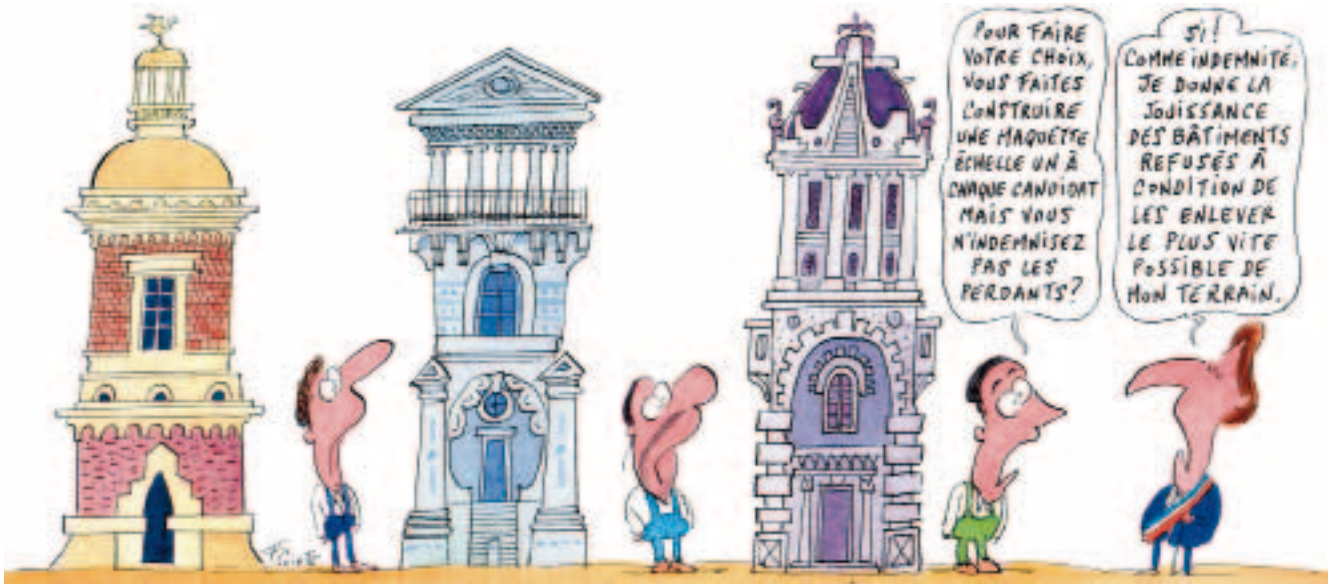

PPP

« L'investissement significatif » des candidats mérite une prime

Pour la première fois, le juge s'est prononcé sur l'indemnisation des opérateurs répondant à un marché de partenariat.

Par Gaële Chamming's, docteur en droit public, avocate associée de Chamming's Avocats, chargée d'enseignement des universités, **et Solène Pénisson,** avocate à la Cour, chargée d'enseignement des universités

Lorsque la passation d'un marché public requiert des soumissionnaires un « investissement significatif » excédant celui habituellement effectué pour répondre à une consultation, une rétribution est versée par l'acheteur sous la forme d'une prime. Le montant de celle-ci est défini dans le règlement de la consultation. Toutefois, le marché de partenariat ne prévoit pas son versement automatique lors de la passation. Sa nature dérogatoire ne lui permet cependant pas d'échapper aux règles et principes des marchés publics. Tel est l'enseignement pouvant être tiré d'un jugement rendu cet été par le tribunal administratif de Versailles concernant le versement d'une prime dans le cadre d'un appel d'offres ouvert en marché de partenariat (1).

La nature dérogatoire des marchés de partenariat

Pour mémoire, un marché de partenariat, tel que défini depuis la réforme des marchés publics entrée en vigueur le 1er avril 2016, a pour objet de confier à un opérateur économique, alors maître d'ouvrage, une mission globale portant sur « 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 et tout ou partie de leur financement ». La conception, l'aménagement, l'entretien, la maintenance et/ou la gestion du service public peuvent aussi lui être confiés (article L. 1112-1 du Code de la commande publique [CCP]). En raison notamment du caractère privé de sa maîtrise d'ouvrage, ce marché public est soumis à des dispositions spécifiques tant pour sa préparation et sa contractualisation que pour son exécution (livre II de la 2e partie du CCP).

Aucun texte ne prévoit explicitement le versement d'une prime lorsqu'un opérateur répond à un tel marché, sauf à en réserver la possibilité dans le cadre d'un dialogue compétitif (art. R. 2161-31 du CCP). Sous l'empire de feu le contrat de partenariat avant la réforme de 2016 précitée, dont on rappellera qu'il n'était pas un marché public en droit interne (2), l'ordonnance

n° 2004-559 du 17 juin 2004 imposait le versement d'une prime en dialogue compétitif en cas d'« investissement significatif ».

Absence d'obligation spécifique. Or, pour les autres marchés dits globaux, tels le marché de conception-réalisation et le marché global de performance, les modalités de calcul de ladite prime sont explicitement imposées : elle correspond au montant estimé des études de conception affecté d'un abattement au plus égal à 20 % (art. R. 2171-19 et -20 du CCP). Ce traitement distinct réservé au marché de partenariat pouvait apparaître surprenant dès lors que celui-ci a dorénavant clairement la qualité de marché public en droit interne. Plus spécifiquement, il y a lieu de raisonner en considération dudit « investissement significatif » que requiert ce type de contractualisation en termes d'études de conception, alors même que la chose est entendue sans discussion pour les marchés globaux précités – et pour les marchés de maîtrise d'œuvre (pour lesquels le montant de la prime est imposé en concours, et librement défini dans le cadre des autres modes de dévolution [art. R. 2172-4 et -5 du CCP]).

C'est sur cette absence d'obligation particulière que se fondait notamment l'acheteur, dans l'affaire précitée soumise au tribunal de Versailles, pour refuser tout versement de prime.

Le versement d'une prime en cas d'investissement significatif

Mais, bien que régi par un livre dédié en raison des dispositions dérogatoires en matière d'allotissement, de paiement différé et de sous-traitance, le marché de partenariat est soumis aux mêmes règles que les autres marchés, précise le CCP en son article L. 2200-1. Or pour tout type de marché public, le principe du versement d'une prime est acté si les demandes de l'acheteur impliquent pour le soumissionnaire un « investissement significatif » (échantillons, maquettes, prototypes ou tout document permettant d'apprécier l'offre). Son montant doit être fixé dans les documents de la consultation (art. R. 2151-15 du CCP).

Des charges sensiblement plus élevées. Cette notion d'investissement significatif a fait l'objet de très peu de jurisprudence. La doctrine administrative indique qu'il est constitué lorsque les charges liées à l'offre sont « sensiblement plus élevées que celles généralement supportées » et que l'absence de compensation par le versement d'une prime « aurait pour effet de dissuader les candidats potentiels » (3). C'est donc sous l'angle du respect de la liberté d'accès à la commande publique que la notion de prime est appréhendée : « Seule une rémunération sérieuse des partenaires économiques garantit une véritable mise en concurrence » (4).

Dans le jugement ci-dessus évoqué, une collectivité avait passé un marché de partenariat pour les seules conception et réalisation d'un bâtiment administratif selon une procédure d'appel d'offres ouvert avec un délai de réponse de moins de deux mois. Tant le mode de passation que le délai de réponse étaient ici fort surprenants ! Le dialogue compétitif ou, a minima, l'appel d'offres restreint étant plus usuels. En effet et dans ce délai contraint, il était demandé de fournir un avant-projet sommaire et de définir précisément le projet de construction avec un dossier de permis de construire prêt à être déposé ; le tout en précisant l'absence de prime. Interrogée en ce sens sur le fondement des textes relatifs à l'investissement significatif, la collectivité a même confirmé l'absence de prime en cours de consultation et, par conséquent, l'absence de tout investissement de nature à en justifier le versement.

Responsabilité quasi délictuelle. Contredisant cette affirmation et opérant une lecture dynamique des textes, le tribunal administratif de Versailles se prononce pour la première fois sur le cas du versement d'une prime en marché de partenariat (5). Il retient ainsi que « les entreprises candidates, qui ont fourni des prestations de conception adaptées au seul appel d'offres [...], ont supporté une charge plus élevée que celle généralement supportée par les candidats ou soumissionnaires aux marchés publics ». Il en déduit que la collectivité a commis une faute susceptible d'engager sa responsabilité quasi délictuelle et la condamne à verser une somme correspondant aux honoraires du maître d'œuvre effectivement versés par le soumissionnaire.

Ce jugement conduit, d'une part, à s'interroger sur les contours de la définition des besoins par l'acheteur : que peut-il être demandé aux opérateurs économiques sans contrepartie financière ? Quels sont les outils dont dispose l'acheteur ? La pratique du sourcing, transposée en droit français depuis la réforme de 2016, peut être recommandée s'il est nécessaire d'affiner le besoin pour encadrer les termes d'une future consultation (art. R. 2111-1 et -2 du CCP). Cependant, l'exercice a les limites de sa définition et ne peut avoir pour objet de solliciter des opérateurs un rendu assimilable à une prestation de services nécessitant un investissement significatif.

D'autre part, ce jugement a le mérite d'affirmer que le marché de partenariat, tout dérogatoire voire marginal pour certains qu'il soit, est un marché public à part entière auquel s'applique l'ensemble des règles communes qui régissent les marchés publics. ●

(1) TA Versailles, 15 juillet 2019, n° 1707597.
(2) CE, 29 octobre 2004, n° 269814, publié au recueil Lebon.
(3) QE n° 85717, rép. min. publiée au JOAN du 12 octobre 2010.
(4) QE n° 30427, rép. min. publiée au JOAN du 10 septembre 2013.
(5) Ce jugement a été publié en « C + », ce qui signifie qu'il est considéré comme présentant un intérêt jurisprudentiel signalé.

Ce qu'il faut retenir

- **Depuis la réforme de la commande publique en avril 2016, l'ancien régime juridique du contrat de partenariat a laissé place au marché de partenariat, qui est devenu un marché public à part entière en droit interne, sans préjudice de dispositions spécifiques applicables à sa mise en œuvre.**

- **Si le Code de la commande publique encadre les modalités de versement des primes dans les marchés dits globaux (marchés de conception-réalisation et marchés globaux de performance avec prestations de conception), il ne prévoit rien de tel concernant le marché de partenariat.**

- **Un récent jugement du tribunal administratif de Versailles rappelle cependant que le marché de partenariat n'est pas exempt de l'obligation de versement d'une prime dès lors qu'un « investissement significatif » est demandé aux soumissionnaires.**