

Contrats administratifs

[Jurisprudence] Le pouvoir étendu du juge dans l'appréciation du respect de la condition du recours au contrat de partenariat

N° Lexbase : N7763BXS



par Julie Abrassart, Avocat associé et Fenoasy Randrianarisoa, Avocat collaborateur, cabinet d'Orso, Abrassart & Associés

Réf.:TA Marseille, 12 février 2019, n° 1709848 (N° Lexbase :)

Dans un jugement rendu le 12 février 2019, le tribunal administratif de Marseille a annulé la délibération du conseil municipal de Marseille du 16 octobre 2017 approuvant le choix de recourir au portage juridique du marché de partenariat pour la construction de 34 écoles. Il a en effet estimé que le juge que l'évaluation préalable du mode de réalisation du projet réalisée par la commune de Marseille ne permet pas de démontrer que le recours à un marché de partenariat pour mener à bien son projet «Ecoles» présente un bilan plus favorable, notamment sur le plan financier, que celui des autres modes de réalisation du projet, en particulier la maîtrise d'ouvrage publique classique.

1. Le marché de partenariat est défini par l'article 67 de l'ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015, relative aux marchés publics ([N° Lexbase : L9077KBS](#)), comme étant «un marché public qui permet de confier à un opérateur économique ou à un groupement d'opérateurs économiques une mission globale ayant pour objet :

1° La construction, la transformation, la rénovation, le démantèlement ou la destruction d'ouvrages, d'équipements ou de biens immatériels nécessaires au service public ou à l'exercice d'une mission d'intérêt général ;

2° Tout ou partie de leur financement.

Le titulaire du marché de partenariat assure la maîtrise d'ouvrage de l'opération à réaliser».

Il s'agit donc d'un marché public transférant la maîtrise d'ouvrage au titulaire du marché à charge pour lui d'assumer tout ou partie du financement de l'opération. A ce titre, il s'agit d'un marché qui déroge à la loi «MOP» [\[1\]](#). Par voie de conséquence, une telle dérogation exige que le recours à un tel contrat soit justifié. C'est l'objet du bilan.

Les conditions du lancement de la procédure de passation des marchés de partenariats sont définies aux articles 74 et suivants de l'ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015 et aux articles 145 et suivants du décret n° 2016-360 du 25 mars 2016, relatif aux marchés publics ([N° Lexbase : L3006K7H](#)).

L'article 75 de l'ordonnance prévoit que «la procédure de passation d'un marché de partenariat ne peut être engagée que si l'acheteur démontre que, compte tenu des caractéristiques du projet envisagé, des exigences de service public ou de la mission d'intérêt général dont l'acheteur est chargé, ou des insuffisances et difficultés observées dans la réalisation de projets comparables, le recours à un tel contrat présente un bilan plus favorable, notamment sur le plan financier, que celui des autres modes de réalisation du projet. Le critère du paiement différé ne saurait à lui seul constituer un avantage».

La condition essentielle préalable pour recourir au marché de partenariat est l'existence d'un bilan favorable au marché de partenariat par rapport aux autres contrats susceptibles de permettre la réalisation du projet.

Ce bilan peut être comparé au bilan avantages-inconvénients réalisés en matière de contrat de partenariat, sous l'égide de l'ordonnance n° 2004-559 du 17 juin 2004 modifiée, sur les contrats de partenariat.

2. C'est dans ce contexte réglementaire que, dans le cadre d'une opération de démolition de 31 établissements scolaires, de construction de 34 nouveaux établissements, de réalisation d'un gymnase et d'un plateau d'évolution pour chacun des établissements, ainsi que de la réalisation de prestations de gros entretien renouvellement (GER), d'entretien et de maintenance, la Ville de Marseille a souhaité recourir au mécanisme de marché de partenariat, sur la base d'un bilan favorable.

Ainsi, par une délibération en date du 16 octobre 2017, au vu de l'avis de FIN INFRA [\[2\]](#), le conseil municipal de la Ville de Marseille, après réalisation de l'évaluation de préalable du mode de réalisation du projet et une étude de soutenabilité financière, et ce, conformément à l'article

74 de l'ordonnance n°2015-899 du 23 juillet 2015 [3], a approuvé le principe du recours à un marché de partenariat et à des marchés de partenariat subséquents.

3. Des contribuables particuliers de la Ville de Marseille, ainsi que le conseil régional de l'Ordre des architectes (ci-après «CROA») et le conseil national des architectes (ci-après «CNOA») ont attaqué, pour excès de pouvoir, la délibération du 16 octobre 2017 devant le tribunal administratif de Marseille.

Essentiellement, ils soutenaient que la délibération méconnaissait les conditions du recours au marché de partenariat prévues par les textes en vigueur.

La Ville de Marseille a, de son côté, soulevé l'irrecevabilité de la requête pour défaut d'intérêt et de qualité à agir des requérants et en raison du caractère inattaquable d'un acte préparatoire ce qui serait le cas de la délibération litigieuse.

Sur le fond, la Ville de Marseille a soutenu que les conditions de recours au marché de partenariat étaient respectées en essayant de justifier son choix au regard de l'évaluation préalable qu'elle a réalisée.

Elle a par ailleurs soutenu qu'il ne saurait lui être reproché de s'être conformée à l'analyse de FIN INFRA, qui, précisons-le, concluait *«qu'au regard de l'analyse de l'évaluation, l'accord cadre de marché de partenariat présente le meilleur bilan et répond aux problématiques du projet et aux objectifs de la ville»*.

Par une décision en date du 12 février 2019, le tribunal administratif de Marseille a annulé la délibération du conseil municipal de la Ville de Marseille en date du 16 octobre 2017 en considérant que la Ville de Marseille *«ne démontre pas que le recours à un marché de partenariat pour mener à bien son projet 'écoles' présente un bilan plus favorable, notamment sur le plan financier, que celui des autres modes de réalisation du projet»*.

Pour trancher ce litige, le tribunal a dû répondre à deux séries de questions, à savoir, celle de la recevabilité des recours des tiers d'une part (I), et celle de l'appréciation du respect des conditions de recours à un marché de partenariat, d'autre part (II).

I - Des précisions sur la recevabilité des recours des tiers contre une délibération portant sur le choix du marché de partenariat

Le tribunal administratif de Marseille a précisé la nature juridique de la délibération approuvant le choix du marché de partenariat pour rejeter la fin de non-recevoir fondée sur le caractère inattaquable de la décision (A).

Ensuite, le tribunal a rejeté la fin de non-recevoir soulevée par la Ville de Marseille tenant au défaut d'intérêt et de qualité à agir des requérants concernant une délibération approuvant le recours au marché de partenariat (B).

A - La nature juridique de la délibération approuvant le recours au marché de partenariat

Devant le tribunal administratif, la Ville de Marseille a tenté de soutenir que la délibération portant sur le choix du marché de partenariat serait un acte détachable du contrat, lequel ne pourrait faire l'objet d'un recours pour excès de pouvoir qu'à l'occasion d'un recours de pleine juridiction.

Le raisonnement de la Ville semble cohérent dans la mesure où une telle délibération n'a pas vocation à produire d'effet juridique concret ni à l'égard de ses contribuables ni à l'égard des opérateurs économiques susceptibles de répondre à la consultation sur le marché de partenariat et sur les marchés subséquents.

En effet, le seul effet juridique de cette délibération est de permettre à la Ville de lancer une consultation relative à un marché de partenariat.

Pour autant, le tribunal, suivant le raisonnement du Rapporteur public, a considéré que *«la délibération par laquelle l'assemblée délibérante d'une collectivité territoriale se prononce sur le choix d'une catégorie contractuelle, tel le marché de partenariat, n'est ni un acte préparatoire ni un acte détachable du contrat mais un acte autonome susceptible de faire l'objet d'un recours pour excès de pouvoir dès lors qu'il appartient à la personne publique de démontrer à ce stade que les conditions de recours au marché de partenariat sont réunies et que le recours à un tel contrat présente un bilan plus favorable que celui des autres montages contractuels possibles»*.

Déjà sous l'empire de l'ordonnance n° 2004-559 du 17 juin 2004 modifiée, le Conseil d'Etat a eu à se prononcer sur la recevabilité d'une action à l'encontre d'une délibération approuvant le choix du recours à un contrat de partenariat et a annulé une telle délibération [\[4\]](#).

La décision commentée ne fait donc que confirmer la jurisprudence établie en la matière.

Il appartient en effet aux tribunaux de valider que les conditions de recours à un marché de partenariat, comme antérieurement à contrat de partenariat, sont remplies puisqu'il s'agit de contrats dérogatoires.

En l'espèce, l'intérêt à agir s'apprécie donc au regard de l'action à l'encontre d'une délibération de conseil municipal et non sur le fondement de la contestation d'un acte relatif à la passation du contrat.

B - Un intérêt à agir apprécié au regard d'une action à l'encontre d'une délibération classique d'une collectivité territoriale

Par son arrêt «Département de Tarn-et-Garonne», le Conseil d'Etat a ouvert à tout tiers à un contrat administratif un recours en contestation de la validité de ce contrat. le tiers devant toutefois et en principe d'abord démontrer être lésé de façon suffisamment directe et certaine par la passation ou les clauses du contrat, puis invoquer des vices en rapport direct avec l'intérêt lésé en cause ou suffisamment graves [\[5\]](#).

Ainsi qu'indiqué précédemment, le tribunal a considéré que la délibération approuvant le principe du recours à un marché de partenariat est un acte autonome susceptible de recours indépendamment de la contestation de la validité du contrat.

C'est donc en toute logique qu'il a apprécié l'intérêt à agir contre une telle délibération en dehors des règles de contestation d'un acte relatif à la passation du contrat.

Ainsi, pour apprécier l'intérêt à agir des contribuables particuliers de la Ville, le tribunal administratif a fait application d'une jurisprudence constante concernant l'intérêt à agir à l'encontre d'une décision du conseil municipal [\[6\]](#).

Le tribunal administratif de Marseille a ainsi jugé que les contribuables de la Ville *«justifient d'un intérêt à agir dès lors que la délibération litigieuse qui porte approbation du choix de recourir au portage juridique du marché de partenariat pour la construction de 34 écoles, d'un coût global annoncé de 670 842 986 euros, va nécessairement entraîner des dépenses supplémentaires à la charge de la Ville de Marseille»*.

En ce qui concerne l'intérêt à agir du CROA et du CNOA, le tribunal a considéré que, si les circonstances particulières dans lesquelles un marché de partenariat devait être conclu ne sont pas établies, la passation d'un tel contrat affecterait les droits des architectes dès lors que leur intervention est requise en application de la loi du 3 janvier 1977 [\[7\]](#), comme c'était déjà le cas pour l'ancien contrat de partenariat.

En complément, dès lors que la loi autorise ces organismes à agir en justice pour défendre les droits des architectes, le tribunal a considéré qu'ils disposent de l'intérêt et de la qualité pour demander l'annulation de la délibération en date du 16 octobre 2017.

Pour annuler la délibération de la Ville de Marseille en date du 16 octobre 2017, le tribunal administratif de Marseille a effectué un contrôle étendu des conditions de recours au marché de partenariat.

II - Un contrôle étendu du juge sur le respect de la condition du recours au marché de partenariat

La décision commentée a annulé la délibération litigieuse non pas parce que l'évaluation préalable réalisée par la Ville de Marseille ne répondait aux critères posés par les textes (A), mais parce que le Tribunal considérait que les paramètres retenus par la Ville de Marseille dans l'évaluation seraient erronés (B).

A - Un contrôle non limité au respect des critères légaux

L'article 75 de l'ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015 dispose : «*La procédure de passation d'un marché de partenariat ne peut être engagée que si l'acheteur démontre que, compte tenu des caractéristiques du projet envisagé, des exigences de service public ou de la mission d'intérêt général dont l'acheteur est chargé, ou des insuffisances et difficultés observées dans la réalisation de projets comparables, le recours à un tel contrat présente un bilan plus favorable, notamment sur le plan financier, que celui des autres modes de réalisation du projet. Le critère du paiement différé ne saurait à lui seul constituer un avantage. Les modalités d'établissement de ce bilan sont fixées par décret en Conseil d'Etat.*»

L'article 76 de la même ordonnance ajoute : «*L'évaluation du mode de réalisation du projet est soumise pour avis à un organisme expert créé par voie réglementaire*» (Cet organisme en question est FIN INFRA, comme indiqué précédemment).

En complément, l'article 152 du décret n° 2016-360 du 25 mars 2016 précise que «*pour démontrer que ce bilan est plus favorable que celui des autres modes de réalisation de ce projet envisageables, il procède à une appréciation globale des avantages et des inconvénients du recours à un marché de partenariat, compte tenu :*

- 1° De l'étendue du transfert de la maîtrise d'ouvrage du projet au titulaire de ce marché ;*
- 2° Du périmètre des missions susceptibles d'être confiées au titulaire ;*
- 3° Des modalités de partage de risques entre l'acheteur et le titulaire ;*
- 4° Du coût global du projet compte tenu notamment de la structure de financement envisagée.*

Les textes déterminent donc la méthodologie pour la réalisation d'un bilan.

Dans le cas d'espèce, la Ville de Marseille a établi une évaluation du mode de réalisation du marché et a consulté FIN INFRA, et ce, semble-t-il, dans le respect des dispositions de l'article 76 de l'ordonnance susmentionnée, ainsi que de l'article 152 du décret précité.

Il est ressorti de l'évaluation préalable et de l'avis de FIN INFRA que «*l'accord cadre de marché de partenariat présente le meilleur bilan et répond aux problématiques du projet et aux objectifs de la ville*».

C'est au visa du rapport établi au regard de l'évaluation préalable et de l'avis de FIN INFRA que le conseil municipal de la Ville de Marseille a approuvé le recours au marché de partenariat pour le projet de démolition de 31 établissements scolaires, de construction de 34 nouveaux établissements, de réalisation d'un gymnase et d'un plateau d'évolution pour chacun des établissements, ainsi que de la réalisation de prestations de GER, d'entretien et de maintenance.

Pour autant, le tribunal administratif de Marseille a considéré que la délibération litigieuse est irrégulière, non en raison du non-respect de la méthodologie fixée par les textes en vigueur, mais parce qu'il a considéré que les paramètres retenus par la Ville de Marseille dans l'évaluation préalable seraient erronés.

B - Un pouvoir de substitution sur les éléments de calcul de l'évaluation préalable

Le tribunal ne s'est pas cantonné à la stricte lecture des textes et sur le point de savoir si le marché de partenariat répondait aux problématiques du projet et aux objectifs, mais semble avoir recherché dans les éléments de calcul la sincérité du caractère favorable du bilan.

Pour mémoire, la Ville de Marseille a procédé à une évaluation préalable en deux phases.

La première phase de l'évaluation ne prenait pas en considération les risques. A ce stade, il ressortait que le bilan du marché de partenariat était moins favorable en comparaison avec la maîtrise d'ouvrage publique.

Mais à ce stade, le tribunal administratif de Marseille a d'ores et déjà relevé des insuffisances quant à la méthodologie retenue par la Ville de Marseille.

A titre d'exemple, en s'appuyant sur les observations de FIN INFRA, le tribunal reproche à la Ville de Marseille d'avoir retenu un coût de conception et de contrôle de 3 % du coût des travaux alors que celui-ci devrait plutôt être évalué entre 5 et 8 %.

Il en est de même en ce qui concerne des coûts de procédure.

A ce stade, alors même que le bilan n'était pas favorable aux marchés de partenariats, et ne pouvait donc être autorisé sur ces conclusions, le tribunal reprochait déjà à la Ville des insuffisances dans l'évaluation préalable.

La seconde phase de l'évaluation prenait en considération les risques et il en ressortait que le bilan du marché de partenariat était plus favorable que celui de la maîtrise d'ouvrage publique.

Pour l'évaluation des risques, la Ville de Marseille s'est référée au simulateur mis à disposition par FIN INFRA aux acheteurs.

Toutefois, et en dépit de l'avis de FIN INFRA selon lequel le marché de partenariat présentait un bilan favorable, le tribunal administratif de Marseille a considéré que la Ville de Marseille ne justifiait pas des paramètres retenus pour la mise en œuvre de l'évaluation préalable relative aux marchés de partenariat dont le lancement était envisagé.

C'est donc l'évaluation elle-même qui est remise en cause par le tribunal, et ce, quand bien même FIN INFRA a validé la méthodologie appliquée par la Ville de Marseille en concluant qu'après prise en considération des risques, le marché de partenariat présentait un bilan favorable.

Dans cet arrêt, le juge s'est ainsi octroyé le pouvoir d'invalider les éléments de calcul retenus par l'acheteur.

Il apparaît que le juge s'est substitué à l'acheteur en considérant que les chiffres et outils utilisés par la Ville dans l'évaluation préalable ne seraient pas appropriés.

Il s'agit pourtant d'éléments dont la détermination ne semble pas relever habituellement du pouvoir et de la compétence du juge, et ce, d'autant plus que l'organisme étatique chargé de rendre un avis sur l'évaluation préalable a considéré que, au regard du chiffrage de la Ville, le bilan du marché de partenariat était favorable.

En conclusion, aux termes de la décision commentée, le juge a exercé un pouvoir étendu sur le contenu de l'évaluation préalable réalisée par la Ville.

FIN INFRA avait conclu que le marché de partenariat présentait un bilan favorable alors même qu'il avait relevé certaines incohérences dans l'évaluation préalable, sans pour autant que celles-ci ne remettent en cause le bilan favorable du marché de partenariat.

Aussi, par ce jugement, le tribunal se substitue à l'acheteur et à l'organisme étatique chargé de donner un avis sur l'évaluation préalable au recours à un marché de partenariat.

Il faut en conséquence s'interroger sur l'évolution des pouvoirs du juge consacrés jurisprudentiellement, au vu notamment des précédents existant en matière de marchés publics [\[8\]](#).

Cette décision n'est pas aujourd'hui définitive mais, en attendant, une grande prudence est préconisée aux acheteurs qui souhaiteraient recourir à un marché de partenariat.

[\[1\]](#) 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 ([N° Lexbase : L7908AGY](#)).

[\[2\]](#) Il s'agit de l'organisme créé par le décret n° 2016-522 du 27 avril 2016, relatif à la mission d'appui au financement des infrastructures ([N° Lexbase : L8508K7A](#)), chargé de rendre un avis sur l'évaluation des projets de marchés de partenariat de l'Etat et de ses établissements publics, des collectivités territoriales et de leurs établissements publics ainsi que de tout autre acheteur prévu par l'article 76 de l'ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015.

[3] Ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015, art. 74 : «*La décision de recourir à un marché de partenariat, quel que soit le montant d'investissement, doit être précédée de la réalisation de l'évaluation du mode de réalisation du projet prévue à l'article 40.*

L'acheteur réalise également une étude de soutenabilité budgétaire qui apprécie notamment les conséquences du contrat sur les finances publiques et la disponibilité des crédits».

[4] CE, 30 juillet 2014, n° 363007 ([N° Lexbase : A7905MUC](#)).

[5] CE, 4 avril 2014, n° 358994 ([N° Lexbase : A6449MIP](#)).

[6] CE, 1er juin 2016, n° 391570 ([N° Lexbase : A7439RRX](#)).

[7] En effet, dans le cadre d'un marché de partenariat, aucun marché n'est réservé aux architectes.

[8] CE, 16 juillet 2007, n° 291545 ([N° Lexbase : A4715DXW](#)).