à concurrence pour une étude portant sur les coûts de financement des PPP : il s'agit à la fois d'analyser les performances en termes de coûts de financement des contrats de PPP en cours (lots 1, 2 et 3), et d'examiner les pistes d'amélioration des performances financières des PPP. L'étude pourra s'inspirer des contrats en France et à l'étranger, et chercher des pistes d'optimisation des coûts financiers en termes de montage contractuel, de clauses financières, de partage des risques. Elle pourra proposer de nouveaux types de structuration financière ou de recours au financement privé. Cette étude, qui se déroulera en 2009, devrait apporter de premiers éléments de réponse aux questions d'optimisation des montages financiers adaptés au contexte bancaire et financier actuel pour les PPP.

¹⁰³ Article 13. Suite de l'article : *« (...) Mention en est portée dans l'avis d'appel public à la concurrence. Le candidat auquel il est envisagé d'attribuer le contrat présente le financement définitif dans un délai fixé par le pouvoir adjudicateur ou l'entité adjudicatrice. À défaut, le contrat ne peut lui être attribué et le candidat dont l'offre a été classée immédiatement après la sienne peut être sollicité pour présenter le financement définitif de son offre dans le même délai. »*

F. Réflexion sur le périmètre optimal des services à inclure dans les contrats de partenariat

1. L'inadaptation du cycle de vie des services avec la durée du contrat

a) Le risque lié à la durée du contrat pour les services

Le PPP combine au sein d'un même contrat un grand nombre de services de types très différents. La question de la pertinence de cette association de services peut être posée. La généralisation de marchés passés en contrat de partenariat représente un risque d'évincement du marché d'un ensemble de petits entrepreneurs, PME, ou même entreprises nationales de taille moyenne, qui ne sauront répondre à des contrats aussi globaux et étendus que les contrats de partenariat actuels.

La définition d'un contrat de services sur une longue durée (27 ans d'exploitation) introduit une problématique particulière vis-à-vis des services à la personne. L'association des services et des futurs gestionnaires de ces services dès la conception du bâtiment est certes intéressante pour un certain nombre de fonctions, la restauration par exemple pour une conception de la cuisine la plus adaptée à l'usage que le prestataire souhaite en faire. Mais on peut se demander jusqu'où va cette synergie, si tous les services sont concernés, et quel gain quantifiable en ressort. Le cycle de vie des services n'est en effet pas le même que celui des bâtiments, comme déjà évoqué, et l'expression des besoins en matière de services à la personne est plus volatile, ces domaines étant susceptibles d'une évolution importante de la demande qualitative ou quantitative liée à l'évolution des modes de vie ou des modes d'exploitation pénitentiaire et d'une évolution de la productivité.

L'évolution de la définition des services, si aucune pression concurrentielle ne pèse sur le prix des prestations, présente le risque de générer un décalage croissant par rapport au coût du marché du fait du caractère non concurrentiel du prix des avenants qui seraient alors passés. Le contrat comporte donc une procédure d'adéquation périodique du prix des services comparés ouvrant à l'Etat des possibilités de modifier ses exigences, c'est-à-dire de redéfinir le niveau de qualité et de prix des services à la personne attendu au cours du contrat¹⁰⁴.

b) Difficultés et limites de la procédure d'adéquation périodique des prix des services comparés – Interprétation juridique

Cette procédure particulière introduit une certaine flexibilité dans le contrat, évitant de lier l'Etat à un niveau de prix fixé pour une durée non pertinente dans le cas de services à la personne. Cependant, cette procédure peut s'avérer lourde et ses possibilités restent limitées. En particulier :

- la procédure ne permet pas la séparation d'un ou de plusieurs service(s) particulier(s), et ne peut être appliquée que pour l'ensemble des services à la personne, alors que certains sont sans doute plus volatiles et évolutifs que d'autres ;
- la procédure ne peut pas intervenir avant la 9^{ème} année du contrat ;
- la procédure, assez structurée, ne permet pas une grande liberté de fixation des prix à l'Etat ;
- la mise en concurrence n'intervient que comme étape ultime, si deux étapes de négociation ont échoué auparavant, laissant supposer que l'Etat et le prestataire privé auront su trouver un accord avant cela ;
- en cas de mise en concurrence, l'Etat devra gérer une interface supplémentaire, avec les inconvénients et coûts que cela représente (même si le prestataire retenu à l'issue de la mise en concurrence intervient comme sous-traitant du partenaire initial du contrat de partenariat) ;

¹⁰⁴ Cette procédure est décrite en partie II.B.2. Elle fait l'objet de l'article 8.3. du contrat de partenariat et elle est détaillée de façon précise dans son annexe 20.

- la possibilité d'être remis en cause sur certains services peut conduire le prestataire à conduire des politiques de prix stratégiques, et à reporter sa marge sur des services n'entrant pas dans la procédure, faussant la réalité des coûts et ne permettant plus de lisibilité des prix ;
- des problèmes techniques et juridiques sérieux risquent de se poser en cas de changement de prestataire : le nouveau prestataire retenu devrait en effet entrer dans un contrat déjà signé par le groupement initial (même si le contrat prévoit bien que les services comparés sont isolés dans un contrat spécifique distinct du contrat entretien-maintenance¹⁰⁵), et cette substitution de deux acteurs peut modifier le montage financier du groupement de façon importante et pourrait donc tout à fait ne pas être acceptée par le partenaire bancaire.

Plus précisément, concernant les risques liés à la procédure, la Direction des Affaires Juridiques (DAJ) du ministère de l'économie, de l'industrie et de l'emploi a analysé, à la demande de la mission, les éventuelles difficultés juridiques que pourrait soulever la mise en œuvre de cette procédure (cf. pièce jointe à cette annexe)¹⁰⁶. Deux interprétations des documents contractuels ont été étudiées par la DAJ.

Selon la première interprétation qui se fonde sur l'article 8.3.4. du contrat de partenariat lui-même, la procédure fait seulement obligation au titulaire du contrat de partenariat de remettre en concurrence des missions de prestations de service visant à substituer aux fournisseurs et prestataires actuels d'autres fournisseurs ou prestataires. Dans ce cas de figure, l'exécution des prestations de services prévues au contrat de partenariat relève de la seule responsabilité du titulaire du contrat, et la mise en œuvre de la procédure permettant de garantir le meilleur prix à l'Etat s'inscrit dans ce cadre. Le contrat passé entre le titulaire du contrat et son (ses) prestataire(s) de services est un contrat de droit privé régi par les dispositions du code de commerce. Le titulaire peut, comme le prévoit le contrat de partenariat, s'inspirer des règles du code des marchés publics dès lors que ces règles ne font que compléter celles du code de commerce et n'y contreviennent pas.

Selon la seconde interprétation, le titulaire sortant devrait organiser une procédure de mise en concurrence conduisant à sélectionner son propre successeur sur les services considérés, ce qui présente des difficultés juridiques. Certains éléments des annexes du contrat vont dans le sens de cette seconde interprétation. Le contrat prévoit toutefois que le texte du contrat lui-même prime sur celui des annexes¹⁰⁷, c'est pourquoi la DAJ ne privilégie pas cette seconde interprétation (cf. pièce jointe pour plus de précisions).

Enfin, la DAJ pointe les difficultés que pourrait poser la résiliation du contrat de partenariat. En effet, si l'obligation de remise en concurrence conduit à la conclusion d'un nouveau contrat entre la personne publique et un nouveau prestataire ou si cette phase échoue, le contrat de partenariat est partiellement résilié en ce qui concerne les services concernés. Or, la part de ces services représentant une part substantielle de l'ensemble des missions confiées au titulaire du contrat, la résiliation partielle du contrat pourrait remettre en cause l'économie globale du contrat de partenariat. Enfin, l'obligation pour l'Etat d'indemniser le titulaire du contrat pose la question de l'intérêt économique et de la pertinence de la procédure.

¹⁰⁵ Ainsi, le contrat comprend, en annexe 20B-b, un contrat spécifique passé entre le groupement maître d'ouvrage Théia, et le prestataire de services comparés (Théia FM, Sogeres, Préface) pour la réalisation des prestations de services entrant dans la procédure d'adéquation périodique des prix des services comparés.

¹⁰⁶ Note de la DAJ pour l'IGF en date du 18 mars 2009.

¹⁰⁷ Article 11.14 du contrat de partenariat.

L'objectif de la procédure est essentiellement de mettre le prestataire sous tension concurrentielle afin que le mécanisme de comparaison des prix soit réellement efficace et optimal, en évitant une adaptation du contrat par de simples avenants qui ne seraient pas conclus dans un cadre concurrentiel. Or, si l'Etat n'a pas d'intérêt réel à aller jusqu'au changement de prestataire qui représenterait un coût important (non seulement l'indemnité pour résiliation, mais aussi le risque d'infructuosité de l'appel d'offre, voire d'échec de la procédure, le coût d'entrée pour un nouveau prestataire, la gestion de l'interface...), le prestataire ne sera pas sous réelle tension concurrentielle, et les négociations ne seront pas optimales et ne se feront pas en faveur de l'Etat.

Notons que le périmètre des services touchés par cette procédure a évolué au cours du dialogue compétitif (inclusion du travail pénitentiaire, de la cantine, exclusion du transport), prouvant que la procédure est encore non testée, relativement novatrice (inspirée de pratiques britanniques), et peut-être encore susceptible d'être améliorée.

L'existence de la possibilité de remise en concurrence des services à la personne a obligé les partenaires à distinguer précisément les infrastructures et les consommations liées aux services inclus dans la procédure et celles qui ne le sont pas, afin d'éviter tout litige concernant le coût ou la responsabilité entre deux éventuels futurs prestataires distincts. Cette possibilité complexifie donc le contrat dont un des grands intérêts est de confier l'ensemble des prestations à un prestataire unique.

c) Autres solutions pour faire évoluer les prestations en cours de contrat

Le ministère de la défense, lui, dans le contrat de partenariat passé pour le projet de mise à disposition d'une flotte d'hélicoptères pour la formation des pilotes à l'école de Dax déjà évoqué, a rencontré la même difficulté : ce contrat est avant tout (et plus encore que les contrats de partenariat pénitentiaires à forte teneur bâtiminaire) un contrat de services, signé pour 22 ans, alors que les besoins de formation du ministère de la défense peuvent évoluer de façon importante, quantitativement comme qualitativement, sur une si longue période. Il a donc mis en place un système d'évolutivité du contrat. Chaque candidat, lors du dialogue compétitif, a du proposer non seulement le prix correspondant au service défini par le ministère, mais également une grille de prix plus étendue variant en fonction du nombre d'hélicoptères et du nombre d'heures de vols à fournir : c'est la « formule de révision des prix ». Le contrat prévoit que tous les trois ans, le ministère de la défense puisse redéfinir les objectifs du service souhaité, en fonction du nombre de machines et du nombre d'heures de vols annuelles. Le prix qui s'applique est alors déterminé à partir de la formule de révision des prix qui avait été définie avec le candidat retenu.

Cette solution ne règle pas le problème d'une évolution des prix par rapport au coût du marché, mais représente une solution pour gérer l'évolution des besoins de l'administration, même si ces besoins ne peuvent évoluer que dans un cadre limité et défini par avance (excluant ainsi toute évolution qui n'aurait pas été prévue au moment de la signature du contrat). Néanmoins, ce type de formule de révision des prix pourrait être utilisé en complément de la révision périodique d'adéquation des prix des services comparés pour des services comme le travail et la formation pénitentiaires par exemple. Les candidats pourraient s'engager sur des prix de référence en fonction du volume et du type de travail ou de formation. L'administration pénitentiaire aurait alors la possibilité périodique de redéfinir ses objectifs et ses besoins, et un nouveau prix du service serait défini à partir de la formule de révision de prix pré-déterminée. L'avantage de ce système est que les prix sont déterminés alors que les candidats sont encore soumis à la concurrence, lors du dialogue compétitif : ils sont donc sans doute plus avantageux que des prix qui seraient revus au cours du contrat par avenant. Ce système permet une flexibilité supplémentaire par rapport au mécanisme de révision périodique d'adéquation des prix des services comparés qui ne peut intervenir que tous les 9 ans et pour l'ensemble des services inclus dans le contrat.

2. Des coûts des services plus élevés en contrat de partenariat qu'en gestion déléguée

Les coûts des services observés par l'administration pénitentiaire dans les contrats de gestion déléguée en cours ont servi de base à l'APIJ pour déterminer le coût-objectif des services utilisé dans l'évaluation préalable. Compte tenu de la forte hausse des coûts observée entre l'évaluation préalable et le début du dialogue compétitif (cf. partie IV.B.), la question de la comparaison entre les coûts des services des contrats de gestion déléguée et les coûts finalement retenus pour les services du contrat de partenariat peut être posée.

Le tableau ci-dessous reprend les coûts des services facturés par un prestataire privé à l'administration pénitentiaire dans le cadre d'un contrat de gestion déléguée récent pour trois établissements, Béziers, Roanne, et Lyon (réalisés en AOT-LOA), choisis en raison de leur nombre de places comparable à celui des établissements du lot 3 (respectivement, 810 places, 600 places et 690 places).

Tableau 27 : Coût des services facturés par le prestataire privé dans le cadre du contrat de gestion déléguée de trois établissements pénitentiaires

Coût annuel en € HT	Béziers	Roanne	Lyon	Total 3 EP
Prestations de services à l'immeuble	15 000	15 000	15 000	45 000
Services aux personnes	3 112 900	2 547 700	2 785 500	8 446 100
Management du marché	342 500	337 200	337 300	1 017 000
Coût du service général	346 100	282 200	301 100	929 400
TOTAL	3 816 500	3 182 100	34 38 900	10 437 500

Source : Contrat de gestion déléguée GEPSA, 2008.

Le contrat de gestion déléguée ne comprend pas la maintenance, ce qui rend le coût des prestations de services à l'immeuble difficilement comparable avec celui du contrat de partenariat (loyer I). En revanche, le périmètre des services à la personne du contrat de gestion déléguée est tout à fait comparable à celui du contrat de partenariat. Le montant du coût des services à la personne ci-dessus peut donc être comparé au montant du loyer S du contrat de partenariat. Ce montant s'élève dans l'offre finale du candidat retenu à 12 303 000 euros HT (cf. tableau 12), soit un montant bien plus élevé que le montant des services à la personne pour trois établissements ci-dessus de 8 446 100 euros. Même si le loyer S inclut éventuellement une partie du coût de management et du coût du service général, il pourrait être comparé au maximum au montant total du coût des services ci-dessus (moins les prestations de services à l'immeuble), soit 10 392 500 euros. Le montant prévu par le contrat de partenariat semble donc supérieur au coût facturé dans les contrats de gestion déléguée.

Certains éléments doivent cependant être pris en compte dans cette comparaison pour la préciser. Tout d'abord, la taille des marchés du lot 3 en PPP et de la gestion déléguée n'est pas la même en terme de nombre d'établissements (le marché de gestion déléguée considéré ici couvrant 5 sites), ce qui entraîne un biais difficile à quantifier (en termes d'économies d'échelle notamment, en particulier pour les coûts de management du marché, répartis sur un moindre volume de services dans le cas d'un marché plus réduit). D'autre part, la durée des deux contrats est significativement différente : les effets des formules d'indexation et de la durée des contrats jouent certainement, mais sont difficiles à mesurer et n'ont pas été pris en compte ici. Enfin, le lot 3 PPP recouvre, en plus des 3 établissements, des missions de restauration et d'hôtellerie sur le site de Nantes pour 8 établissements à proximité, soit un total de 1 336 places desservies en supplément. Les coûts pris en compte pour le lot 3 PPP peuvent donc être corrigés de l'effet desserte extérieure pour ramener les chiffres sur une base comparable.

Une fois le coût de la restauration et de la blanchisserie corrigés de l'effet de desserte centrale assurée par l'établissement de Nantes, il apparaît que les coûts des services à la personne du lot 3 sont globalement du même ordre de grandeur que ceux de la gestion déléguée, avec tout de même des écarts importants sur certaines fonctions, et selon les offres des prestataires observées. Ainsi, l'offre de loyer de GEPSA pour le marché de gestion déléguée est effectivement inférieure au loyer du lot 3 PPP, et même à sa propre offre proposée lors de sa réponse au lot 3, tandis que l'offre remise par l'entreprise Idex pour le marché de gestion déléguée est supérieure à l'offre faite par cette même entreprise pour la réponse au lot 3 sur les services à la personne¹⁰⁸. L'écart en loyer des offres retenues pour les services à la personne est tout de même de l'ordre de 5 à 10 % en faveur du marché de gestion déléguée avec des écarts entre services : plus précisément, le coût de la restauration est inférieur de 5 % dans le marché de gestion déléguée par rapport au lot 3 PPP, alors que le coût du service « travail pénitentiaire » est inférieur de 70 % dans le marché de gestion déléguée par rapport au lot 3 PPP¹⁰⁹.

Ces écarts révèlent tout d'abord l'impact des conditions économiques concurrentielles sur le marché, GEPSA ayant sans doute fourni un effort significatif pour le marché de gestion déléguée au vu de ses échecs sur des marchés précédents et du niveau de la concurrence. La comparaison révèle surtout l'effet de la durée du contrat sur le coût de certains services : en particulier, si le coût de services comme la restauration ou la blanchisserie semble du même ordre de grandeur pour un marché de gestion déléguée et pour un marché de PPP, il semble inefficace d'intégrer les fonctions formation professionnelle et travail pénitentiaire dans un contrat de longue durée, services représentant de telles incertitudes pour le prestataire qu'il entraîne nécessairement un provisionnement et une facturation des risques pris par le gestionnaire pour l'évolution des services sur une si longue durée.

Les prochains contrats de gestion déléguée permettront sans doute de valider ou non ces premiers éléments de comparaison de prix entre marchés de gestion déléguée et contrats de partenariat.

3. L'absence de synergies fortes liées à l'intégration des services à la personne au sein du contrat

Il semble qu'aucune étude (et en particulier, pas l'évaluation préalable au lot 3) ne cherche à comparer les contrats de type AOT-LOA (c'est-à-dire incluant un certain nombre de services bâtimentaires, mais pas de services à la personne) aux contrats de partenariat incluant des services bâtimentaires et services à la personne. Il est vrai que l'administration ne bénéficie à ce jour d'aucun retour d'expérience sur la qualité et le coût des prestations des deux modalités. Les questions centrales permettant cette analyse sont les suivantes :

- l'inclusion des services à la personne entraîne t'elle une rétroaction sur la conception (conception intégrant de façon plus optimale, plus en amont, des problématiques de services à la personne, permettant des économies de fonctionnement par la suite) ? – Les premiers éléments issus du programme du lot 3 laissent à penser que la conception des bâtiments ne diffère pas de celle des lots 1 et 2, aucune rétroaction sur la conception n'étant visible : les candidats à l'appel d'offres du lot 3, libres de dimensionner les locaux fonctionnels (restauration, buanderie...), se sont très peu écartés des dimensions qui avaient été indiquées à titre d'information par la personne publique, dimensions qui étaient celles de locaux d'établissements classiques dans lesquels les services ne sont pas gérés par le concepteur de l'établissement¹¹⁰. Des adaptations de surfaces ont été intégrées dans les offres finales des candidats pour les ateliers de formation-travail, mais elles restent marginales ;

¹⁰⁸ Source : Note APIJ réalisée à la demande de la mission, « Comparaison des coûts entre les services des contrats de gestion déléguée et ceux des contrats de partenariat », mars 2009. Données de coût annuel valeur juin 2008 pour les services à l'occupant + supervision du contrat, corrigé de l'effet cuisine et blanchisserie centrales pour le lot 3 PPP. Coût annuel lot 3 PPP : 4 644 € HT/ détenu ; Marché de gestion déléguée Est : 4 506 € HT/ détenu ; Marché de gestion déléguée Ouest : 4 887 € HT/ détenu. Offre GEPSA sur le lot 3 PPP : 5 208 € HT/ détenu. Offre Idex sur le lot 3 PPP CP Lille : 4 747 € HT/ détenu ; Offre Idex marché de gestion déléguée MA Rennes : 4 839 € HT/ détenu. Offre GEPSA sur le lot 3 PPP CP Lille : 4 991 € HT/ détenu ; Offre GEPSA marché de gestion déléguée MA Rennes : 4 731 € HT/ détenu.

¹⁰⁹ Source : Note APIJ réalisée à la demande de la mission, « Comparaison des coûts entre les services des contrats de gestion déléguée et ceux des contrats de partenariat », mars 2009.

¹¹⁰ Source : CR de la commission du dialogue compétitif du 6 avril 2007.

- des synergies apparaissent-elles entre les différents types de services gérés par un prestataire unique, permettant d'obtenir un meilleur rapport qualité-prix de l'ensemble des services ? – Dans l'évaluation préalable du lot 3, aucune synergie n'a été prise en compte pour l'intégration des services à la personne dans le contrat, et les coûts des services à la personne issus des offres finales des candidats à l'appel d'offres ne font pas apparaître de différences avec les coûts-objectifs de l'administration pénitentiaire issus des contrats de gestion déléguée. Il semblerait même plutôt, comme évoqué *supra* (partie IV.F.2), que les coûts du contrat de partenariat du lot 3 soient plus élevés que ceux des contrats de gestion déléguée pour les services à la personne ;
- l'inclusion des services à la personne au sein d'un contrat global tel que le PPP réduit-elle le nombre de groupements d'entreprises susceptibles de répondre à un appel d'offres ? – On peut supposer que des entreprises spécialisées dans les services à la personne pourraient répondre à des appels d'offres de contrats en gestion déléguée mais ne sont pas de taille à s'associer pour répondre à un appel d'offres d'un contrat de partenariat. Cependant, les entreprises intervenant dans le secteur particulier des établissements pénitentiaires sont peu nombreuses et connues sur le marché : les entreprises présentes sur le marché des contrats de gestion déléguée se sont associées aux grands groupes bâtimentaires et ont toutes participé à l'appel d'offres du lot 3. A l'inverse, tous les groupements qui avaient participé aux appels d'offres des contrats en AOT-LOA se sont présentés à l'appel d'offres du lot 3, plutôt intéressés par cette extension du périmètre du contrat. En revanche, cette extension de périmètre pose problème aux entreprises de taille moyenne, pour lesquelles l'ajout de services éloignés de leurs compétences et de leur cœur de métier (en particulier, le travail et la formation) est difficile à gérer, voire peut s'avérer suffisamment problématique et pénalisante pour les dissuader de participer à un tel appel d'offres ;
- les services à la personne sont-ils adaptés à une durée de contrat de 27 ans ? – La mise en place de la procédure d'adéquation périodique du prix des services comparés prouve qu'un risque réel de dérive des besoins et des prix existe, et qu'une durée contractuelle de 9 ans serait plus adaptée.

Le point de l'intégration des services à la personne au sein du contrat a été soulevé lors du dialogue compétitif : « *La globalité du contrat pourrait également conduire à une optimisation des process, mais le sujet est d'une telle complexité que les candidats se sont montrés conservateurs. Ainsi, pour de futurs contrats, il conviendra de s'interroger sur le maintien ou non d'un périmètre large des services.* »¹¹¹. Le contexte pénitentiaire laisse en effet peu de degrés de liberté dans l'élaboration des différents locaux et dans l'organisation des services à la personne, ce qui réduit les possibilités de gains ou d'innovations dans ces domaines. Aucune possibilité de recette annexe n'est par exemple envisageable dans le domaine pénitentiaire, comme cela peut être le cas pour d'autres types de PPP.

¹¹¹ Source : CR de la commission du dialogue compétitif du 6 avril 2007.

L'intérêt de l'inclusion des services bâtimentaires au sein du contrat de conception-réalisation semble démontré, celle-ci permettant de réels gains quantifiés dans l'évaluation préalable. On peut toutefois regretter que l'évaluation préalable et le contrat de partenariat n'aient pas cherché à estimer le maintien de la valeur patrimoniale que devait assurer le partenaire privé. En particulier, le seul élément figurant dans le contrat de partenariat¹¹² reste très peu précis : « *Les objectifs de l'ensemble de ces prestations sont les suivants : (...) remettre les établissements à l'Etat au terme de chacune des tranches, dans un état tel que l'Etat puisse réaliser ou faire réaliser les prestations décrites à l'annexe 9 dans des conditions économiques équivalentes à celles qu'aura créées le partenaire au cours du contrat de partenariat et notamment sans supporter une charge de renouvellement anormale* ». Le contrat prévoit l'obligation de réalisation par le partenaire de diagnostics périodiques des établissements. D'autre part, entre 16 mois et un an avant le terme normal de chaque tranche du contrat, le partenaire doit remettre à l'Etat un diagnostic précis prévu par une annexe du contrat (annexe 9) et procéder aux travaux nécessaires pour remédier aux désordres éventuellement révélés ou verser une pénalité à l'Etat afin d'y remédier¹¹³.

En revanche, aucun argument d'efficacité ne semble présenté pour favoriser le contrat de PPP par rapport à un contrat intégrant uniquement des services bâtimentaires. Seule la solidité juridique du PPP semble justifier son utilisation au profit de l'AOT-LOA. En effet, le législateur a rendu possible, voire facilité, les contrats de partenariat. En revanche, l'autorisation d'occupation temporaire est un montage contractuel « domanial » dans lequel seuls des services d'entretien et de maintenance des bâtiments et installations peuvent être confiés au prestataire, ce qui exclut les services à la personne (et pose déjà question pour un service tel que la fourniture de fluides). Le contrat de partenariat a donc été choisi en premier lieu parce que cette modalité était possible juridiquement, et l'inclusion de l'ensemble des services permettait de tester cette nouvelle possibilité, sans que son efficacité ait été prouvée au préalable.

Il semble que la préférence accordée au contrat de partenariat global porte avant tout, - puisqu'aucune synergie liée à l'intégration des services à la personne au sein d'un contrat unique n'apparaît de façon claire, et puisque la durée de vie de ces services ne semble pas véritablement adaptée à la durée du contrat -, sur la facilité liée à la globalisation de l'ensemble des services et des négociations, à l'unicité du contractant. En particulier, les avantages pour l'administration pénitentiaire d'intégrer l'ensemble des services au sein d'un contrat unique, par rapport à un contrat de gestion déléguée conclu séparément pour les services à la personne, sont les suivants :

- éviter de gérer des interfaces entre plusieurs prestataires ;
- limiter les risques juridiques de répartition des responsabilités entre cocontractants ;
- bénéficier de synergies dans le management des services et le savoir-faire des entreprises ;
- essayer de bénéficier de l'expérience des entreprises privées pour mettre en place des formations qualifiantes dans le domaine bâtimентаire par exemple.

A contrario, les avantages d'un contrat de gestion déléguée séparé pour les services à la personne seraient les suivants :

- durée de contrat plus adaptée aux services à la personne (8 ou 9 ans) : moins de risques de dérive des prix, possibilité de redéfinir entièrement les objectifs et termes du contrat au bout de 8 ou 9 ans ;
- risque plus limité pour l'administration pénitentiaire de voir le partenaire provisionner et facturer le risque lié à l'évolution de ces prestations (les prochains contrats de gestion déléguée permettront de révéler si certains services à la personne sont réellement facturés à un niveau plus élevé en contrat de partenariat qu'en contrat de gestion déléguée, ou bien si ce que révèlent les derniers contrats n'est qu'un élément conjoncturel – cf. sur ce point la partie IV.F.2.) ;

¹¹² Article 3.5. du Contrat de partenariat.

¹¹³ Article 10.4. du Contrat de partenariat (« Obligations du partenaire au terme de chacune des tranches »).

- périmètre et durée de contrat plus limités pouvant attirer d'autres types d'entreprises et augmenter la concurrence dans le secteur des services.

Pour bénéficier de la synergie évidente liée à l'intégration des services bâtimentaires au sein du contrat de partenariat, un contrat de gestion déléguée qui viendrait compléter ce contrat de partenariat devrait se limiter aux seuls services à la personne, et son périmètre serait donc plus restreint que les contrats en gestion déléguée actuels. Cette restriction du périmètre pourrait poser problème à des entreprises moins intéressées, avec des contrats pour lesquels le poids du service travail en particulier serait plus important (et donc le risque financier proportionnellement plus lourd).

4. Des difficultés particulières pour la gestion des services travail-formation

Les services travail-formation présentent une difficulté particulière. Non seulement ce sont les services les plus proches du cœur de métier de l'administration pénitentiaire (la réinsertion), mais ce sont également ceux qui posent de vraies interrogations quant à leur évolution au sein d'un contrat assez rigide sur une aussi longue durée, les objectifs de l'administration pénitentiaire ou les pratiques dans ce domaine pouvant évoluer de façon non prévisible. D'autre part, ils posent également de vraies difficultés aux prestataires privés, car ils nécessitent de leur part une compétence particulière (démarchage commercial, connaissance de l'économie locale, prévision et planification des commandes et du travail, encadrement des détenus sur les différentes activités...) souvent éloignée des autres prestations et de leur cœur de métier. Certains candidats à l'appel d'offres avaient d'ailleurs prévu le provisionnement des pénalités sur cette prestation dans leur offre initiale, prouvant la réelle difficulté des entreprises à assurer ce service de façon efficace. La comparaison des coûts entre marchés de gestion déléguée et contrats de partenariat révèle que ces services sont facturés à un prix bien plus élevés en contrat de partenariat, les entreprises provisionnant les pénalités et les risques d'évolution du secteur sur la longue durée du contrat (cf. *supra* IV.F.2.). Pour des entreprises de taille moyenne (ou nationale non leader), les difficultés sont particulières : autant l'exploitation et la maintenance constituent leur cœur de métier et autant elles peuvent trouver des partenaires sur des prestations courantes et développées comme la blanchisserie et la restauration, autant la formation professionnelle et le travail des détenus sont trop éloignés de leurs compétences pour qu'elles se sentent aptes à les gérer ou même à les contrôler en cas de délégation ou de sous-traitance. L'inclusion de ces services pose donc véritablement question pour le maintien ou l'élargissement de la concurrence sur le secteur des contrats de partenariat, et pour l'efficacité (en termes de prix facturé notamment) pour l'administration pénitentiaire.

La solution de laisser l'administration pénitentiaire gérer ces services travail-formation en propre, hors du contrat de partenariat, doit donc être (ré)évoquée. Aujourd'hui, le projet de loi pénitentiaire prévoit la possibilité d'expérimenter le transfert de la formation aux régions¹¹⁴. Cette expérimentation pourra être conduite dans quelques régions-pilotes, à leur demande, pour tester l'efficacité du transfert. Sinon, pour les régions qui ne seraient pas concernées, et en solution alternative et complémentaire, la mise en place d'un contrat spécifique permettrait de faire appel à des professionnels spécialistes du domaine formation-travail, et pourrait être testée également dans quelques établissements. Notons que ces prestations sont souvent déficitaires pour les partenaires impliqués, et semblent donc difficilement déléguables de façon isolée : la passation d'un appel d'offres spécifique constituera de ce fait un test faisant apparaître la réalité des coûts et la viabilité ou non de ces services en tant que tels pour des entreprises spécialisées. La loi pénitentiaire prévoit de permettre l'intervention des entreprises d'insertion en détention afin d'assurer l'accompagnement, dans ses dimensions sociale et professionnelle, des détenus qui travaillent. Cette possibilité pourra représenter une aide importante pour le prestataire chargé du travail pénitentiaire. Ces solutions pourront donc être testées, avec le risque pour l'administration pénitentiaire d'infructuosité de l'appel d'offres et de devoir *in fine* gérer en propre ces services. Notons qu'une interface devra être prévue entre le travail pénitentiaire et les détenus employés au service général, qui ne seraient alors plus gérés par le même prestataire.

¹¹⁴ Projet de loi adopté par le Sénat le 6 mars 2009, en discussion au Parlement au moment de ce rapport. Article 3 : « L'État peut, à titre expérimental pour une durée maximale de trois ans à compter du 1er janvier suivant la publication de la présente loi, confier par convention aux régions ou à la collectivité territoriale de Corse, sur leur demande, l'organisation et

V. PROPOSITIONS

A. Synthèse globale des propositions

Cette partie reprend de façon synthétique, sous forme de tableau, les propositions émises dans la partie précédente lors de l'examen des différents aspects du contrat de partenariat.

Tableau 28 : Tableau synthétique des propositions

Thème	Proposition
Évaluation préalable et évaluation des candidats	
	Réaliser l'évaluation préalable à partir d'un projet le plus défini et précis possible, afin que l'évaluation soit la plus pertinente possible
	Justifier le choix du scénario de référence servant de base à la comparaison
	Améliorer la méthodologie pour l'évaluation des risques : analyser l'ensemble des risques intervenant dans le projet, définir les courbes de répartition de probabilités, les données de surcoûts et les indicateurs utilisés pour la quantification des risques, déterminer plusieurs paramètres pour chacun des risques quantifiables (variance, espérance, moyenne...), quantifier le risque global à partir de l'analyse de la corrélation des risques
	Capitaliser au maximum les informations permettant de définir les coûts et d'évaluer les risques des différents projets. Utiliser la MAPP comme plate-forme d'échange et de diffusion entre ministères des bonnes pratiques en termes de réalisation des évaluations préalables, de l'évaluation des risques, des méthodologies utilisées...
	Prévoir systématiquement de vérifier, à l'issue du dialogue compétitif, que le projet est toujours éligible au contrat de partenariat, c'est-à-dire que le projet avec les coûts réels issus des offres finales des candidats (ou de l'offre finale du candidat retenu) est plus avantageux lorsqu'il est réalisé en contrat de partenariat que selon les autres modalités étudiées lors de l'évaluation préalable
	Demander aux candidats le calcul du coût du projet sans et avec mécanisme de cession de créances (au niveau auquel l'administration souhaiterait le fixer), afin de bien évaluer le coût supplémentaire supporté par l'Etat
	Revoir les coefficients d'évaluation des candidats afin que leur pondération prenne mieux en compte le poids des services au sein du contrat ; détailler les pondérations des sous-critères
	Mieux valoriser la créativité et l'innovation des candidats au sein de la notation
	Réduire l'investissement des candidats lors du dialogue compétitif : réduire le nombre et le niveau des offres (niveau APS et non APD)
	Prévoir des éliminations de candidats au cours de la procédure afin de réduire les investissements à perte des candidats
Répartition des risques du contrat	
	Transférer au secteur public une partie du risque d'obtention du permis de construire (lorsqu'il n'est pas lié à une faute du partenaire privé)
	Transférer au secteur public le recours à la signature du contrat lorsqu'il porte sur le fondement-même du contrat ou sur le choix de réaliser un tel investissement (dommages permanents de maîtrise d'ouvrage)
	Transférer au secteur public le risque lié à l'ordre d'affermissement des tranches conditionnelles (indemnité à verser au partenaire privé)
	Transférer au secteur public le risque écologique et archéologique exceptionnel
	Transférer au secteur public le risque d'évolution du taux entre la signature du contrat et la livraison des établissements
	Réduire la durée de garantie de trois ans après l'achèvement du contrat pour chaque établissement (ou prévoir la réduction progressive du montant des indemnités dues par le partenaire)

le financement des actions de formation professionnelle continue des personnes détenues dans un établissement pénitentiaire situé sur leur territoire. Six mois avant le terme de la période prévue au premier alinéa, le Gouvernement adresse au Parlement un rapport sur la mise en oeuvre de ce dispositif. »

Thème	Proposition
Système d'indicateurs mieux adapté et plus flexible	
	Prévoir une période d'ajustement pour certains types d'indicateurs (non dommageables à la sécurité immédiate des détenus ou du personnel)
	Mener une réflexion avec l'administration pénitentiaire pour définir précisément les modalités pratiques de mesure et de contrôle de certains indicateurs problématiques (ou sources potentielles de difficultés) et introduire plus de souplesse afin de permettre à l'administration pénitentiaire d'adapter les mécanismes avec le partenaire privé en cours de contrat si nécessaire
	Instaurer des niveaux de pénalités proportionnés ne représentant pas un obstacle pour d'éventuels partenaires financiers, notamment les pénalités concernant le travail pénitentiaire
Portage du contrat de partenariat	
	Associer au maximum l'administration pénitentiaire à la phase de projet, de construction, et à la rédaction de l'ensemble des documents contractuels
	Tenir compte dans les documents préparés par l'APIJ des retours d'expérience de l'administration pénitentiaire sur les établissements les plus récents, y compris en cours de livraison (défauts de construction, matériaux inadaptés...)
	Doter l'administration pénitentiaire de compétences juridiques solides pour assurer le suivi du contrat, au niveau central comme au niveau local : mettre en place notamment des formations systématiques à destination de la direction des établissements concernés
Périmètre des services à inclure dans le contrat	
	Exclure les services à la personne du contrat de partenariat, qui serait donc limité aux services bâtimentaires ; Services à la personne repris au sein d'un contrat de gestion déléguée conclu pour une durée de 8 ou 9 ans
	Traitement des services travail-formation : expérimentation de l'exclusion des services travail-formation du contrat de partenariat ou du contrat de gestion déléguée, avec une délégation de service spécifique sur cette activité séparée, ou bien sa reprise par l'administration pénitentiaire
Expression de la concurrence sur le marché	
	Réduire la taille des lots à 2 établissements au maximum
	Permettre aux candidats de boucler le montage financier (choix du partenaire financier) après le dépôt de candidature
	Réduire le délai de la procédure sur toutes les phases amont et aval du dialogue compétitif, et augmenter le niveau des indemnités pour attirer des entreprises de taille moyenne
	Revoir les dispositifs de garanties bancaires (durée et montant, y compris après la fin du contrat) demandées aux candidats afin qu'ils ne constituent pas une barrière à l'entrée pour des candidats de taille moyenne
	Proposer un projet de conception « de référence » du bâtiment dans le dossier d'appel d'offres afin de réduire l'écart entre les groupements ayant déjà réalisé des établissements et les autres
Mise en cohérence par la MAPPP	
	Au moment du dialogue compétitif, exiger la formalisation de la mise à jour des coûts de la comparaison des scénarios pour valider l'avantage du PPP au vu des coûts affinés du projet
	Proposer des éléments méthodologiques pour l'évaluation des risques de l'évaluation préalable ; mettre en place des échanges entre ministères pour diffuser les bonnes pratiques.

Source : Mission.

B. Le scénario proposé par la mission

Les propositions principales de la mission peuvent être synthétisées sous forme d'un scénario global. L'objectif principal de ce scénario est de favoriser la concurrence sur le marché des contrats de partenariat en levant si possible les barrières à l'entrée pour les entreprises de taille moyenne. Il s'agit donc de :

1. revoir la procédure de passation du contrat pour ne pas pénaliser les entreprises de taille moyenne nouvelles entrants sur le marché ;

2. revoir la répartition des risques dans le contrat, ainsi que le niveau et la durée des garanties et niveaux des pénalités demandés ;

3. proposer des lots de périmètre plus adapté.

Ces points sont détaillés ci-dessous.

Le point 1 – revoir la procédure de passation du contrat – reprend les points suivants :

- permettre aux entreprises de finaliser leur groupement, et notamment le choix du partenaire financier, après le dépôt de leur candidature (disposition prévue par la loi de relance) ;
- sans aller jusqu'à exclure la conception de l'appel d'offres en imposant un architecte au groupement, solution qui présente des inconvénients lourds, proposer un projet de conception dans le dossier d'appel d'offres afin de réduire l'investissement des candidats dans ce domaine et de réduire l'écart entre candidats ayant déjà conçu des établissements et les autres ;
- réduire les frais de développement des candidats en ne demandant qu'une seule offre en plus de l'offre finale (pas d'offre intermédiaire), et/ou en demandant des offres niveau APS plutôt que APD ;
- ne pas exiger la version finale du contrat lors de la remise de l'offre finale ; si des variantes sont prévues (ce qui n'était pas le cas pour le lot 3, alors que c'est un vecteur important d'innovation), ne pas exiger une offre complète, mais simplement le détail des éléments constitutifs de la variante par rapport à l'offre de base ;
- mettre en place des étapes intermédiaires d'élimination des candidats lors du dialogue compétitif pour éviter un investissement trop important de la totalité des candidats ;
- proposer une indemnisation pour les groupements non retenus tenant compte de l'effort financier du candidat, éventuellement prise en charge par le candidat retenu comme prestataire ;
- revoir les critères de sélection des candidats (notamment les pondérations) pour mieux prendre en compte les propositions en termes de services et d'exploitation.

Le point 2 vise à revoir la répartition des risques telle qu'elle est inscrite dans les contrats actuels pour transférer un certain nombre de risques vers l'Etat, plus à même de les prendre en charge. Ces risques sont les suivants :

- le risque d'obtention du permis de construire dans certaines conditions ;
- le risque du recours à la signature du contrat lorsqu'il porte sur le fondement même du contrat ou de l'investissement (dommages permanents de maîtrise d'ouvrage) ;
- l'ordre d'affermissement des tranches conditionnelles décidé par l'Etat ;
- le risque écologique et archéologique exceptionnel ;
- le risque d'évolution du taux après la signature du contrat en particulier même avant la livraison des établissements ;
- la durée de garantie de trois ans après l'achèvement du contrat pour chaque établissement.

Outre la durée de garantie après l'achèvement du contrat, l'ensemble des durées et montants des garanties pourrait être revu pour ne pas représenter de barrière à l'entrée du marché pour des entreprises de taille moyenne.

Concernant le périmètre des lots (point 3), des lots de 2 établissements au maximum semblent plus adaptés. Pour ce qui concerne le périmètre des contrats de partenariat, le périmètre des services inclus dans le contrat pourrait être revu. Si les prochains contrats de gestion déléguée confirment (conformément à ce que semble révéler notre première analyse) que le coût des services à la personne en contrat de gestion déléguée est effectivement moins élevé qu'en contrat de partenariat, alors l'intégration de ces services au sein des contrats de partenariat pourra être remise en cause, puisqu'elle semble réduire le nombre d'offreurs sans gain réel. Les prochains contrats de partenariat se limiteront alors aux services bâtimentaires, avec éventuellement la restauration, généralement bien gérée. Dans le cas contraire, les deux modalités (inclusion des services à la personne au sein du contrat de partenariat, ou contrat de gestion déléguée séparé) pourraient continuer à être employées, suivant l'état du marché, pour être comparées.

La question du traitement à part des services travail-formation peut également être posée puisque ce sont surtout ces services qui semblent surfacturés en contrat de partenariat par rapport à un marché de gestion déléguée, et ces services qui posent difficulté à la fois pour les entreprises prestataires sur le marché, pénalisées pour leurs résultats, et pour les entreprises de taille moyenne préférant renoncer à un contrat comprenant ces services qu'ils ne savent pas gérer. Le transfert de la formation aux Régions volontaires pourrait être expérimenté, comme c'est prévu par la loi pénitentiaire. L'expérimentation d'un contrat de gestion déléguée spécifique aux services formation-travail (ou travail seul si la formation est prise en charge par la Région) permettrait de tester l'intérêt de la formule en termes de nombre d'offreurs potentiels intéressés, de contenu et de qualité de service proposés et de coût pour l'administration pénitentiaire. Le risque pour l'administration pénitentiaire est celui de devoir reprendre ces services en gestion publique en cas d'infructuosité d'un appel d'offres spécifique. Mais le travail pénitentiaire pose de toutes les façons des difficultés aussi bien en gestion publique qu'en gestion déléguée (cf. le présent rapport). Une réflexion spécifique s'impose sur le travail pénitentiaire, tous modes de gestion confondus. La loi pénitentiaire ouvre de nouvelles possibilités, avec notamment l'ouverture du secteur aux entreprises d'insertion ; une évolution des attributions de la régie industrielle des établissements pénitentiaires (RIEP) pourrait également être envisagée.

ANNEXE III

LISTE DES PERSONNES RENCONTREES

ADMINISTRATION

Services centraux

Cabinet du Secrétaire d'Etat chargé du commerce, de l'artisanat, des petites et moyennes entreprises, du tourisme et des services

M. Philippe GRAVIER, directeur-adjoint de cabinet

Cabinet du Ministre du budget, des comptes publics et de la fonction publique

Mme Florence GOURGEON, conseillère technique

Ministère de la justice

- Secrétariat Général

M. Mathieu HERONDART, secrétaire général adjoint

- Direction de l'administration pénitentiaire

M. Claude d'HARCOURT, directeur

M. Thierry MOSIMANN, sous-directeur de l'organisation et du fonctionnement des services déconcentrés (SD)

M. Stéphane SCOTTO, adjoint du sous-directeur de l'organisation et du fonctionnement des services déconcentrés (SD)

M. Pascal DRUART, chef de projet de la mission gestion déléguée (sous-direction de l'organisation et du fonctionnement des services déconcentrés)

M. Patrice-Henry DOS SANTOS, adjoint du chef de projet de la mission gestion déléguée (sous-direction de l'organisation et du fonctionnement des services déconcentrés)

M. Cyrille GRENON, chef de projet nouveaux marchés à la mission gestion déléguée (sous-direction de l'organisation et du fonctionnement des services déconcentrés)

M. Laurent BELLEGUIC, chef du bureau du budget, de la comptabilité et des finances (SD1)

Mme Isabelle NOVELLI, adjointe du chef du bureau du budget, de la comptabilité et des finances (SD1)

M. Olivier COPPOLANI, chef du bureau des affaires immobilières (SD3)

M. Patrick GOMEZ, chef du bureau des systèmes d'information (SD4)

Mme Florence ARRIGHI, chef du bureau de l'évaluation, du contrôle de gestion et des achats (SD5)

M. Fabrice ARZUL, adjoint du chef de bureau SD5, chef du pôle contrôle de gestion

Mme Monique FAYE, adjointe du chef de bureau SD5

M. Hubert DELISLE, rédacteur au bureau SD5

Mme Mireille BENEYTOUT, chef du bureau du travail, de la formation et de l'emploi (PMJ3) (sous-direction des personnes placées sous main de justice)

Mme Sophie BUROSSE, rédactrice au pôle travail du bureau du travail, de la formation et de l'emploi (PMJ3)

- Agence publique pour l'immobilier de la justice (APIJ)

M. Jean-Pierre WEISS, directeur général

Mme Diane POUGET, directrice

M. Guy GARCIN, directeur de programme

Ministère du budget, des comptes publics et de la fonction publique

- Direction du budget

M. Vincent MOREAU, chef du bureau Justice et Médias

Mme Patricia LAPLAUD, chargée de mission dispositifs d'aides au commerce extérieur et garanties
(7^{ème} sous-direction)

- Direction générale des finances publiques

M. Eric NOUVEL, Chef du bureau CE1B – Bureau réglementation comptable

Mme Anne-Sophie DIGIACOMO, rédactrice, Bureau réglementation comptable

Melle Cécile PATURAL, rédactrice, Bureau réglementation comptable

- Service à compétence nationale France Domaine (Direction générale des finances publiques)

M. Marc GAZAVE, directeur de projet, chef de la mission chargée de la politique immobilière de l'Etat

M. Guy CORREA, chef du bureau « missions domaniales »

Mlle Pascale PIN, rédactrice au bureau « missions domaniales »

- Contrôle budgétaire et comptable ministériel

M. Gérard HORDE, contrôleur budgétaire et comptable du ministère de la justice

Ministère de l'économie, de l'emploi et de l'industrie

- Direction des affaires juridiques

M. Benoit DINGREMONT, chef du bureau de la réglementation et des affaires internationales (sous-direction de la commande publique)

Mlle Juliette CHAULIAC, rédacteur au bureau de la réglementation et des affaires internationales (sous-direction de la commande publique)

- Mission d'appui à la réalisation des contrats de partenariat (MAPPP)

M. François BERGERE, secrétaire général

M. Patrice MOURA, directeur de projet

Ministère de la défense

- Délégation générale pour l'armement (DGA)

M. Philippe GENOUX, chef du bureau « nouveaux modes d'acquisition », direction des systèmes d'armes, service centralisé des achats

Ministère de la santé

- Mission nationale d'appui à l'investissement hospitalier (MAINH)

M. BEREHOUC, chef de la mission

Ministère de l'écologie, de l'énergie, du développement durable et de l'aménagement du territoire (MEEDDAT)

- Mission intermodale d'expertise des partenariats public – privé (MIEPPP)

M. Laurent PROBST, chef de la mission MIEPPP

Mme Sabine LASSEIRE, adjointe du chef de la mission MIEPPP

M. Christophe MASSON, chargé de la mission CDG Express

ADMINISTRATION

Services déconcentrés du ministère de la justice

DIRECTIONS INTERREGIONALES DES SERVICES PENITENTIAIRES (DISP)

1. DISP de Lille

M. Michel SAINT-JEAN, directeur interrégional des services pénitentiaires

Mme Isabelle LIBAN, secrétaire général

M. Alain JORIATTI, chef du département du patrimoine et de l'équipement

M. Maurice SAUROY, adjoint du chef du département du patrimoine et de l'équipement

M. Gilbert MASSOLINI, référent maintenance (département du patrimoine et de l'équipement)

M. Alain VARLET, responsable de l'unité de suivi des gestions déléguées (département du budget et des finances)

M. Jean-Bernard VINCENT, responsable du pôle achats (département du budget et des finances)

M. Jean-Robert KOCONKA, chef du département des ressources humaines

M. Jean-Jacques MARCHAND, responsable du service de l'audit interne

M. Gilles NOTTEZ, service de l'audit interne

Centre pénitentiaire de Maubeuge

M. Luc JULY, directeur

M. Eric POUCHAIN, attaché d'administration et d'intendance

M. Frédéric DRUESNE, économiste

Centre pénitentiaire de Lille-Loos-Séquedin

M. Jimmy DELLISTE, adjoint du directeur du centre pénitentiaire, directeur du quartier centre de détention de Loos

Mlle Aurélie LECLERC, directeur du quartier maison d'arrêt de Lille-Séquedin

Mme Claudette RANDRIANARISON, responsable du pôle logistique et financier du centre pénitentiaire

M. Christophe VERGOTTE, responsable du contrôle des marchés (pôle logistique et financier)

M. Jean-Philippe VERIN, responsable du service technique (pôle logistique et financier)

Centre pénitentiaire de Laon

M. Christian GAPP, directeur

M. Philippe PRUVOST, économiste

M. Patrick SOUFFLET, régisseur

M. Jean-Jacques MEUNIER, directeur technique

M. Patrick ARNOULD, adjoint du directeur technique

2. DISP Centre-Est-Dijon

M. Jean-Pierre ORABONA, directeur interrégional adjoint des services pénitentiaires
M. Bernard CHIDAINE, secrétaire général
Mme Irène KOMAN, chef du département du budget et des finances
M. Bernard COLLIN, chef du département du patrimoine et de l'équipement
M. Frédéric BERGEROT, responsable de l'unité de suivi des gestions déléguées (département du budget et des finances)

Centre de détention de Châteaudun

M. Pascal MARCHAL, directeur
M. Saïd KABA, directeur adjoint
M. Roland MUET, attaché d'administration et d'intendance
M. Michel BRIOT, directeur technique

Maison centrale de Saint-Maur

M. Alain CHEMINET, directeur
M. Quentin DESMAZURES, attaché d'administration et d'intendance
M. Gilles VASSELIN, directeur technique

3. DISP Est-Strasbourg

M. André SANCHEZ, directeur interrégional des services pénitentiaires
M. Paul-Marie CLAUDON, secrétaire général
M. Jean-Claude GREBIL, responsable du service d'audit interne
M. Mathieu LIEB, chef du département patrimoine et équipements
Mme Marie-Cécile FOLZER, chef du département du budget et des finances
Mme Audrey CAGLIARI, responsable de l'unité de suivi des gestions déléguées (département du budget et des finances)

Maison d'arrêt de Strasbourg

Mme Bénédicte BRUNELLE, directrice
M. FALSGRAFF, attaché d'administration et d'intendance
Mme ELLWEIN, économiste

4. DISP Provence-Alpes-Côte d'Azur-Corse

M. Pierre RAFFIN, adjoint au directeur interrégional
Mme Marie-Line LUPO, assistante du secrétaire général
M. Alain LE PALLEC, chef du département patrimoine et équipements
M. Jean-Christophe VEAUX, chef du département du budget et des finances
Mme Colette MARIANI, responsable de l'unité de suivi des gestions déléguées (département du budget et des finances)
M. Emmanuel NIGAUD, responsable du service d'audit interne

Maison d'arrêt d'Aix-Luynes

M. Bernard LEVY, directeur de l'établissement
M. Ahmed KARA, attaché d'administration et d'intendance
M. François Le PUIL, attaché principal, responsable hygiène et sécurité

PROFESSIONNELS

Groupe Bouygues

Mme Fabienne VIALA, directeur général adjoint de la direction générale déléguée BYEFE Bouygues Construction

M. Olivier TOUCHET, directeur de projet à la direction générale déléguée BYEFE Bouygues Construction

M. Christophe CARLIER, direction facility management, EXPRIMM, Bouygues Construction

Groupe EIFFAGE

M. Olivier MIENS, directeur du pôle bâtiment

M. Paul FONTANIER, pôle bâtiment

SPIE Batignolles

M. Olivier COURTIN, directeur opérationnel projets

GEPSA

M. Augustin HONORAT, directeur général

M. Frédéric LEROY, chef d'unité privée et responsable travail (centre de détention de Châteaudun)

SIGES

M. Jacques-André JOLLY, directeur général

M. Charlie PARRIS, directeur du site de Lille-Séquedin

M. THELLIER, chef d'unité privée (centre pénitentiaire de Maubeuge)

M. OLIVE, responsable de la maintenance (centre pénitentiaire de Maubeuge)

IDEX Energies

M. Bernard SENUT, directeur développement partenariats public-privé

M. Pascal LECHARTRE, responsable régional zone Sud

M. André LAURIE, chef de centre (maison d'arrêt d'Aix-Luynes)

IAPIX Conseil

M. Bernard Levy, directeur

DEMATHIEU & BARD

M. Jean-François PIQUET, président du directoire

GIDE, LOYRETTE & NOUEL

M. Thomas COURTEL, avocat associé

Mme Marie BOUVET-GUIRAMAND