

Marchés publics et délégations de service public.

Les délégations de service public et les marchés publics constituent chacun des contrats administratifs. Cette identité de nature juridique ne doit pas masquer qu'ils visent chacun à répondre à des objectifs strictement différenciés.

Ainsi, selon la définition donnée par la loi MURCEF, une convention de délégation de service public constitue un contrat par lequel une personne publique confie la gestion d'un service public dont elle a la responsabilité à un délégataire public ou privé dont la rémunération est substantiellement liée aux résultats de l'exploitation. Le marché public relève lui d'une logique de gestion directe du service public par l'administration puisqu'il vise à répondre aux besoins de celle-ci en matière de fournitures, de travaux ou de services.

Néanmoins, marchés publics et délégations de service public apparaissent aujourd'hui soumis à des exigences et contraintes communes.

La première de ces exigences consiste dans le respect des règles de libre et d'égale concurrence, garanti par des contraintes procédurales croissantes dans la passation de ces conventions. Mais cette exigence de libre et d'égale concurrence ne saurait occulter les autres contraintes pesant sur les collectivités et auxquelles les délégations de service public et marchés publics ne semblent pouvoir répondre pleinement. Imposant une maîtrise globale du processus de partenariat par la personne publique, ces contrats apparaissent mal adaptés à une volonté d'externalisation des compétences au profit des personnes privées, dans un cadre budgétaire contraint. Dans cette perspective, le recours aux contrats de partenariat public-privé, institués par l'ordonnance du 17 juin 2004, apparaît comme une alternative intéressante au dualisme marchés publics-délégations de service public.

Ainsi, les délégations de service public et les marchés publics visent à répondre à des objectifs différenciés, dans le respect de contraintes procédurales croissantes destinées à garantir le respect des principes d'égale et de libre concurrence. I/

Fondés sur une maîtrise globale du partenariat par la personne publique, ces contrats apparaissent mal adaptés aux exigences nouvelles de l'administration, justifiant ainsi une rénovation de leur régime et l'introduction des contrats de partenariat public-privé. II/

Les marchés publics et conventions de délégation de service public visent à répondre à des objectifs différenciés sans le respect des règles d'égale et de libre concurrence.

Marchés publics de délégations de service public constituent chacun des contrats administratifs. Pour les premiers cette qualification résulte de la loi, alors que pour les seconds elle résulte de la participation directe du cocontractant à l'exécution du service public.

Les marchés publics visent à répondre aux besoins de l'administration en matière de fournitures, de travaux ou de services. Le recours à ce procédé est donc caractéristique d'une gestion en régie du service public. Soumis au code des marchés publics, le recours à ce procédé emporte des contraintes dans la liberté de choix de la personne publique. Celle-ci est ainsi tenue de choisir l'offre économiquement la plus avantageuse. Ce principe offre néanmoins une

plus grande latitude que la règle du moins-disant puisqu'il permet la prise en compte des impératifs de qualité du service ou des délais d'exécution.

Aux termes du nouveau code des marchés publics, il existe quatre modalités de passation de ceux-ci : la procédure adaptée, l'appel d'offre, le dialogue compétitif et le marché négocié. Le recours à tel ou tel type de passation dépend, outre du montant du contrat, des spécifications techniques du marché. Quel que soit le procédé en cause, la rémunération du cocontractant est assurée par le versement d'un prix.

Les délégations de service public visent elle à confier la gestion d'un service public à un délégataire public ou privé dont la rémunération est substantiellement liée aux résultats de l'exploitation.

Le critère du risque financier du cocontractant apparaît au coeur de la définition de la délégation de service public. Ce critère, formellement identifié par le Conseil d'Etat dans son arrêt de 1996 Préfet des Bouches-du-Rhône, apparaît aujourd'hui mieux précisé. Ainsi, la rémunération est substantiellement liée aux résultats de l'exploitation lorsqu'au minimum 30 % des ressources du cocontractant ne proviennent pas de la personne publique (CE.1999.SMITOM).

Caractéristiques de la gestion déléguée des services publics, ces conventions peuvent revêtir plusieurs formes : contrats de concession, affermage ou régie intéressée. Dans les deux premiers cas le gestionnaire délégué perçoit des redevances sur les usagers en contrepartie du service rendu.

Le recours aux délégations de service public est traditionnellement peu encadré. Cette autonomie découle du principe de liberté dans le choix du mode de gestion du service public par la personne publique responsable (CE.1992.Association des usagers de l'eau de Puyncléan). Parallèlement, le choix du délégataire est insusceptible de faire l'objet d'une quelconque appréciation par le juge administratif (CE-1988.Loupias). Néanmoins la loi du 29 janvier 1993 a pu restreindre l'autonomie de la personne publique dans le recours aux délégations de services publics. Ainsi aux termes de la loi, ces conventions ne peuvent contenir des clauses par lesquelles le délégataire prendrait à sa charge le paiement ou l'exécution de services étrangers à l'objet du contrat. Enfin la délégation ne peut porter sur des activités de police (CE.1932.ville de Castelnau-d'Aud).

Les marchés publics et les délégations de service public, s'ils constituent une forme privilégiée d'association entre la sphère publique et privée, peuvent néanmoins régir les relations entre collectivités publiques. Comme le rappelle le Conseil d'Etat dans son avis du 8 novembre 2000 : Société Jean-Louis Bernard Consultant « aucune règle, ni aucun principe de valeur constitutionnelle ne fait obstacle à ce qu'une personne publique puisse se porter candidate à l'attribution d'un marché public ou d'une délégation de service public ». La seule condition de légalité d'une telle association est celle de la sincérité du prix proposé.

Ce principe de sincérité du prix par la personne publique candidate, qui exige que celle-ci n'ait pas bénéficié de ressources liées à ses missions de service public pour minorer son prix de revient, rappelle que les exigences de libre et d'égale concurrence soit au cœur des notions de marchés publics et de délégation de service public.

Ainsi, la passation des marchés publics et des délégations de service public est aujourd'hui soumise à des contraintes procédurales strictes visant à garantir le respect des principes de concurrence et de transparence.

L'article 1^{er} du Code des marchés publics rappelle ainsi que ceux-ci respectent les principes de liberté d'accès à la commande publique, d'égalité de traitement des candidats et de transparence des procédures. Le respect de ces principes suppose que tout marché d'un montant

supérieur à 4000 euros fasse l'objet d'une publicité écrite obligatoire. Par exemple dans le cadre de la procédure adaptée (concernant les marchés de faible montant pour lesquels le législateur a voulu donner une autonomie d'action renforcée à la personne publique), la personne publique est tenue de procéder à une publicité adaptée aux montants et spécifications techniques du contrat. Le juge administratif est alors compétent pour apprécier si cette publicité fut suffisante pour garantir une mise en concurrence effective.

Les délégations de service public sont aujourd'hui spécialement soumises aux exigences de transparence et de concurrence. C'est ainsi à l'occasion d'un recours contre un tel contrat que le Conseil d'Etat a intégré l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 dans le bloc de légalité administrative dans son arrêt de 1997 *Millions et Marais*. Le recours aux conventions de délégation est en outre soumis au respect des prescriptions communautaires générales ou spécifiques (CE.1998.*Tête*).

Surtout la loi du 29 janvier 1993 a emporté un strict encadrement dans la passation et l'exécution de ces conventions. Afin de satisfaire aux exigences de transparence, cette loi (complétée par les lois des 2,4 et 8 février 1995) impose par exemple à l'autorité exécutive d'une collectivité territoriale de soumettre à l'organe délibérant un document présentant les caractéristiques techniques de la future délégation. En cours d'exécution, la loi impose à l'organe délégataire d'établir un rapport annuel d'activité sur les services délégués.

Afin de satisfaire aux exigences de mise en concurrence, la loi impose la présentation de plusieurs offres à la suite d'une procédure d'admission des candidatures. Cette procédure de passation doit notamment faire intervenir (dans les collectivités territoriales) une commission consultative d'ouverture des plis dont la composition doit être pluraliste.

L'ensemble de ces exigences est garanti par des mécanismes de contrôle stricts. D'une part le référé-précontractuel permet à toute personne ayant intérêt à conclure un contrat ou au préfet, de saisir le juge administratif en cas de non-respect des règles de publicité et de mise en concurrence. La signature devant avoir lieu avant la signature du contrat. Les pouvoirs du président du tribunal administratif sont alors importants puisqu'il peut enjoindre la personne publique de se conformer à ses obligations, censurer les clauses illégales ou suspendre la procédure de passation. Par ailleurs, en matière de marchés publics ou de délégations de service public la demande de sursis à exécution du préfet à l'occasion d'un déferé emporte automatiquement suspension de l'acte contesté pour un délai d'un mois. Enfin depuis 1995 les contrats de délégation de service public des communes peuvent être transmises par le préfet aux chambres régionales des comptes.

Ainsi, les marchés publics et les délégations de service public, malgré leur différence d'objet, sont aujourd'hui soumis à des exigences strictes et relativement « similaires » visant à garantir le respect des règles de libre et égale concurrence.

Aujourd'hui, les marchés publics et délégations de service public demeurent fondés sur une maîtrise globale du partenariat par la personne publique délégante. Cette logique globalisante apparaît relativement inadaptée aux contraintes pesant sur l'administration. Dans un cadre budgétaire contraint, l'ordonnance du 17 juin 2004 instaure donc les contrats de partenariat public-privé qui peuvent apparaître comme une alternative intéressante dans un nombre restreint de cas.

Les marchés publics et délégations de service public constituent des contrats administratifs. A ce titre, la personne publique dispose de larges prérogatives à l'égard de son

cocontractant. Elle dispose ainsi d'un pouvoir de direction, d'instruction et de contrôle. Par ailleurs, l'administration peut mettre en œuvre un pouvoir unilatéral de sanction, sanctions qui peuvent aller jusqu'à la résolution définitive du contrat. Peuvent également être cités les pouvoirs de modification unilatérale des clauses du contrat (CE.1910.Compagnie générale française des tramways). Au regard de ces prérogatives, les droits des cocontractants peuvent apparaître restreints. Celui-ci ne peut par exemple se prévaloir d'une exception d'inexécution (CE.1976.ville d'Amiens) pour interrompre sa collaboration avec l'administration.

Ces prérogatives traduisent le souci d'assurer à la personne publique une maîtrise globale dans la gestion et l'exécution du service public. Cette volonté peut toutefois apparaître comme une sujétion pour les collectivités publiques dans le domaine des marchés publics et délégations de service public.

Ainsi, le code des marchés publics soumet la personne publique à de strictes contraintes auxquelles elle peut parfois difficilement répondre. Le Code des marchés publics impose par exemple à l'autorité publique de définir préalablement avec précision la nature et l'étendue des besoins à satisfaire. Or pour certains domaines, la personne publique ne dispose pas toujours de la capacité d'expertise adéquate. La loi MOP de 1985 et le code des marchés publics limitent strictement la possibilité pour la personne publique de confier à une même personne la conception et la réalisation d'un ouvrage public. Enfin, la personne publique ne peut se dessaisir de sa qualité de maître d'ouvrage.

Ces contraintes peuvent également être budgétaires. Ainsi le Code des marchés publics interdit le recours au paiement différé. Par ailleurs, la personne publique ne peut assurer le financement de la construction d'un ouvrage public en en confiant l'exploitation à l'entrepreneur.

Ces contraintes ont justifié un assouplissement du régime de passation des marchés publics. Surtout, elles sont à l'origine de la création des contrats de partenariat public-privé.

Le nouveau code des marchés publics offre la possibilité à la personne publique d'avoir recours au dialogue compétitif. Ce procédé est justifié lorsque les spécificités techniques du marché ne permettant pas à l'autorité adjudicatrice de définir avec précision la nature et l'étendue des besoins à satisfaire. La logique partenariale est alors accentuée et permet une externalisation des compétences au profit du partenaire privé auquel il appartiendra d'assurer une expertise efficace des besoins.

Surtout, l'ordonnance du 17 juin 2004 prolonge les dispositions de la loi d'orientation pour la justice intérieure (LOPJI) en créant les contrats de partenariat public-privé. Ces derniers peuvent apparaître comme une alternative efficace au dualisme marchés publics- délégation de service public. Leurs recours devra néanmoins demeurer une exception.

Les contrats de partenariat public-privé peuvent se définir comme des contrats complexes par lesquels l'administration confie à une même personne morale les missions de conception, de réalisation et de financement d'un ouvrage public et de gestion des services publics afférents. Aux termes de l'ordonnance, la rémunération du cocontractant est assurée tout au long de l'exécution du contrat. Ces contrats devraient offrir une réelle souplesse par rapport aux marchés publics et délégations de service public et garantir une meilleure approche partenariale avec les cocontractants de l'administration. En outre, ils permettront de faciliter l'édification d'ouvrages publics de grande ampleur dans un cadre budgétaire contraint.

Néanmoins, ce type de contrat n'a pas vocation à supplanter les délégations de service public ou les marchés publics comme « mode d'administration de droit commun ». Le recours à ces contrats devra ainsi être en principe exceptionnel. Ainsi dans sa décision du 26 juin 2003, le Conseil Constitutionnel avait précisé que les dérogations qu'emportent les contrats de partenariat au droit commun de la commande publique ne sauraient avoir pour effet de priver

de garanties légales les exigences constitutionnelles inhérentes à la protection du domaine public ou l'égalité devant la commande publique.

Conformément à ces prescriptions, l'ordonnance du 17 juin 2004 subordonne le recours à ces contrats à des motifs particuliers tels que l'urgence ou la spécificité technique de la prestation. Un rapport préalable devra ainsi exposer les motifs de recours à ces contrats. Ainsi, les marchés publics et les délégations de service public apparaissent destinés à conserver un statut de « droit commun », le recours à des instruments alternatifs étant soumis à de strictes conditions.

Les marchés publics et les délégations de service public apparaissent ainsi comme des instruments majeurs dans l'activité administrative.

Les premiers permettent à l'administration d'assurer la gestion directe du service public par le recours à des prestataires de services, de fournitures ou de travaux. Les seconds permettent à l'autorité publique de confier la gestion de services publics à un délégataire privé tout en conservant de larges prérogatives de contrôle.

Soumis à des exigences accrues visant à garantir le respect des règles de la concurrence, le recours à ces instruments n'apparaît pas fondamentalement remis en cause par les contrats de partenariat public-privé. Ceux-ci semblent en effet devoir satisfaire les seuls projets de grande ampleur ou présentant de nombreuses spécificités techniques.