



Innovation urbaine

Appels à projets : attention, terrain glissant

L'avis « Passerelles » émis par le Conseil d'Etat invite à la prudence pour éviter la requalification en contrats de la commande publique.

Par Pauline Maurus et Olivier Ortega, avocats, LexCity avocats

Depuis deux ans environ, fleurissent les appels à projets et appels à manifestation d'intérêt, tels que « Réinventer Paris », « Imagine Angers », « Réinventons nos cœurs de ville » et beaucoup d'autres. Ces démarches d'innovation urbaine s'appuient toutes sur des procédures inédites de consultation des opérateurs. L'une d'entre elles, inscrite dans l'opération « Reinventing Cities », a fait l'objet, à la demande du gouvernement, d'un avis du Conseil d'Etat (CE) du 22 janvier 2019 (1). Ce dernier s'est notamment prononcé sur la compatibilité avec les règles de la commande publique du projet de réalisation de passerelles innovantes sur la Seine à Paris.

La portée de l'avis du Conseil d'Etat

A l'issue de la procédure prévue pour mener à bien ce projet, chaque propriétaire ou gestionnaire du domaine public concerné (Ville de Paris, Etat, Port autonome de Paris, Voies

navigables de France) devait délivrer des titres d'occupation du domaine public constitutifs de droits réels, conformément à la législation domaniale qui lui est applicable. L'enjeu était de déterminer si ces titres pouvaient être requalifiés en contrats de la commande publique.

Sur cette question, le CE rappelle d'abord la définition des contrats de la commande publique (aujourd'hui codifiée à l'article L. 2 du Code de la commande publique [CCP]), à savoir : des « contrats conclus à titre onéreux par un pouvoir adjudicateur ou une entité adjudicatrice, pour répondre à ses besoins en matière de travaux, de fournitures ou de services, avec un ou plusieurs opérateurs économiques ». Il vérifie ensuite, de façon didactique, si les deux éléments constitutifs étaient réunis en l'espèce.

Besoins des pouvoirs adjudicateurs. Le Conseil d'Etat estime que les contrats qu'il était envisagé de conclure à l'issue de l'appel à projets répondent bien aux besoins des pouvoirs

adjudicateurs associés au projet. Il établit « une forme de présomption de réponse à un besoin de la personne publique », dans la mesure où les ponts figurent sur la liste - publiée au « JO » du 27 mars 2016 (et reprise à l'annexe 1 du CCP) - des activités qui sont des travaux en droit de la commande publique, pour lesquels il n'est pas nécessaire de vérifier que le pouvoir adjudicateur a fixé des exigences et exercé une influence déterminante sur la nature ou la conception de l'ouvrage. En outre, les passerelles, bien que destinées à plusieurs usages, ont à titre premier vocation à être utilisées comme axe de déplacement et de franchissement de la Seine. La création de nouvelles voies et leur affectation à la circulation, y compris piétonne, relèvent nécessairement de la satisfaction d'un besoin public.

Il existe donc des objets contractuels qui relèvent par essence de la commande publique, quel que soit le degré d'implication du pouvoir adjudicateur dans la définition de ses besoins. Pour ces contrats, et seulement pour eux, la pratique des appels à projets doit donc être écartée au profit d'une procédure de type commande publique. Elle demeure en revanche pleinement pertinente dans le secteur de la valorisation des propriétés publiques.

L'appel à projets n'est pas la procédure de droit commun pour les pouvoirs adjudicateurs.

Au demeurant, en l'espèce, le CE relève que la Ville de Paris avait effectivement défini les besoins des personnes publiques associées au projet dans les documents de la consultation (programme attendu pour chaque site, prescriptions techniques...).

Contrepartie à titre onéreux. Dans un second temps, les sages du Palais-Royal établissent le caractère onéreux de l'opération à partir des documents de la consultation, lesquels mentionnent un « modèle économique à inventer », même s'il n'est pas possible de déterminer avec précision les termes de l'équilibre financier des contrats à venir. Le lauréat de l'appel à projets a bien vocation à recevoir, dans ce montage, une contrepartie, qu'il s'agisse d'un prix ou du droit d'exploiter les ouvrages réalisés.

Conséquences d'une requalification. Les deux conditions étant remplies, le Conseil d'Etat conclut à la requalification en contrat de la commande publique, sans pouvoir à ce stade se prononcer sur la nature de marché ou de concession, ni sur l'objet principal du contrat - travaux ou services.

Il en tire ensuite les conséquences. Les mesures de publicité et de mise en concurrence appliquées jusque-là par la Ville ne sont pas conformes aux formalités requises pour la conclusion d'un contrat de la commande publique. De ce fait, les contrats seraient nécessairement viciés, s'ils étaient signés au terme de la procédure en cours. En revanche, le CE n'indique pas si la procédure aurait été jugée suffisante au regard de l'ordonnance n° 2017-562 du 19 avril 2017 relative à la propriété des personnes publiques - laquelle impose une procédure de sélection préalablement à la délivrance des titres d'occupation du domaine public en vue de permettre une exploitation économique.

Une alternative est dès lors proposée à la Ville : soit de renoncer complètement au projet, soit d'engager une nouvelle procédure respectueuse des règles de la commande publique, en appliquant la procédure la plus rigoureuse - l'appel d'offres - faute de pouvoir précisément déterminer le type de contrat.

Les bonnes pratiques à adopter

Lorsque l'organisateur est qualifié de pouvoir adjudicateur, recourir à l'appel à projets nécessite donc de prendre certaines précautions. Pour limiter le risque de requalification en contrat de la commande publique, il doit laisser les initiatives privées s'exprimer et veiller à ne pas exercer une influence trop importante dans la conception du projet, son contenu et ses modalités de mise en œuvre. Il peut exprimer sa volonté et ses objectifs en termes généraux ou performantiels pour susciter des projets (dans le cadre d'un programme fonctionnel ou du règlement de l'appel à projets).

Stimuler l'initiative du privé. En matière immobilière, le pouvoir adjudicateur peut notamment s'assurer, lors du processus de sélection, de la conservation et de la mise en valeur patrimoniale de son bien, de l'intégration du projet dans son environnement, de sa contribution à l'intérêt général, de sa viabilité économique ou encore de son calendrier prévisionnel de réalisation.

Dans ces conditions, l'appel à projets paraît bien adapté pour ceux qui recherchent un processus transparent de sélection permettant d'objectiver leur choix d'un opérateur économique et d'un projet pertinent sur le territoire et qui souhaitent stimuler l'initiative des opérateurs privés et favoriser leur esprit créatif et novateur. Cette voie suppose toutefois de maîtriser suffisamment le processus pour ne pas tomber dans les écueils, soit d'une insuffisante définition des objectifs poursuivis - avec le risque d'obtenir des réponses inadaptées ou de mauvaise qualité -, soit d'une intervention excessive dans la conception du projet. En effet, le pouvoir adjudicateur ne peut pas utiliser l'appel à projets pour la satisfaction de ses besoins propres ou pour déléguer un service public. Concrètement, cela signifie qu'il ne peut pas procéder à une définition précise et détaillée du programme de travaux dans un cahier des charges prescriptif en termes urbanistiques, architecturaux, techniques, énergétiques, etc. De même, il doit éviter toute immixtion importante dans la gestion et le pilotage de l'activité qui sera exercée sur le site. ●

(1) A consulter sur www.lemoniteur.fr/reinventing-cities/

Ce qu'il faut retenir

► Le 22 janvier, le Conseil d'Etat (CE) a rendu un avis, à la demande du gouvernement, sur les conditions de réalisation de passerelles innovantes sur la Seine au terme d'un appel à projets international.

► Le CE estime que les titres d'occupation du domaine public qui devaient en résulter relèveraient en fait du droit de la commande publique. Ils répondraient à des besoins des personnes publiques concernées, et seraient conclus à titre onéreux. Le projet doit donc être abandonné, ou relancé selon les procédures de droit commun.

► Il convient donc, pour tout pouvoir adjudicateur, de manier avec précaution les appels à projets afin de limiter les risques de requalification.