

# Recours au marché de partenariat : des justifications indispensables...

Lorsque les collectivités territoriales envisagent de recourir à un marché de partenariat, elles doivent y consacrer un temps nécessaire. En effet, les acheteurs doivent justifier de manière précise et détaillée le recours au marché de partenariat sous peine d'annulation de la délibération approuvant le choix de recourir à ce type de marché.

Sur le terrain juridique, l'attention s'est récemment portée du côté de Marseille, dans le cadre de l'opération de rénovation des écoles « GEEP » et de construction d'établissements nouveaux lancée par la Ville.

Saisie par le conseil régional de l'ordre des architectes, le conseil national de l'ordre des architectes et trois contribuables marseillais, la juridiction annule la délibération du conseil municipal de la Ville de Marseille du 16 octobre 2017, par laquelle ce dernier approuvait le principe du recours à un accord-cadre de marchés de partenariat et à des marchés de partenariat subséquents<sup>(1)</sup>.

Sous l'angle du droit de la commande publique, ce jugement est d'abord intéressant en ce qu'il vient préciser le régime du recours « Tarn et Garonne » et son articulation avec les actes détachables du contrat.

## Articulation du recours « Tarn-et-Garonne » avec les actes détachables du contrat

La Ville soulevait en effet en défense l'irrecevabilité du recours, en estimant que les requérants ne pouvaient pas contester, devant le juge de l'excès de pouvoir, la légalité de la délibération du conseil municipal, approuvant le principe du recours à un accord-cadre de marchés de partenariat et à des marchés de partenariat subséquents.

[1] TA Marseille 12 février 2019, affaires numéros 1709848, 1709963 et 1710044.

### Auteur

**Jean-Marc Peyrical**

Avocat associé

**Pierre Cailloce**

Avocat à la Cour

Cabinet Peyrical & Sabattier Associés

### Références

TA Marseille 12 février 2019, req. n° 1709848-1709963 et 1710044

### Mots clés

Actes détachables • Justifications • Marché de partenariat • Recours « Tarn-et-Garonne »



On le sait en effet, depuis la décision du Conseil d'État dite « Tarn et Garonne »<sup>[2]</sup>, si tout tiers à un contrat administratif est désormais recevable à former devant le juge du contrat un recours de pleine juridiction contestant la validité du contrat ou de certaines de ses clauses non réglementaires qui en sont divisibles, il est, en corrélation, privé de son droit de former un recours en excès de pouvoir contre certains actes détachables dudit contrat.

Par exemple, la délibération d'un conseil municipal attribuant un contrat de délégation de service public, est qualifié d'acte préalable au contrat lui-même et ne peut pas faire l'objet d'un recours en excès de pouvoir<sup>[3]</sup>.

Il s'agit toutefois bien de certains actes détachables, à savoir ceux relatifs au choix du cocontractant, la délibération autorisant la conclusion du contrat et la décision de le signer.

La jurisprudence rendue postérieurement à la décision « Tarn et Garonne » a pu confirmer que tout acte détachable – on serait tenté de dire n'importe quel acte détachable – n'était pas nécessairement concerné par cette impossibilité de former un recours en excès de pouvoir.

Ainsi, dans une décision du 23 décembre 2016<sup>[4]</sup>, le Conseil d'État a précisé que les tiers à un contrat administratif sont recevables à contester devant le juge de l'excès de pouvoir la légalité de « l'acte administratif portant approbation du contrat ». Il s'agissait, dans cette décision, de la décision implicite de rejet résultant du silence gardé par le Premier ministre sur la demande du requérant, tendant au retrait du décret n° 2015-154 du 11 février 2015 approuvant le contrat de partenariat passé entre SNCF Réseau et la SAS Gare de la Mogère pour la conception, la construction, l'entretien, la maintenance et le financement du pôle d'échange multimodal Montpellier Sud de France.

Dans le jugement commenté, en l'espèce, le TA de Marseille a reconnu la recevabilité du recours contre la délibération, en l'argumentant sur le fondement des dispositions particulières de l'article 77 de l'ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics, propres aux marchés de partenariat :

« Il résulte de ces dispositions 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. Les recours dirigés contre la délibération du 16 octobre

2017 approuvant le choix de recourir à un marché de partenariat pour construire 34 écoles à Marseille sont par suite recevables ».

Ainsi, la délibération approuvant le principe de recourir à un marché de partenariat (accord-cadre de marché de partenariat en l'espèce) peut faire l'objet d'un recours en excès de pouvoir, dès lors qu'elle n'est ni un acte préparatoire mais détachable du contrat mais un acte autonome susceptible de faire l'objet d'un tel recours.

Si le TA s'est borné à invoquer les dispositions particulières applicables aux marchés de partenariat, pour conclure dans le cas d'espèce à la recevabilité du recours, la rédaction de son considérant 8 semble avoir une portée plus large.

Il n'aura pas échappé en effet que ce dernier mentionne de manière incidente le marché de partenariat dans ce qui semble s'apparenter, si ce n'est à une affirmation de principe, à tout le moins à une règle dont la portée dépasse le simple champ du recours lui étant soumis :

« Il résulte de ces dispositions 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 ».

L'insertion des mots « tel le marché de partenariat », intercalés entre deux virgules, nous porte à croire que, pour le TA de Marseille, c'est bien toute délibération de l'assemblée délibérante d'une collectivité territoriale, se prononçant sur le choix d'une catégorie contractuelle, qui peut faire l'objet d'un recours en excès de pouvoir.

Ce choix s'exerce en matière de marché de partenariat mais, également, en matière de délégation de service public, avec la délibération de principe sur le mode de gestion, mentionnée à l'article L. 1411-4 du CGCT.

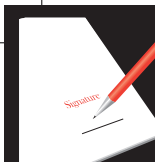
Et on ne peut s'empêcher de penser que le TA de Marseille s'est, si ce n'est fondé, du moins inspiré des conclusions du rapporteur public Bertrand Dacosta, prononcées sous l'arrêt *Tarn-et-Garonne* :

« En revanche, la notion d'acte préparatoire ne peut pas attirer des décisions administratives qui ont précédé la conclusion d'un contrat, mais qui n'ont pas eu cette seule fin. Ainsi, la loi « Sapin » du 29 janvier 1993 a-t-elle prévu, pour les collectivités territoriales, que l'assemblée délibérante doit se prononcer sur le principe de toute délégation de service public local, après avoir recueilli l'avis de la commission consultative des services publics locaux (cf. l'article L. 1411-4 du CGCT). Cette délibération de principe peut faire l'objet d'un recours pour excès de pouvoir (CE, 24 novembre 2010, Association Fédération d'action régionale pour l'environnement, T.). Vous avez jugé qu'« à l'appui d'un tel recours peuvent être utilement invoqués des moyens relatifs aux vices propres dont cette décision serait entachée ou à la légalité du principe du recours à un délégataire pour la gestion du service », mais que « sont, en revanche, inopérants des moyens relatifs aux caractéristiques et aux moda-

[2] CE 4 avril 2014, req. n° 358994.

[3] CAA Lyon 20 septembre 2018, req. n° 15LY04042.

[4] CE 23 décembre 2016, Association Etudes et consommation CFDT du Languedoc-Roussillon, req. n° 392815.



lités de mise en oeuvre ultérieure de la délégation ou des prestations que cette délibération n'a pas pour objet d'arrêter définitivement » (CE, 4 juillet 2012, Association Fédération d'action régionale pour l'environnement, T.). Une telle délibération ne constitue donc pas un acte préparatoire dont le contentieux pourrait basculer sur celui du contrat »

Ainsi, seuls les actes n'ayant « pas d'autre portée que de permettre la formation du lien contractuel », doivent être considérés comme des « actes détachables » vis-à-vis desquels le recours en excès de pouvoir est fermé.

Le jugement commenté est une illustration de cette règle, considérant que la délibération de principe de recourir à un marché de partenariat n'a aucun lien avec la conclusion du contrat et donc la formation de ce dernier avec le futur titulaire.

Et d'une certaine manière, la décision marseillaise s'inscrit dans la lignée de l'arrêt *Syndicat intercommunal à vocation unique de la station d'épuration du Limouxin*<sup>[5]</sup>.

Si la question posée au juge dans cet arrêt était différente – à savoir comment appliquer dans le temps la réforme du droit des contrats de concession – le Conseil d'État a pu préciser que la délibération prise sur le fondement de l'article L. 1411-4 du CGCT ne se rapportait pas à la procédure de passation du contrat de délégation de service public.

Au contraire, elle s'en distingue et elle « a pour objet d'entériner le principe d'une mise en gestion déléguée d'un service public et d'autoriser l'autorité exécutive compétente à lancer la consultation ». Autrement dit, elle consacre le principe de conclure un contrat relatif à l'exécution / la gestion d'un service public :

« Considérant que dans la mesure où la délibération prévue à l'article L. 1411-4 (...) constitue un préalable obligatoire au lancement d'une procédure d'attribution d'un contrat de délégation de service public par une collectivité territoriale, cette délibération, qui a pour objet d'entériner le principe d'une mise en gestion déléguée d'un service public et d'autoriser l'autorité exécutive compétente à lancer la consultation, intervient antérieurement à l'engagement de la consultation des opérateurs économiques ; que, par conséquent, cette délibération ne peut être regardée comme la première étape de l'engagement d'une consultation en vue de l'attribution d'une concession, au sens des dispositions de l'article 78 de l'ordonnance du 29 janvier 2016 et de l'article 55 du décret du 1<sup>er</sup> février 2016 pris pour son application ».

[5] CE 24 mai 2017, *Syndicat intercommunal à vocation unique de la station d'épuration du Limouxin*, req. n° 407264.

## De l'importance d'effectuer une comparaison objective et rigoureuse des différents contrats

Sous l'angle du droit spécifique des marchés de partenariat, ce jugement est ensuite particulièrement intéressant en ce qu'il vient rappeler toute l'importance d'effectuer une comparaison objective et rigoureuse des différents contrats de la commande publique permettant de satisfaire un besoin donné.

### Les acheteurs doivent justifier de manière précise et détaillée le recours au marché de partenariat

Pour censurer l'appréciation portée par la Ville de Marseille quant à la justification du recours au marché de partenariat ou, plus exactement, quant à l'absence de supériorité de ce montage par rapport aux autres contrats de la commande publique, le TA s'appuie sur les commentaires portés dans l'avis de Fin Infra et retient :

– de première part, la sous-estimation du poste « coût de maîtrise d'ouvrage » en marché de partenariat et l'absence d'explication du taux d'honoraires de conception et de contrôle qui a été estimé plus important en maîtrise d'ouvrage publique.

En particulier, les juges estiment que, compte tenu des postes que recouvre le coût de maîtrise d'ouvrage en marché de partenariat, ce dernier devait plutôt être évalué entre 5 et 8 % du coût des travaux, alors que l'évaluation préalable prenait une hypothèse de 3 % de ces coûts.

En effet, pour le TA, ce coût comprend des missions assez larges, intégrant notamment les « frais d'offre et de pilotage en période de passation du contrat, dont les frais de conseil, les frais généraux de la société de projet dédiée, les coûts directs de maîtrise d'ouvrage et potentiellement la rémunération d'un promoteur en cas de structuration autour d'un contrat de promotion immobilière » ;

– de deuxième part, la sous-estimation des indemnités dues aux candidats non retenus en marché de partenariat.

En l'espèce, le montant total des indemnités dues aux candidats non retenus pour le marché de partenariat était de 1 500 000 euros (sur la base de trois marchés subséquents), alors que dans le montage en loi MOP, l'évaluation préalable retenait un montant de 5 100 000 euros (trois primes de 50 000 euros par groupe scolaire, au nombre de 34 au total).

Sans clairement juger que les montants étaient erronés, les juges – reprenant l'appréciation de Fin Infra sur ce point – estiment que le chiffrage concernant le marché de partenariat se situe dans la fourchette basse de ce genre de montage.

Effectivement, sur la base trois marchés subséquents avec quatre opérateurs économiques admis au dia-



logue<sup>(6)</sup>, la prime aux candidats évincés représentait ainsi environ 160 000 € par candidat, qui peut paraître faible au regard des « vagues » de construction envisagées<sup>(7)</sup> et de l'importance, notamment, des prestations attendues de conception pendant la procédure de passation.

Notons toutefois que, juridiquement, les règles de calcul des primes aux candidats évincés sont différentes selon les montages. Elles sont d'abord strictes et très encadrées en concours de maîtrise d'œuvre<sup>(8)</sup>.

Au contraire, aucune disposition spécifique aux marchés de partenariat n'existe et une plus grande souplesse est laissée aux pouvoirs adjudicateurs, puisque la prime est facultative même si elle est, *in fine*, assez suggérée notamment en dialogue compétitif<sup>(9)</sup>.

Rien n'interdisait donc de prendre des hypothèses de calcul différentes, même si, s'agissant de la comparaison des coûts, une approche plus réaliste et économique pouvait être adoptée et c'est justement ce que reprochent les juges marseillais à la délibération attaquée ;

– de troisième part, que la valorisation immobilière prévue dans l'accord-cadre de marché de partenariat ne peut être prise en compte et intégrée comme un avantage en faveur de ce montage, que pour autant qu'elle fasse l'objet d'une évaluation précise, notamment en ce qui concerne les recettes générées.

Sur ce point, l'approche des juges est particulièrement intéressante et oblige les collectivités territoriales à pousser plus loin le raisonnement s'agissant des différentes hypothèses envisagées dans l'évaluation préalable, notamment les recettes dites « annexes ».

L'on sait en effet que le titulaire d'un marché de partenariat peut générer des « revenus issus de l'exercice d'activités annexes ou de la valorisation du domaine » par ce dernier et que ces revenus « viennent diminuer le montant de la rémunération versée par l'acheteur »<sup>(10)</sup>.

Il s'agit donc d'un élément intrinsèque à ce montage et pouvant lui conférer un réel avantage, au regard d'autres montages contractuels.

Mais le TA de Marseille invite à plus de précisions :

« La ville de Marseille ne peut se borner à soutenir que cette valorisation avantagerait nécessairement le montage en marché de partenariat dès lors que cette absence de valorisation ne permet pas d'apprécier en toute connaissance de cause, ce que l'évaluation préalable a précisément pour objet de démontrer, que le marché de partenariat présente le bilan le plus favorable. Fin Infra insiste sur cette valorisation, dès l'introduction de

son avis au stade de la présentation du projet comme dans sa liste de recommandations, et recommande à la ville de Marseille de « réaliser une valorisation ex-ante du foncier pour bien situer les offres des candidats par rapport à cette valorisation (rendre la valorisation efficiente) ».

Il est vrai que, en l'espèce, la Ville de Marseille s'était abstenue :

- d'identifier et d'arrêter définitivement les emprises susceptibles d'être valorisées ;
- de chiffrer les recettes liées à la valorisation immobilière et de les intégrer dans le modèle de la comparaison économique.

Ainsi, elle ne pouvait se borner à, seulement, mentionner la possibilité de développement de recettes annexes dans un marché de partenariat, pour en tirer des conséquences sur le caractère plus intéressant de ce montage.

Pour le juge, il aurait fallu qu'elle chiffre précisément les conséquences financières du montage et de l'opération permettant cette valorisation, tant en recettes qu'en charges pour le futur titulaire et la collectivité, afin que la comparaison soit sincère.

Risque donc la censure le pouvoir adjudicateur qui s'abstient d'apporter des éléments précis concernant la valorisation immobilière (ou autre valorisation), sans identifier précisément la valeur ajoutée que cette dernière apporte au montage ;

– de quatrième part, que la valorisation monétaire des risques, entraînant une diminution du montant du coût global de 3 % du montage en marché de partenariat (par rapport au montant estimé avant la valorisation des risques) et une augmentation du coût global de 18,3 % du montage en maîtrise d'ouvrage publique, n'était pas justifiée au regard de circonstances particulières propres au pouvoir adjudicateur et ne pouvait pas consister en une simple reprise du modèle financier d'évaluation préalable.

Là encore, les juges adoptent une position assez pragmatique.

Sans remettre en cause le fait que la valorisation des risques induise une augmentation du coût global du montage en maîtrise d'ouvrage publique, encore faut-il que les hypothèses retenues dans l'évaluation préalable soient étayées et démontrées, en lien avec le projet particulier pour lequel l'évaluation est réalisée.

Le caractère certainement standard – et dénué de lien avec le projet des écoles de la Ville de Marseille – de l'évaluation préalable sur la partie valorisation des risques, a pu conduire les juges à adopter cette position :

« Les risques identifiés dans l'évaluation préalable et répertoriés en trois catégories tenant, d'une part, aux risques liés à la phase de conception et de réalisation des travaux, d'autre part, aux risques liés aux prestations de Gros Entretien et Renouvellement des ouvrages et, enfin, aux risques liés aux prestations d'entretien

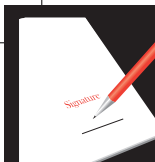
(6) Voir l'avis de marché publié par la Ville dont il est fait référence ci-après dans le présent article.

(7) La première vague devait normalement concerner 14 établissements répartis en deux marchés subséquents (voir avis de marché susmentionné).

(8) Cf. décret n° 2016-360 du 25 mars 2016, art. 90-III.

(9) Cf. décret n° 2016-360 du 25 mars 2016, art. 76-V.

(10) Ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015, art. 83.



courant des ouvrages ne le sont pourtant que de manière générale, sans autres explications liées au projet »

Là encore, l'on ne peut que considérer que le TA de Marseille invite les acheteurs à plus de détails et plus de justifications quant aux hypothèses envisagées.

### Insuffisance des justifications apportées par la Ville de Marseille

Au total, les différentes insuffisances, qualifiées d'importantes, ne permettraient pas « d'apprécier en toute transparence ce contrat global », ce qui fait 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.

On aurait pu penser que le juge sanctionne également l'évaluation préalable, dans la mesure où, au regard de l'objet de l'accord-cadre de marchés de partenariat finalement retenu, le montage en marché public global de performances (MPGP) aurait été une alternative intéressante qui, à tout le moins, devait être retenue dans la comparaison effectuée au titre de l'évaluation préalable.

Or, à lire le jugement intervenu, aucune comparaison avec ce montage n'était effectuée, ce qui, à notre sens, aurait pu suffire pour entacher d'irrégularité l'évaluation préalable, dès lors que la supériorité du recours au marché de partenariat n'était pas ainsi démontrée.

Les juges le rappellent d'ailleurs bien dans le considérant 15 de leur décision, le montage en maîtrise d'ouvrage publique est le montage de droit commun et, par conséquent, tout recours à un autre mode contractuel doit être démontré et étayé.

Ajoutons que la circonstance, en l'espèce, que la Ville soit prête à payer 70 % des coûts d'investissement en avance au titulaire du futur accord-cadre, a nécessairement dû peser dans le sens de la décision des juges, dès lors qu'elle efface en grande partie un intérêt majeur du recours au marché de partenariat, à savoir l'étalement de la dette sur toute la durée du marché de partenariat.

Au total, si seul l'avenir pourra préciser la portée et le retentissement de cette décision, les rédacteurs de futures évaluations préalables devront prendre soin de bien justifier en particulier les différents chiffrages et les différentes hypothèses prises en compte et ne pas se contenter de remplir le modèle proposé par Fin Infra ce qui, en passant, enlève une portée certaine audit modèle ainsi qu'à ce service spécialisé de Berçy pourtant créé - à l'époque sous la dénomination de MAPPP - pour accompagner en tant qu'organisme expert les collectivités territoriales dans leurs projets de contrats puise de marchés de partenariat.

Ainsi, s'il semble pouvoir être loisible de considérer que certains coûts, au titre de certains postes, sont plus ou moins onéreux selon les montages, il conviendra de pouvoir si ce n'est le justifier, au moins l'étayer :

- que ce soit de manière « absolue », par comparaison ou expérience dans des situations analogues ;

- ou de manière « relative », en prenant en compte des particularités propres au pouvoir adjudicateur, au territoire ou bien encore à l'objet du marché envisagé ainsi qu'à son environnement économique, ce que le TA identifie comme les « justifications propres au marché de partenariat en cause sur les paramètres [que la ville] a retenus ».

Devront également être justifiées les éventuelles « avances sur loyer » ou « subventions d'investissement », qui présentent l'avantage de réduire les coûts de financement voire de rassurer les opérateurs économiques et les prêteurs, afin de ne pas minorer l'avantage - certes non exclusif et ne suffisant pas en lui-même - tiré de la possibilité de paiement différé en marché de partenariat.

### Quelles conséquences de cette annulation ?

À titre liminaire, on doit souligner le cas particulier de la situation marseillaise puisque l'avis de publicité n'a été publié que le 21 avril 2018, pour une réception des candidatures au 15 juin 2018<sup>[11]</sup>.

Et cet avis concerne la passation « d'un accord-cadre tel que défini à l'article 4 de l'ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics, portant sur la conclusion de marchés de partenariat ainsi que prévu par l'article 150 du décret n° 2016-360 du 25 mars 2016 relatif aux marchés publics. Il s'agit d'un accord-cadre exécuté par la passation de marchés subséquents de partenariat ».

Ainsi, rien n'a été, pour l'instant, conclu, que ce soit l'accord-cadre ou les marchés subséquents.

C'est ce qui peut donc expliquer l'absence de conclusions à fin d'injonction formulées par les requérants.

Mais dans l'hypothèse inverse, l'on sait que « l'annulation d'un acte détachable d'un contrat n'implique pas nécessairement que le contrat en cause doive être annulé ; qu'il appartient au juge de l'exécution, après avoir pris en considération la nature de l'illégalité commise, soit de décider que la poursuite de l'exécution du contrat est possible, éventuellement sous réserve de mesures de régularisation prises par la personne publique ou convenues entre les parties, soit, après avoir vérifié que sa décision ne portera pas une atteinte excessive à l'intérêt général, d'enjoindre à la personne publique de résilier le contrat, le cas échéant avec un effet différé, soit, eu égard à une illégalité d'une particulière gravité, d'inviter les parties à résoudre leurs relations contractuelles ou, à défaut d'entente sur cette résolution, à saisir le juge du contrat afin qu'il en règle les modalités s'il estime que la résolution peut être une solution appropriée ; que, dans la détermination des mesures rendues nécessaires par

[11] Avis de marché 2018/S 078-173108 publié au *JOUE* du 21 avril 2018.





l'annulation, le juge de l'exécution n'est pas tenu par celles demandées par le requérant »<sup>[12]</sup>.

En l'espèce, il semble toutefois juridiquement délicat que des mesures de régularisation puissent intervenir, dès lors que c'est le principe même de recourir au marché de partenariat qui a été censuré par le juge, en raison de l'absence de bilan plus favorable, notamment sur le plan financier, qu'aurait le recours au marché de partenariat par rapport aux autres modes de réalisation.

C'est donc toute l'architecture contractuelle imaginée par la Ville de Marseille qui est remise en cause, au moins en l'état de la rédaction de l'évaluation préalable, telle que soumise au conseil municipal.

Ainsi, seule une nouvelle évaluation préalable, plus développée et étayée, en particulier sur les critiques formulées par le TA, pourrait être de nature à régulariser le vice.

Mais cela supposerait, à notre sens, que la procédure actuelle soit déclarée sans suite et que, par conséquent, les décisions ayant pu être prises (admission et rejet de candidats par exemple) soient annulées.

Surtout, la Ville, si elle entend poursuivre le recours au marché de partenariat, devra attendre que l'éventuelle nouvelle délibération soit adoptée, pour relancer un avis de publicité, ce qui suppose au préalable, notamment, la rédaction d'une nouvelle évaluation préalable et la saisine de Fin Infra.

Concrètement, ce jugement du tribunal administratif de Marseille va donc retarder, *a minima* de plusieurs mois, les opérations de construction et de rénovation des écoles de la Ville, ce qui portera évidemment préjudice aux usagers et utilisateurs de cette dernière.

Les opposants catégoriques aux « contrats de PPP » verront dans cette décision une nouvelle censure juridictionnelle du recours à l'externalisation du financement des infrastructures publiques et une démonstration des « maux » que véhiculeraient ces contrats.

Les observateurs moins polémistes y verront certainement plutôt un message de vigilance et de rigueur sur le contenu de l'évaluation préalable et l'ardente nécessité de démontrer, objectivement et au regard des circonstances particulières que peut invoquer le pouvoir adjudicateur, l'intérêt supérieur qu'il peut y avoir à conclure un marché de partenariat, par rapport aux autres contrats de la commande publique. Car telle est bien la condition juridique à mettre en avant et à respecter pour pouvoir prétendre à la conclusion de ce contrat

La phase d'élaboration et de rédaction du rapport d'évaluation préalable constitue donc bien une phase fondamentale dans la conception et le lancement d'une procédure de passation.

Nonobstant les contraintes de calendriers de l'administration et les prochaines élections municipales se profilant, les collectivités territoriales doivent y consacrer un temps nécessaire, lorsqu'elles envisagent de recourir à un marché de partenariat, sous peine d'une forte déconvenue, comme vient de le vivre la mairie de Marseille.

On ne peut toutefois s'empêcher de penser que se dresse dorénavant un nouvel obstacle au recours aux marchés de partenariat, avec la lecture relativement stricte retenue par les juges phocéens quant à la démonstration exigée des personnes publiques. Dès lors, c'est peut-être d'autres montages qui tireront leur épingle du jeu, du marché global de performances au contrat de concession, dès lors que ces derniers ne sont pas grevés des mêmes contraintes juridiques de recours.

[12] CE 10 décembre 2012, Société Lyonnaise des eaux France, req. n° 355127.