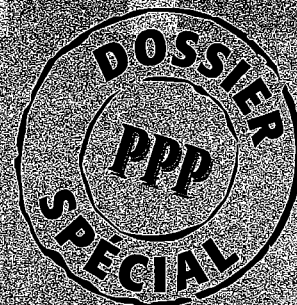


# Collectivités territoriales

OCTOBRE 2008



Collection  
**LAMY**  
COLLECTIVITES  
TERRITORIALES

Les détours contentieux  
de l'assainissement

*Par Harold DESCLODURES*

L'extension du champ  
d'application de la responsabilité  
sans faute pour garde d'un mineur

*Par Sylvie JOUBERT*

De la fondation du cadre  
d'emplois de directeur de police  
municipale

*Par Laurent DERBOULLES*

**DOSSIER SPECIAL**

La réforme des contrats  
de partenariat

39



Lamy

une marque Wolters-Kluwer

Par Marc  
FORNACCIARI  
Avocat au barreau  
de Paris  
Salans & associés



## Les apports de la loi du 28 juillet 2008 à la passation des contrats de partenariat

*La loi du 28 juillet 2008 relative aux contrats de partenariat apporte un certain nombre de changements intéressants sur leur procédure de passation : notamment la possibilité de prévoir une collectivité « chef de file » pour certains projets complexes ; l'introduction d'une procédure négociée en dessous d'un certain seuil ; la possibilité et parfois l'obligation d'accorder des primes aux candidats.*

Ce n'est pas dans le domaine de la passation que la loi n° 2008-735 du 28 juillet 2008 apporte les modifications les plus attendues à la matière des contrats de partenariat. Néanmoins, là aussi la loi comporte des apports intéressants, notamment pour les collectivités et établissements locaux. Nous nous placerons d'ailleurs dans cet article de leur point de vue, en insistant sur les dispositions qui les intéressent<sup>(1)</sup>.

### I – L'ÉVALUATION PRÉALABLE

Au-delà des modifications de forme, nous n'apercevons pas de grands changements. L'évaluation préalable est toujours obligatoire, mais l'avis de la Mission d'appui à la réalisation des partenariats publics-privés (MAPP) reste facultatif. Nous ne saurions trop cependant conseiller aux collectivités territoriales de toujours saisir la MAPP : outre des raisons de bonne administration, nous citerons aussi l'avantage de disposer d'un conseil gratuit (pendant l'évaluation mais aussi pendant la procédure de passation), et celui de disposer, non d'un blanc-seing, mais tout de même d'un avis favorable du ministère des Finances à opposer aux tutelles qui pourraient vouloir mettre des bâtons dans les roues aux projets. Nous suggérons également aux collectivités de toujours saisir la MAPP avant de choisir leurs conseils, qu'il s'agisse des avocats, des conseils financiers ou des conseils techniques.

Parmi les modifications à noter :

- la prise en compte obligatoire des préoccupations de développement durable et la réaffirmation que l'évaluation peut être succincte non pas, comme précédemment, en cas d'urgence, mais « *s'il s'agit de faire face à une situation imprévisible* » (CGCT, art. L. 1414-2, I) : si la formulation retenue semble plus large, il n'en n'est en fait rien, le Conseil constitutionnel ayant fait une réserve d'interprétation en jugeant que cette possibilité se limite « *au seul cas d'urgence qui résulte d'une situation imprévisible au sens de la force majeure* » (Cons. const., 24 juill. 2008, n° 2008-567 DC, consid. 4) ;
- par ailleurs, la loi précise utilement que le critère du coût global doit s'entendre « *hors taxes* », afin d'éliminer les biais fiscaux qui pourraient subsister (CGCT, art. L. 1414-2, I) ;
- enfin, le ministre chargé de l'Économie est chargé de définir une « *méthodologie* », que tout le monde attend avec impa-

tience (CGCT, art. L. 1414-2, I, *in fine*). Le Conseil constitutionnel, a jugé que cette méthodologie n'était pas contraire au principe de libre administration des collectivités locales, car elle n'a pour but que « *de fournir une aide à la décision aux collectivités territoriales qui envisagent de recourir à un contrat de partenariat* » (Cons. const., 24 juill. 2008, n° 2008-567 DC, consid. 6).

### II – LA COLLECTIVITÉ « CHEF DE FILE »

Il est prévu que « *lorsque la réalisation d'un projet relève simultanément de la compétence de plusieurs personnes publiques, ces dernières peuvent désigner par convention celle d'entre elles qui réalisera l'évaluation préalable, conduira la procédure de passation* » (CGCT, art. L. 1414-3, III).

Cette disposition offre à plusieurs personnes publiques la possibilité de se regrouper pour conclure un contrat de partenariat, sous réserve de désigner par convention une entité « *chef de file* ». Elle s'inspire des dispositions 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, dite « *loi MOP* ». Pour reprendre les mots du rapporteur au Sénat, « *ainsi une opération de rénovation urbaine qui concerne plusieurs acteurs publics (communes, groupements de collectivités territoriales, départements, offices publics d'HLM ...) pourra-t-elle faire l'objet d'un contrat de partenariat piloté par une des personnes publiques intéressées* » (Rapp. Sénat, n° 239, 2007-2008, par M. Béteille au nom de la Commission des lois sur le projet de loi relatif aux contrats de partenariats, p. 46). On voit que ces dispositions intéressent particulièrement les collectivités territoriales, dont les compétences enchevêtrées pouvaient être de nature à faire obstacle à la conclusion de tels contrats.

Le législateur voulait aller plus loin en prévoyant que la personne publique chef de file puisse signer le contrat de partenariat et, éventuellement, en suivre l'exécution, la convention précisant alors les conditions du transfert de compétences. Mais le Conseil constitutionnel a considéré que de telles dispositions donnaient à la collectivité désignée le pouvoir, non pas simplement d'organiser, mais bien de déterminer les modalités de l'action commune de plusieurs collectivités. Dès lors, a estimé le Conseil, elles allaient plus loin que ne le permet l'alinéa 5 de l'article 72 de la Constitution qui prescrit qu'« *aucune collectivité territoriale ne peut exercer une tutelle sur une autre. Cependant, lorsque l'exercice d'une compétence nécessite le concours de plusieurs collectivités territoriales, la loi peut autoriser l'une d'entre elles ou un de leurs groupements à organiser les modalités de leur action commune* » (Cons. const., 24 juill. 2008, n° 2008-567 DC, consid. 33).

On en conclut que le contrat devra être signé par chacune des collectivités intéressées.

(1) On ne traitera ici que des modifications apportées à la procédure par la loi du 28 juillet dernier. Pour la description de la procédure elle-même, qui comporte des particularités notables pour les collectivités territoriales, nous renvoyons notamment, outre aux présents développements dans cette Revue, à notre article (Bezançon X. et Fornacciari M., Le contrat de partenariat et la collectivité territoriale, Mon. TP 18 mars 2005, Cahier détaché n° 2) et à notre ouvrage (Bergère F., Bezançon X., Deruy L., Fiszelson R. et Fornacciari M., Le guide opérationnel des PPP, Éd. Le Moniteur, coll. Guides juridiques, 2<sup>e</sup> éd., juin 2007).

### III – LES DIFFÉRENTES PROCÉDURES DE PASSATION

L'ordonnance n° 2004-559 du 17 juin 2004 sur les contrats de partenariat était binaire : la procédure était le dialogue compétitif en cas de complexité et l'appel d'offres en cas d'urgence. La loi de ce 28 juillet utilise en revanche toutes les possibilités offertes par la directive CE n° 2004/18 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 (JOUE 30 avr., n° L 134), à laquelle le Conseil d'État a rappelé qu'étaient soumis les contrats de partenariat (CE, Sect., 29 oct. 2004, n°s 269814, 271119, 271357 et 271362, Sueur et autres, RFD adm. 2004, p. 1103, concl. Casas D., AJDA 2004, p. 2383). Elle prévoit en effet trois procédures : le dialogue compétitif, l'appel d'offres et la procédure négociée.

#### A.– Le dialogue compétitif

L'objet du présent article n'est pas de décrire cette procédure, codifiée à l'article L. 1414-7 du Code général des collectivités territoriales dans des termes qui n'ont pas évolué.

Nous voudrions cependant attirer l'attention sur les dispositions de la loi qui précisent que cette procédure peut être employée « *compte tenu de la complexité du projet et quel que soit le critère d'éligibilité retenu en application de l'article L. 1414-3 pour fonder le recours au contrat de partenariat* » (CGCT, art. L. 1414-2, II, 1°), c'est-à-dire la complexité, l'urgence et le bilan coûts-avantages.

Cette phrase ne veut pas dire que l'on peut recourir au dialogue compétitif dans tous les cas. Cela n'est possible qu'en cas de complexité. En effet, si la complexité est devenue une condition de légalité des contrats de partenariat, c'est à l'origine une notion purement procédurale. C'est la condition à laquelle la directive CE n° 2004/18 du 31 mars 2004 subordonne la possibilité de recourir à cette procédure, qui est une dérogation à la procédure de droit commun qu'est l'appel d'offres. Par conséquent, la loi, qui doit sur ce point respecter la directive, n'a pas pu vouloir dire que l'on pouvait recourir au dialogue compétitif dans le cadre d'un projet qui serait urgent ou présenterait un bilan coûts/avantages positif sans pour autant être complexe. Elle ne peut viser que le cas où la personne publique s'est fondée sur l'urgence ou le bilan positif pour recourir à un contrat de partenariat, mais où, par ailleurs, le projet est complexe au sens de la directive et permet donc le recours au dialogue compétitif.

Ce point est important pour l'organisation de la procédure de passation. Imaginons un projet soumis à la MAPPP sur la base du bilan coûts/avantages mais pour lequel la collectivité entend bien recourir au dialogue compétitif. La MAPPP ne contrôlera pas si le projet est bien complexe, car elle n'est pas en général saisie – et n'a pas à l'être – de la procédure de passation. La collectivité ne risquera donc pas la censure de la MAPPP pour défaut de complexité, mais ce ne sera que partie remise car le juge pourra, lui, être saisi de la question, au besoin par voie de recours précontractuel.

L'article L. 1414-5 du Code général des collectivités territoriales dispose que « *si tel n'est pas le cas [c'est-à-dire s'il n'y pas complexité], (la collectivité) indique que les candidats admis présenteront une offre selon la procédure d'appel d'offres prévue à l'article L. 1414-8 ou selon la procédure négociée prévue à l'article L. 1414-8-1* ». Une telle formulation peut prêter à confusion : nous ne voyons pas pourquoi, si le projet répond à la condition de complexité, il ne serait pas possible de recourir à la procédure d'appel d'offres ou à la procédure négociée. À notre avis, le texte veut dire qu'en l'absence de complexité, la procédure de dialogue compétitif n'est pas possible,

mais n'entend pas exclure le recours aux deux autres procédures, quel que soit le critère d'éligibilité retenu pour recourir au contrat de partenariat.

#### B.– L'appel d'offres

La procédure n'appelle pas de remarque particulière. Elle continue à être régie, pour les collectivités et établissements locaux, par l'article L. 1414-8 du Code général des collectivités territoriales et, pour l'État, par le décret n° 2004-1145 du 27 octobre 2004, ces deux textes n'ayant subi aucun changement.

#### C.– La procédure négociée

C'est une des nouveautés de la loi, qui n'est pas réservée aux collectivités territoriales (l'article 7-III modifié de l'ordonnance du 17 juin 2004 prévoit des dispositions similaires pour l'État), mais qui peut les intéresser plus particulièrement si l'on admet qu'elles sont susceptibles de conduire des projets moins importants que ceux de l'État. L'article L. 1414-8-1 du Code général des collectivités territoriales prévoit que « *lorsque le montant du contrat à réaliser est inférieur à un seuil fixé par décret, la personne publique peut recourir à une procédure négociée avec publication d'un avis d'appel public à la concurrence. Cette procédure est définie librement par la personne publique dans le règlement de la consultation, sous réserve du respect des dispositions des articles L. 1414-3, L. 1414-4, L. 1414-6, L. 1414-9, L. 1414-10, L. 1414-11 et L. 1414-13* ».

On le répète, la procédure du contrat de partenariat doit être conforme aux dispositions de la directive CE n° 2004/18 du 31 mars 2004. Or, le recours à la procédure négociée avec publication d'un avis de marché n'est possible que dans des cas bien précis, strictement énumérés à l'article 30 de ce texte (par exemple, en présence d'offres irrégulières, ou pour des marchés dont la nature ou les aléas empêchent la fixation préalable et globale des prix, etc.).

En vérité, on pouvait aller plus loin pour les entreprises dites de réseaux, soumises à raison de leur activité à la directive CE n° 2004/17 du 31 mars 2004 (JOUE 30 avr., n° L 134), qui leur permet de recourir librement à la procédure négociée. C'est ce que voulait faire le législateur en leur permettant d'avoir de plein droit recours à la procédure négociée prévue par l'ordonnance n° 2005-649 du 6 juin 2005 au dessus d'un certain seuil, et à celle prévue par l'article 7-III de l'ordonnance n° 2004-559 du 17 juin 2004 au dessous de ce seuil. Étaient ainsi définies deux procédures alternatives. Mais par une regrettable erreur de plume, le législateur a écrit, pour le second cas « *supérieur au seuil* », alors qu'il voulait dire « *inférieur* ». Cela rendait le texte inintelligible et le Conseil constitutionnel, soulevant le moyen d'office, a annulé cette disposition (Cons. const., 24 juill. 2008, n° 2008-567 DC, consid. 40).

Cela dit, et même si la procédure est librement fixée par la personne publique, nous conseillons aux collectivités territoriales de profiter des acquis méthodologiques du dialogue compétitif, et de structurer leur négociation en conséquence :

- dans un projet classique, prévoir une première phase de négociation essentiellement consacrée aux fonctionnalités de l'ouvrage et au projet architectural ;
- une seconde phase faisant une plus large place aux aspects financiers, juridiques et techniques, aux questions d'entretien-maintenance, aux pénalités ;
- éventuellement une troisième phase d'approfondissement, qui peut être avantageusement remplacée par des ateliers thématiques ;
- enfin, lorsque la personne publique s'estime suffisamment informée, elle demande au candidat de présenter sa meilleure offre.

En revanche, la collectivité pourra s'affranchir des principales rigidités du dialogue compétitif : les délais, dont deux sont obligatoires (le délai de 40 jours de présentation des candidatures et le délai de 30 jours pour présenter l'offre finale), et, surtout, de la nécessité de ne pas renégocier avec le candidat sur l'offre finale.

Attention cependant : si la procédure est librement fixée par le règlement de consultation, il est de jurisprudence constante que, lorsque l'administration se soumet librement à une procédure, elle est ensuite tenue de la respecter scrupuleusement à peine d'illégalité (cf., par exemple, CE, 21 sept. 1992, n° 111.555, Cne de Bagnols-sur-Cèze c./SARL Alpha ambulances, Rec. CE tables 1992, p. 1105).

#### IV – L'OCTROI DES PRIMES

Les candidats se plaignent : se présenter à un contrat de partenariat coûte cher. En effet, l'offre exigée au stade de l'offre finale est du niveau de l'avant-projet définitif (APD) ou du dossier de permis de construire. Le candidat dépense par conséquent des sommes considérables en conseils divers et en frais de maîtrise d'œuvre, puisque le travail de l'architecte est important. On commençait à en voir les effets, certains candidats ne se présentant plus aux appels d'offres si certaines conditions n'étaient pas remplies. Aussi l'habitude s'était-elle prise de leur attribuer une prime.

La modification de l'article L. 1414-7 du Code général des collectivités territoriales officialise cette pratique, qui prévoit désormais qu'« *il peut être prévu dans l'avis d'appel public à la concurrence ou le règlement de la consultation qu'une prime sera allouée à tous les candidats ou à ceux dont les offres ont été les mieux classées* » et fait même obligation de verser cette prime, sans toutefois en fixer le montant, « *lorsque les demandes de la personne publique impliquent un investissement significatif pour les candidats ayant participé au dialogue compétitif* ».

Comme la loi ne précise pas ce qu'est un « *investissement significatif* », nous conseillons de prévoir une prime dans tous les cas. Il est d'ailleurs possible de la limiter aux candidats ayant remis une offre finale jugée acceptable, pour éviter le phénomène des candidats indécis chasseurs de prime qui remettraient des offres formelles pour toucher la récompense. L'octroi d'une prime est également possible dans le cadre de la « *procédure du promoteur* » de l'article L. 1414-11 du Code général des collectivités territoriales. On sait que cet article permet à une entreprise de saisir l'administration d'un projet. Cette procédure, faite pour favoriser l'innovation et l'esprit d'entreprise, a déjà été utilisée au moins une fois par une collectivité territoriale dans le cas du contrat de partenariat passé par le département d'Eure-et-Loir pour la fourniture et la maintenance de l'informatique de ses collègues. Mais elle reste peu utilisée car, pour des raisons juridiques que l'on comprend, le promoteur de l'idée est ensuite remis en concurrence avec les autres candidats. L'octroi d'une prime fera qu'il n'aura pas tout perdu en cas d'échec. À tout le moins sera-t-il encouragé à présenter des projets à l'administration. Nous conseillons vivement de prévoir une rémunération adéquate.

#### V – LES CRITÈRES DE CHOIX DES OFFRES

Les critères obligatoires n'ont pas fondamentalement changé, trois précisions ont cependant été apportées.

##### A.– Le critère des performances

Il faut faire obligatoirement figurer comme critère d'attribution des objectifs de performance définis comme précédem-

ment en fonction de l'objet du contrat, mais la loi ajoute « *en particulier en matière de développement durable* » (CGCT, art. L. 1414-9, I, al. 3). La rédaction incite à penser qu'il faut obligatoirement prendre en compte le développement durable dans les contrats de partenariat.

##### B.– Le critère du coût global

La loi précise que le coût global doit se calculer de façon simple : c'est « *la somme des coûts actualisés générés par la conception, le financement, la construction ou la transformation, l'entretien, la maintenance, l'exploitation ou la gestion d'ouvrages, d'équipements ou de biens immatériels, les prestations de service prévus sur la durée du contrat* » (CGCT, art. L. 1414-9, I, al. 3). En clair, il s'agit de la somme des loyers. Il n'est donc pas question de prendre en compte d'autres éléments.

Une question demeure délicate : les recettes provenant de prestations destinées à satisfaire des besoins autres que ceux de la personne publique (les fameuses recettes de tiers) sont en général partagées entre partenaire public et partenaire privé, une partie est parfois garantie, etc. On hésite toujours sur la façon de comptabiliser ces recettes aléatoires et variables, puisque dépendant du chiffre d'affaires réalisé par le partenaire privé.

##### C.– Le critère des PME

De légalité à notre avis très douteuse au regard du droit communautaire et même du droit interne après la décision du Conseil d'État (CE, 9 juill. 2007, n° 297711, Syndicat EGF-BTP et autres, BJCP 2007, n° 54, p. 366, concl. Boulouis N.), ce critère subsiste.

Nous attirons l'attention des collectivités sur le fait que ce qui compte, c'est « *la part d'exécution du contrat que le candidat s'engage à confier à des petites et moyennes entreprises et à des artisans* » (CGCT, art. L. 1414-9, I, al. 3). À notre avis, la loi a entendu favoriser l'accès direct des petits entrepreneurs aux contrats de partenariat, pour prendre en compte leur critique selon laquelle cette formule, de par son caractère global, était difficilement accessible aux PME. Par conséquent, ce qu'il faut prendre en compte, ce sont les contractants directs du partenaire privé et non les sous-traitants de son entrepreneur. On sait que, dans ces conditions, les « notes » des candidats ne sont guère satisfaisantes.

L'article 26, 2° de la loi du 28 juillet 2008 a introduit une précision selon laquelle il faut notamment prendre en compte le montant des travaux confiés aux PME « *notamment en matière de développement durable* ».

Enfin, pour des raisons de pure technique juridique, la définition des PME est renvoyée au décret, ce qui ne va pas faciliter la tâche des personnes publiques. Mais, la loi n'étant applicable qu'aux contrats dont l'avis d'appel à candidature a été passé après son entrée en vigueur, il suffit que cette définition intervienne au cours des procédures qui vont être lancées. Rappelons en tous cas que « *petites et moyennes entreprises* » ne veut pas dire « *entreprises locales* », mais qu'il s'agit d'un concept dépendant du nombre de salariés et du chiffre d'affaires.

#### VI – LA NÉGOCIATION DE LA FIN DU CONTRAT

Après la remise de l'offre finale commence la phase de jugement des offres, et la phase dite de « *mise au point* ». Celle-ci est nécessaire car, compte tenu de la complexité des offres en dialogue compétitif, il faut faire préciser aux candidats certains aspects de leurs offres.

Mais attention, « *mise au point* » ne veut pas dire « *renégociation* » du contrat. Il n'est pas non plus dans l'intérêt des

candidats de pousser à une telle renégociation, car ils s'exposeraient à un risque contentieux considérable. Il serait en effet possible à un candidat évincé de demander au juge communication de l'offre finale du candidat retenu, et de démontrer que la distance entre celle-ci et le contrat final va au-delà de la simple « mise au point ».

L'article L. 1414-7 du Code général des collectivités territoriales précise bien que « *la personne publique peut demander des clarifications, des précisions, des compléments ou des perfectionnements concernant les offres déposées par les candidats ainsi que la confirmation de certains des engagements, notamment financiers, qui y figurent. Cependant, ces demandes ne peuvent avoir pour effet de modifier les éléments fondamentaux de l'offre ou des caractéristiques essentielles du contrat dont la variation est susceptible de fausser la concurrence ou d'avoir un effet discriminatoire* » (les termes soulignés sont un ajout de l'article 24 de la loi du 28 juillet 2008).

Le mot « *perfectionnement* » est repris de la directive CE n° 2004/18, mais à notre avis, il ne peut signifier « *amélioration* », ce qui sous-entendrait négociation. D'autre part, le rajout à la fin de l'alinéa donne à penser qu'une demande qui n'aurait pas pour effet de fausser la concurrence ou d'avoir un effet discriminant serait possible.

La loi introduit un second assouplissement à cette prohibition de négociation finale en prévoyant qu'il est possible de réitérer ces demandes, et sous les mêmes réserves, au « *candidat identifié comme ayant remis l'offre la plus avantageuse* » (CGCT, art. L. 1414-9, II).

Cet ajout intelligent officialise une pratique : la mise au point étant une formalité très lourde, est très vite apparue la nécessité de discuter en exclusivité avec le candidat se détachant en

tête. Le nouveau texte confirme que cela est possible. Nous conseillons d'indiquer aux candidats ayant remis une offre finale et ayant produit des clarifications et confirmations que la phase de clarification va se poursuivre après une certaine date avec celui de candidats qui, à cette date, paraîtra avoir remis l'offre économiquement la plus avantageuse. Il faut alors prévoir que, si des difficultés apparaissent ou persistent avec ce candidat, la mise au point sera poursuivie avec le candidat paraissant classé second.

## VII – LES POINTS NON RÉSOLUS

On regrette qu'un certain nombre de points d'incertitude subsistent dans la procédure de passation.

On a mentionné les PME : il aurait mieux valu préciser expressément ce qu'on entend par « *part de l'exécution du contrat* ». Une autre incertitude tient à la date de la saisine de certains organismes consultatifs. Ainsi des comités techniques paritaires : une décision du Conseil d'État, rendue en matière de délégation de service public, juge que la saisine doit se faire avant que « *les organes compétents ne prennent parti sur les questions soumises* » à la consultation du comité (CE, 11 mars 1998, n° 168.403, Cne de Rognes). Cela implique-t-il une saisine avant la signature du contrat ou avant la décision, prévue spécifiquement pour les collectivités territoriales à l'article L. 1414-2 *in fine* du Code général des collectivités territoriales, par laquelle l'organe délibérant se prononce sur le principe du recours à un contrat de partenariat ? Dans le doute, il est sans doute préférable de procéder à une information du comité technique paritaire préalablement à la décision de recourir au contrat de partenariat (sur cette question, voir les réflexions de Marc E., RLCT 2008/39, n° 1133). ♦