

**TRIBUNAL ADMINISTRATIF
DE MARSEILLE**

**N°s 1709848-1709963
Et 1710044**

M. P.
Et autres

Mme Markarian
Présidente-rapporteure

Mme Rigaud
Rapporteur public

Audience du 29 janvier 2019
Lecture du 12 février 2019

39-01-03-05
C+

RÉPUBLIQUE FRANÇAISE

AU NOM DU PEUPLE FRANÇAIS

Le tribunal administratif de Marseille

3^{ème} chambre

Vu la procédure suivante :

I. Sous le n° 1709848, par une requête et des mémoires complémentaires, enregistrés les 13 décembre 2017, 22 février 2018, 13 mars 2018, 23 octobre 2018, 21 décembre 2018 et 22 janvier 2019, M. G. P., M. A. B. et M. C. B. demandent au Tribunal :

- d'annuler la délibération n° 17-31436-DGP du 16 octobre 2017 par laquelle le conseil municipal de Marseille a approuvé le principe du recours à un accord-cadre de marchés de partenariat et à des marchés de partenariat subséquents pour la réalisation d'une opération de rénovation des écoles GEEP et de construction d'établissements nouveaux.

Ils soutiennent que :

- leur recours pour excès de pouvoir est recevable dès lors que la jurisprudence issue de la décision du Conseil d'Etat du 4 avril 2014 n'y fait pas obstacle ;
- leur qualité de contribuables de la commune leur donne intérêt à agir ;
- la délibération litigieuse est illégale pour les motifs suivants :
- au plan formel :
- le ministère de l'éducation nationale et le ministère de la ville, de la jeunesse et des sports n'ont pas été consultés sur le marché de partenariat ;
- les avis obligatoires de la commission consultative des services publics locaux et du comité technique n'ont été rendus publics que lors de la séance du conseil municipal et n'ont pas été versés préalablement au dossier ;

- sur le fond :

- l'article 2 de la délibération en litige méconnaît l'article 78-II de l'ordonnance du 23 juillet 2015 ;
- la délibération ne rappelle pas l'obligation prévue par l'article 69 de la même ordonnance d'identifier une équipe de maîtrise d'œuvre ;
- la délibération et le rapport sur lequel elle s'appuie sont discrets sur les caractéristiques du projet engagé et les exigences du service public ;
- sur les aspects financiers, tous les postes montrent que la maîtrise d'ouvrage publique est beaucoup plus intéressante que le marché de partenariat, s'agissant des coûts d'exploitation et de maintenance Gros Entretien et Renouvellement, des frais financiers ;
- si tout change avec la prise en compte des risques et donne une différence en faveur du marché de partenariat, ceux-ci sont sous-évalués en ce qui concerne le marché de partenariat, alors qu'ils semblent surévalués pour la maîtrise d'ouvrage publique ;
- si la ville choisit le dialogue compétitif en le comparant à la procédure concurrentielle avec négociation, elle ne le compare pas à l'appel d'offres également visé par l'article 25 du décret du 25 mars 2016 ;
- le périmètre des missions n'est pas suffisamment défini en méconnaissance des dispositions de l'article 152 du décret du 25 mars 2016 en l'absence d'un diagnostic technique préalable justifiant le choix d'une démolition-reconstruction, le périmètre des missions comportant une forte incertitude sur la question de la valorisation des emprises sur lesquelles se situent les écoles dès lors que le rapport d'évaluation préalable refuse d'évaluer les opérations et les sommes en cause ;
- la délibération méconnaît l'article 143 du décret du 25 mars 2016 dès lors qu'aucune analyse n'a été réalisée en ce qui concerne la compatibilité du projet avec les orientations de la politique immobilière de la ville ;
- l'évaluation préalable a procédé à la surestimation de la complexité du projet et à la sous-estimation des compétences de la ville en méconnaissance des dispositions de l'article 152 du décret du 25 mars 2016 ;
- au total, le bilan est insincère et méconnaît les dispositions de l'ordonnance du 23 juillet 2015 qui impose que le recours au marché de partenariat bénéficie d'un bilan plus favorable alors que les délais sont déterminés de manière arbitraire, que les coûts d'investissement sont systématiquement biaisés de manière à favoriser le marché de partenariat ;
- les frais financiers sont supérieurs en cas de recours à un marché de partenariat étant précisé que la ville prévoit de verser une avance sur rémunération qui correspond à 70 % du montant des travaux alors que l'intérêt essentiel d'une telle procédure est de différer pour la collectivité le paiement des travaux ;
- l'analyse des risques faite par le rapport d'évaluation, supposée justifier le choix d'un marché de partenariat, ne repose sur aucun fondement rationnel alors que le risque de défaillance du partenaire n'est pas mis en avant et que Fin Infra est très prudent sur l'évaluation faite selon la méthode Monte-Carlo ;
- alors que la maintenance des écoles va être transférée au titulaire, le coût d'éviction des titulaires actuels de ces contrats n'a fait l'objet d'aucune évaluation.

Par des mémoires en défense, enregistrés les 20 novembre 2018, 28 décembre 2018 et 25 janvier 2019, la ville de Marseille, représentée par la SCP Charrel et associés, agissant par Me Charrel, conclut au rejet de la requête et à ce qu'une somme de 3 000 euros soit mise à la charge des requérants au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Elle soutient que :

- à titre principal :
 - la requête est irrecevable dès lors que le recours pour excès de pouvoir est désormais irrecevable contre un acte détachable ;
 - les requérants ne justifient pas d'un intérêt à agir ;
- à titre subsidiaire :
 - les dispositions de l'article L. 2121-12 du code général des collectivités territoriales n'imposent pas la communication des avis de la commission consultative des services publics locaux et du comité technique et, au surplus, l'avis de la commission consultative des services publics locaux a été adressé le 12 octobre 2017 laissant un délai de quatre jours, suffisant pour permettre aux membres de l'assemblée délibérante de prendre connaissance de l'avis concernant la délibération ;
 - les dispositions des articles 76 et 77-II de l'ordonnance du 23 juillet 2015 ne prévoient pas la consultation des ministères intervenant dans le domaine concerné par l'opération de travaux, à savoir en l'espèce, le ministère de l'éducation nationale et celui de la jeunesse et des sports ;
 - en tout état de cause, les vices de procédure allégués ne sauraient emporter l'annulation de la délibération attaquée dès lors que les requérants ne démontrent, ni même allèguent que les vices dont ils se prévalent auraient été susceptibles de priver les conseillers d'une garantie ou d'exercer une influence sur le sens de la décision ;
 - au titre de la légalité interne, l'article 2 de la délibération attaquée est relatif aux actes strictement nécessaires à son exécution et ne constitue pas une délégation de compétence, le moyen tiré de la méconnaissance de l'article 78-II de l'ordonnance du 23 juillet 2015 n'étant en conséquence pas fondé ;
 - le moyen tiré de l'absence d'identification d'une équipe de maîtrise d'œuvre ne s'impose, selon les dispositions de l'article 69-I de l'ordonnance précitée, que dans le cadre des conditions d'exécution du marché et le moyen est dès lors inopérant ;
 - contrairement à ce qu'affirment les requérants, les spécificités du service public de l'enseignement ont été prises en compte conformément aux dispositions de l'article 75-I de l'ordonnance précitée ;
 - s'agissant du moyen tenant au caractère probant du bilan financier comparatif, l'article 152 du décret du 25 mars 2016 impose de prendre en compte, au titre des avantages, le transfert des risques de maîtrise d'ouvrage au titulaire, et le recours au marché de partenariat est assurément plus avantageux au regard de la gestion patrimoniale à long terme ;
 - en outre, et contrairement à ce qu'allèguent les requérants, les coûts d'exploitation et de maintenance Gros Entretien Renouvellement ne sont pas nettement plus avantageux dans le cadre d'un marché classique mais équivalents et si les frais financiers sont plus élevés dans le cadre d'un marché de partenariat, ces données ne sont pas de nature à modifier les conclusions du bilan ;
 - contrairement à ce que soutiennent les requérants, le coût des assurances a été valorisé en marché de partenariat comme en marché classique et le risque de défaillance du titulaire a été pris en compte ;
 - il ressort également de l'évaluation préalable qu'il existe un écart de huit mois au bénéfice du marché de partenariat avant le démarrage des travaux ;
 - que la possibilité d'appliquer des pénalités sur ses cocontractants a été prévue ;
 - au regard de l'ampleur du projet, le recours à la procédure de dialogue compétitif se justifie ;
 - les dispositions sur lesquelles se fondent les requérants à l'appui de leur moyen tenant aux critères de capacité à conduire le projet et à sa complexité ont été abrogées ;
 - le moyen tiré de l'absence de diagnostic technique préalable, qui ne constitue pas une des conditions du recours au marché de partenariat, est inopérant ;

- il ne peut être reproché à la ville de ne pas avoir pris en compte la valorisation des emprises foncières dès lors qu'elle n'a pas souhaité prendre en considération des recettes seulement hypothétiques afin d'assurer que le bilan établi ne se fonderait pas sur des motifs qui s'avèreraient erronés ;

- les requérants ne démontrent pas que le bilan qu'elle a établi et qui a été validé par les services de l'Etat serait in fine défavorable au recours à un marché de partenariat

- le moyen tiré de l'absence de précision sur la dévolution de droits réels sera écarté dès lors que l'évaluation préalable n'a pas à préciser les conditions dans lesquelles l'acheteur autorisera l'occupation du domaine public et que les requérants entretiennent une confusion entre l'évaluation préalable consacrée à la présentation des caractéristiques générales du marché de partenariat et celle afférente au projet ;

- l'évaluation préalable n'avait pas à comporter de développements relatifs à la compatibilité du projet avec les orientations de la politique immobilière de la ville ;

- le moyen tiré de la surestimation de la complexité du projet et de la sous-estimation des compétences de ses services sera écarté ;

- l'évaluation préalable ne présente pas de caractère insincère, tant au regard des délais et des coûts ;

- s'agissant du cofinancement, et des frais financiers, le moyen est dépourvu de précisions étant précisé que le premier loyer ne sera versé qu'à la date de mise à disposition des ouvrages et que la prise en compte du cofinancement public n'est pas de nature à remettre en cause la légalité de la délibération attaquée ;

- s'agissant des risques, les requérants ne démontrent pas qu'elle aurait commis une erreur manifeste d'appréciation dans leur analyse ;

- la maintenance est neutre sur le choix du mode de réalisation, qu'il s'agisse d'un marché de partenariat ou d'un marché classique.

II- Sous le n° 1709963, par une requête sommaire et des mémoires complémentaires, enregistrés les 18 décembre 2017, 19 septembre 2018 et 6 décembre 2018, le Conseil régional de l'ordre des architectes (CROA), représenté par la SCP Lyon-Caen & Thiriez, demande au Tribunal :

- d'annuler la délibération n° 17-31436 DGP du 16 octobre 2017 par laquelle le conseil municipal de Marseille a approuvé le principe du recours à un accord-cadre de marchés de partenariat et à des marchés de partenariat subséquents pour la réalisation d'une opération de rénovation des écoles GEEP et de construction d'établissements nouveaux.

- de mettre à la charge de la ville de Marseille une somme de 5 000 euros au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Il soutient que :

- la délibération en cause altère les conditions d'exercice de la profession d'architecte ;

- elle a été prise au terme d'une procédure irrégulière dès lors que ne figure, ni dans cette délibération, ni dans le rapport de présentation, la comparaison des coûts respectifs du projet en maîtrise d'ouvrage publique et en marché de partenariat avant valorisation financière des risques, ce qui méconnaît le droit à l'information des conseillers municipaux garanti par l'article L. 2121-13 du code général des collectivités territoriales et l'article 77 II de l'ordonnance du 23 juillet 2015 ;

- cette délibération méconnaît les conditions du recours au marché de partenariat fixées par les articles 74 et 75 de l'ordonnance du 23 juillet 2015 qui exigent de démontrer, au vu d'une étude d'évaluation préalable et d'une étude de soutenabilité budgétaire, que le recours à un tel

contrat présente un bilan plus favorable, notamment sur le plan financier, que celui des autres modes de réalisation du projet ;

- en l'espèce, plusieurs paramètres de l'étude d'évaluation et du bilan sont erronés au détriment du schéma contractuel de la maîtrise d'ouvrage publique et il en va ainsi du taux des honoraires de référence, des coûts de procédure, des délais de procédure, des coûts de maîtrise d'ouvrage privée, ces erreurs ayant eu un impact sur la valorisation du projet, avant et après prise en compte des risques ;

- la délibération litigieuse méconnaît également l'article 149 du décret du 25 mars 2016 dès lors qu'elle approuve le principe du recours à un accord-cadre de marchés de partenariat et à des marchés de partenariat subséquents sur la base d'une évaluation préalable du mode de réalisation et d'une étude de soutenabilité budgétaires obsolètes alors que l'actualisation s'imposait compte tenu de l'intervention de la loi du 22 janvier 2018, que l'évaluation préalable du mode de réalisation et l'étude de soutenabilité budgétaires ne sont pas conformes aux objectifs budgétaires fixés par la loi pluriannuelle des finances publiques, que l'objectif de maîtrise des dépenses de fonctionnement n'est pas respecté de même que l'objectif d'amélioration du besoin de financement, que l'objectif de désendettement fixé par la loi est inatteignable et, que de surcroît, une actualisation de l'étude de soutenabilité budgétaire était nécessaire après le vote du compte administratif 2017 de la ville et en raison de la modification du périmètre du projet depuis la délibération litigieuse ;

- le recours au marché de partenariat ne présente pas un bilan plus favorable notamment sur le plan financier par rapport aux autres modes de réalisation du projet en termes de délais de réalisation du projet, de coûts et l'analyse comparative des risques étant anormalement favorable au recours du marché de partenariat.

Par un mémoire en défense, enregistré le 25 janvier 2019, la ville de Marseille, représentée par la SCP Charrel et associés, agissant par Me Charrel, conclut au rejet de la requête et à ce qu'une somme de 6 000 euros soit mise à la charge du Conseil régional de l'ordre des architectes au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative ;

Elle soutient que :

- à titre principal :

- la requête est irrecevable dès lors que le recours pour excès de pouvoir est désormais irrecevable contre un acte détachable ;

- le requérant ne justifie pas d'un intérêt à agir ;

- à titre subsidiaire,

- elle a adressé aux conseillers municipaux l'ordre du jour de la séance, la note explicative de synthèse et les annexes au projet de délibération le 6 octobre 2017 soit dix jours avant la séance et par suite les dispositions des articles L. 2121-12 et 13 du code général des collectivités territoriales ne peuvent être regardées comme ayant été méconnues ;

- en tout état de cause, les vices de procédure allégués ne sauraient emporter l'annulation de la délibération attaquée dès lors que les requérants ne démontrent, ni même allèguent que les vices dont ils se prévalent auraient été susceptibles de priver les conseillers d'une garantie ou d'exercer une influence sur le sens de la décision ;

- le moyen tiré de la méconnaissance de l'article 149 du décret du 25 mars 2016 est inopérant dès lors que l'obligation d'actualisation de l'étude préalable du mode de réalisation et de l'étude de soutenabilité budgétaire s'applique dans le cadre de la procédure de passation du marché de partenariat et est mal fondé compte tenu de l'absence de circonstances nouvelles qui seraient de nature à modifier substantiellement l'économie du marché ;

- le requérant n'apporte aucun élément de nature à démontrer que l'évaluation du mode de réalisation serait défavorable en marché de partenariat qu'il s'agisse des délais de procédure,

des coûts et l'assertion, selon laquelle l'analyse comparative des risques serait trop orientée en faveur de l'accord-cadre de marché de partenariat, ne résiste pas à l'examen ;

- il ne saurait lui être reproché de s'être conformée aux préconisations de Fin Infra et l'augmentation du coût global de 18 % en maîtrise d'ouvrage publique est à mettre en perspective avec une étude de l'agence nationale d'appui à la performance.

III- Sous le n° 1710044, par une requête sommaire et des mémoires complémentaires, enregistrés les 18 décembre 2017, 2 mai 2018, 19 septembre 2018, 10 décembre 2018 et 17 janvier 2019, le Conseil national de l'ordre des architectes (CNOA), représenté par la SCP Lyon-Caen & Thiriez, demande au Tribunal :

- d'annuler la délibération n° 17-31436 DGP du 16 octobre 2017 par laquelle le conseil municipal de Marseille a approuvé le principe du recours à un accord-cadre de marchés de partenariat et à des marchés de partenariat subséquents pour la réalisation d'une opération de rénovation des écoles GEEP et de construction d'établissements nouveaux ;

- de mettre à la charge de la ville de Marseille une somme de 5 000 euros au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Il soutient que :

- la délibération en cause altère les conditions d'exercice de la profession d'architecte ;
- elle a été prise au terme d'une procédure irrégulière dès lors que ne figure ni dans cette délibération, ni dans le rapport de présentation la comparaison des coûts respectifs du projet en maîtrise d'ouvrage publique et en marché de partenariat avant valorisation financière des risques ce qui méconnaît le droit à l'information des conseillers municipaux garanti par l'article L. 2121-13 du code général des collectivités territoriales ;

- cette délibération méconnaît les conditions du recours au marché de partenariat fixées par les articles 74 et 75 de l'ordonnance du 23 juillet 2015 qui exigent de démontrer, au vu d'une étude d'évaluation préalable et d'une étude de soutenabilité budgétaire, que le recours à un tel contrat présente un bilan plus favorable, notamment sur le plan financier, que celui des autres modes de réalisation du projet ;

- en l'espèce, plusieurs paramètres de l'étude d'évaluation et du bilan sont erronés au détriment du schéma contractuel de la maîtrise d'ouvrage publique et il en va ainsi du taux des honoraires de référence, des coûts de procédure, des délais de procédure, des coûts de maîtrise d'ouvrage privée, ces erreurs ayant eu un impact sur la valorisation du projet, avant et après prise en compte des risques ;

- la délibération litigieuse méconnaît également l'article 149 du décret du 25 mars 2016 dès lors qu'elle approuve le principe du recours à un accord-cadre de marchés de partenariat et à des marchés de partenariat subséquents sur la base d'une évaluation préalable du mode de réalisation et d'une étude de soutenabilité budgétaires obsolètes alors que l'actualisation s'imposait compte tenu de l'intervention de la loi du 22 janvier 2018, que l'évaluation préalable du mode de réalisation et l'étude de soutenabilité budgétaires ne sont pas conformes aux objectifs budgétaires fixés par la loi pluriannuelle des finances publiques, que l'objectif de maîtrise des dépenses de fonctionnement n'est pas respecté de même que l'objectif d'amélioration du besoin de financement, que l'objectif de désendettement fixé par la loi est inatteignable et, que de surcroît, une actualisation de l'étude de soutenabilité budgétaire était nécessaire après le vote du compte administratif 2017 de la ville et en raison de la modification du périmètre du projet depuis la délibération litigieuse ;

- le recours au marché de partenariat ne présente pas un bilan plus favorable notamment sur le plan financier par rapport aux autres modes de réalisation du projet en termes de délais de

réalisation du projet, de coûts et l'analyse comparative des risques étant anormalement favorable au recours du marché de partenariat ;

- en réponse aux fins de non recevoir opposées en défense, la délibération par laquelle l'organe délibérant approuve le principe du recours au marché de partenariat peut toujours être déférée au tribunal sur le terrain de l'excès de pouvoir ;

- son intérêt à agir ne fait pas de doute ;

Par des mémoires en défense, enregistrés les 21 septembre 2018, 17 et 25 janvier 2019, la ville de Marseille, représentée par la SCP Charrel et associés, agissant par Me Charrel, conclut au rejet de la requête et à ce qu'une somme de 6 000 euros soit mise à la charge du Conseil national de l'ordre des architectes au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative ;

Elle soutient que :

- à titre principal :

- la requête est irrecevable dès lors que le recours pour excès de pouvoir est désormais irrecevable contre un acte détachable ;

- le requérant ne justifie pas d'un intérêt à agir compte tenu du ressort national du requérant ;

- et son président ne justifie pas de la qualité à agir de son président ;

- à titre subsidiaire :

- elle a adressé aux conseillers municipaux l'ordre du jour de la séance, la note explicative de synthèse et les annexes au projet de délibération le 6 octobre 2017 soit dix jours avant la séance et par suite les dispositions des articles L. 2121-12 et 13 du code général des collectivités territoriales ne peuvent être regardées comme ayant été méconnues ;

- en tout état de cause, les vices de procédure allégués ne sauraient emporter l'annulation de la délibération attaquée dès lors que les requérants ne démontrent, ni même allèguent que les vices dont ils se prévalent auraient été susceptibles de priver les conseillers d'une garantie ou d'exercer une influence sur le sens de la décision ;

- le moyen tiré de la méconnaissance de l'article 149 du décret du 25 mars 2016 est inopérant dès lors que l'obligation d'actualisation de l'étude préalable du mode de réalisation et de l'étude de soutenabilité budgétaire s'applique dans le cadre de la procédure de passation du marché de partenariat et est mal fondé compte tenu de l'absence de circonstances nouvelles qui seraient de nature à modifier substantiellement l'économie du marché ;

- le requérant n'apporte aucun élément de nature à démontrer que l'évaluation du mode de réalisation serait défavorable en marché de partenariat qu'il s'agisse des honoraires de maîtrise d'oeuvre, du montant des primes et des délais de passation.

Vu les autres pièces du dossier.

Vu :

- le code général des collectivités territoriales ;

- l'ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015 ;

- la loi n° 77-2 du 3 janvier 1977 sur l'architecture ;

- la loi n° 85-704 du 12 juillet 1985 relative à la maîtrise d'ouvrage publique et à ses rapports avec la maîtrise d'ouvrage privée ;

- la loi n° 2016-1691 du 9 décembre 2016 ;

- le décret n° 2016-360 du 25 mars 2016 ;

- le décret n° 2017-516 du 10 avril 2017 ;

- le code de justice administrative.

Les parties ont été régulièrement averties du jour de l'audience.

Ont été entendus au cours de l'audience publique :

- le rapport de Mme Markarian,
- les conclusions de Mme Rigaud, rapporteur public,
- et les observations de :
 - Me Thiriez pour le conseil national et le conseil régional de l'ordre des architectes,
 - de M. B.,
 - et de Me Charrel pour la ville de Marseille.

Vu les notes en délibéré, enregistrées le 31 janvier 2019 sous les n°s 1709848, 1709963 et 1710044 et présentées par la ville de Marseille.

Considérant ce qui suit :

1. Par une délibération du 16 octobre 2017, le conseil municipal de Marseille a approuvé, dans le cadre du plan « Ecoles » le principe du recours à un marché de partenariat et à des marchés de partenariat subséquents portant sur la démolition de 31 établissements scolaires dénommés GEEP du nom de leur concepteur-réalisateur « *le Groupement d'Etudes et d'Entreprises parisiennes* » et la construction, en lieu et place de ces écoles, de 28 nouveaux établissements, ainsi que la construction de six autres nouveaux établissements, la réalisation d'un gymnase et d'un plateau d'évolution pour chacun des établissements créés et la réalisation de prestations d'entretien et de maintenance. MM. P., B. et B., contribuables marseillais, dans l'instance n° 1709848, le conseil régional de l'ordre des architectes, dans l'instance n° 1709963, et le conseil national de l'ordre des architectes, dans l'instance n° 1710044, demandent l'annulation de cette délibération.

Sur la jonction :

2. Les requêtes de MM. P., B. et B., du conseil national de l'ordre des architectes et de l'ordre régional de l'ordre des architectes sont dirigées contre la même délibération et ont fait l'objet d'une instruction commune. Il y a lieu de les joindre pour statuer par un même jugement.

Sur les fins de non-recevoir :

En ce qui concerne l'intérêt pour agir des requérants :

3. D'une part, MM. P., B. et B. invoquent leur qualité de contribuables de la ville de Marseille pour demander l'annulation de la délibération attaquée. Ils justifient d'un intérêt pour agir dès lors que la délibération litigieuse, qui porte approbation du choix de recourir au portage juridique du marché de partenariat pour la construction de 34 écoles, d'un coût global annoncé de 670 842 986 euros, va nécessairement entraîner des dépenses supplémentaires à la charge de la ville de Marseille.

4. D'autre part, aux termes de l'article 26 de la loi du 3 janvier 1977 sur l'architecture : « (...) Ils (*Le conseil national et le conseil régional de l'ordre des architectes*) ont qualité pour agir en justice en vue notamment de la protection du titre d'architecte et du respect des droits conférés et des obligations imposées aux architectes par les lois et règlements. En particulier, ils ont qualité pour agir sur toute question relative aux modalités d'exercice de la profession ainsi

que pour assurer le respect de l'obligation de recourir à un architecte (...) ». Aux termes du 2ème alinéa de l'article 7 de la loi du 12 juillet 1985 relative à la maîtrise d'ouvrage publique et à ses rapports avec la maîtrise d'oeuvre privée : « *Pour la réalisation d'un ouvrage, la mission de maîtrise d'oeuvre est distincte de celle d'entrepreneur* ». Aux termes du I de l'article 18 de cette même loi : « *Nonobstant les dispositions du titre II de la présente loi, le maître de l'ouvrage peut confier par contrat à un groupement de personnes de droit privé ou, pour les seuls ouvrages d'infrastructure, à une personne de droit privé, une mission portant à la fois sur l'établissement des études et l'exécution des travaux, lorsque des motifs d'ordre technique rendent nécessaire l'association de l'entrepreneur aux études de l'ouvrage (...)* ».

5. Il résulte des dispositions précitées que la passation d'un marché de partenariat, qui modifie les conditions d'exercice de la fonction de maître d'oeuvre, ne peut avoir lieu que dans des circonstances particulières. Si ces circonstances ne sont pas établies, une telle passation est de nature à affecter les droits conférés aux architectes dès lors que leur intervention est requise en application des dispositions de la loi du 3 janvier 1977. Les dispositions de l'article 158 du décret du 25 mars 2016 invoquées par la ville de Marseille selon lesquelles « *lorsque tout ou partie de la conception des ouvrages, équipements ou biens immatériels est confiée au titulaire, les offres comportent, pour les bâtiments, un projet architectural* » sont précisément de nature à affecter les droits conférés aux architectes. Eu égard aux dispositions précises de l'article 26 de la loi du 3 janvier 1977, qui permettent tant au conseil national sur le territoire national qu'au conseil régional de l'ordre des architectes en région d'agir en justice en vue d'assurer la protection des droits des architectes, le conseil national de l'ordre des architectes et le conseil régional de l'ordre des architectes justifient d'un intérêt à demander l'annulation de la délibération attaquée, dès lors que la passation du contrat de partenariat auquel la ville décide de recourir par cette délibération, d'un coût global de 670 842 986 euros comme indiqué précédemment, est de nature à affecter les droits conférés aux architectes qu'ils défendent lorsque leur intervention est requise en application des dispositions de la loi du 3 janvier 1977. La fin de non recevoir ainsi opposée doit être rejetée.

En ce qui concerne la qualité pour agir du conseil national de l'ordre des architectes :

6. Par délibération du 30 novembre 2017, le conseil national de l'ordre des architectes a donné à son président, M. D. D., délégation pour engager toute action contentieuse décidée par le conseil national et, par délibération du 15 décembre 2017, réuni en séance officielle, a décidé d'introduire un recours pour excès de pouvoir contre la délibération en cause du 16 octobre 2017. La fin de non recevoir tirée du défaut de qualité pour agir du président du conseil national de l'ordre des architectes doit par suite être rejetée.

En ce qui concerne la recevabilité des recours :

7. La ville de Marseille soutient que le présent recours pour excès de pouvoir introduit par les requérants contre un acte détachable du contrat est irrecevable compte tenu de la décision d'assemblée du Conseil d'Etat du 4 avril 2014 n° 358994, selon laquelle la légalité du choix du cocontractant, de la délibération autorisant la conclusion du contrat et de la décision de le signer ne peut être contestée par les tiers au contrat et les membres de l'organe délibérant de la collectivité territoriale ou du groupement de collectivités territoriales concerné qu'à l'occasion d'un recours de pleine juridiction en contestation de validité du contrat.

8. Aux termes de l'article 77 de l'ordonnance du 23 juillet 2015 « (...) II. - *Pour les collectivités territoriales et leurs établissements publics, l'évaluation du mode de réalisation du projet, l'étude de soutenabilité budgétaire et les avis sur celles-ci sont présentés à l'assemblée délibérante ou à l'organe délibérant, qui se prononce sur le principe du recours à un marché 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.

Sur la légalité de la délibération attaquée :

9. Aux termes de l'article 67 de l'ordonnance du 23 juillet 2015 : « I. - *Un marché de partenariat est un marché public qui permet de confier à un opérateur économique ou à un groupement d'opérateurs économiques une mission globale ayant pour objet : 1° 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 ; 2° Tout ou partie de leur financement. Le titulaire du marché de partenariat assure la maîtrise d'ouvrage de l'opération à réaliser. II. - Cette mission globale peut également avoir pour objet : 1° Tout ou partie de la conception des ouvrages, équipements ou biens immatériels ; 2° L'aménagement, l'entretien, la maintenance, la gestion ou l'exploitation d'ouvrages, d'équipements ou de biens immatériels ou une combinaison de ces éléments ; 3° La gestion d'une mission de service public ou des prestations de services concourant à l'exercice, par la personne publique, de la mission de service public dont elle est chargée. III. - L'acheteur peut donner mandat au titulaire pour encaisser, en son nom et pour son compte, le paiement par l'usager de prestations exécutées en vertu du contrat. ».*

10. Aux termes de l'article 74 de l'ordonnance du 23 juillet 2015 modifié par la loi du 9 décembre 2016 : « *La décision de recourir à un marché de partenariat, quel que soit le montant d'investissement, doit être précédée de la réalisation d'une évaluation ayant pour objet de comparer les différents modes envisageables de réalisation du projet. Cette évaluation comporte une analyse en coût complet ainsi que tout élément permettant d'éclairer l'acheteur dans le choix du mode de réalisation du projet. / L'acheteur réalise également une étude de soutenabilité budgétaire qui apprécie notamment les conséquences du contrat sur les finances publiques et la disponibilité des crédits. ».*

11. Aux termes également de l'article 75 de l'ordonnance du 23 juillet 2015 : « I. - *La procédure de passation d'un marché de partenariat ne peut être engagée que si l'acheteur démontre que, compte tenu des caractéristiques du projet envisagé, des exigences de service public ou de la mission d'intérêt général dont l'acheteur est chargé, ou des insuffisances et difficultés observées dans la réalisation de projets comparables, le recours à un tel contrat présente un bilan plus favorable, notamment sur le plan financier, que celui des autres modes de réalisation du projet. Le critère du paiement différé ne saurait à lui seul constituer un avantage. Les modalités d'établissement de ce bilan sont fixées par décret en Conseil d'Etat. II. - Les acheteurs ne peuvent recourir au marché de partenariat que si la valeur de ce marché est*

supérieure à un seuil fixé par voie réglementaire en fonction de la nature et de l'objet du contrat, des capacités techniques et financières de l'acheteur et de l'intensité du risque encouru.

12. Aux termes de l'article 76 de l'ordonnance du 23 juillet 2015 : « *L'évaluation du mode de réalisation du projet est soumise pour avis à un organisme expert créé par voie réglementaire./L'étude de soutenabilité budgétaire est soumise pour avis au service de l'Etat compétent* ».

13. Aux termes de l'article 147 du décret du 25 mars 2016 : « *L'évaluation préalable du mode de réalisation du projet mentionnée à l'article 74 de l'ordonnance du 23 juillet 2015 susvisée comporte : 1° Une présentation générale : a) Du projet, notamment son objet, l'historique, le contexte, ses enjeux et les caractéristiques de son équilibre économique ; b) De l'acheteur, notamment ses compétences, son statut et ses capacités financières ; 2° Une analyse comparative en valeur actualisée des différentes options de montages contractuels et institutionnels de la commande publique envisageables pour mettre en œuvre le projet, comprenant : a) Un cadrage, incluant notamment le périmètre, les procédures et le calendrier pour chacune des phases de réalisation du projet, ainsi que la durée totale du contrat ; b) Une estimation en coût complet des différentes options comprenant notamment les coûts de programmation, de conception, de réalisation, de financement et de fonctionnement pour l'acheteur et pour le cocontractant avec leur évolution dans le temps jusqu'à la fin de vie ainsi que, le cas échéant, des recettes résultant du projet et le traitement comptable et fiscal retenu ; 3° Une présentation des principaux risques du projet comprenant les risques financiers et la répartition des risques entre l'acheteur et le titulaire et, le cas échéant, une valorisation financière de ces risques ; 4° Une analyse de la compatibilité du projet avec les orientations de la politique immobilière de l'acheteur lorsque le marché de partenariat emporte occupation du domaine public ou privé.* ».

14. Aux termes de l'article 152 du décret du 25 mars 2016 : « *Pour établir le bilan prévu à l'article 75 de l'ordonnance du 23 juillet 2015 susvisée, l'acheteur tient compte de ses capacités à conduire le projet, des caractéristiques, du coût et de la complexité de celui-ci, des objectifs poursuivis ainsi que, le cas échéant, des exigences du service public ou de la mission d'intérêt général dont il est chargé. Pour démontrer que ce bilan est plus favorable que celui des autres modes de réalisation de ce projet envisageables, il procède à une appréciation globale des avantages et des inconvénients du recours à un marché de partenariat, compte tenu notamment : 1° De l'étendue du transfert de la maîtrise d'ouvrage du projet au titulaire de ce marché ; 2° Du périmètre des missions susceptibles d'être confiées au titulaire ; 3° Des modalités de partage de risques entre l'acheteur et le titulaire ; 4° Du coût global du projet compte tenu notamment de la structure de financement envisagée.* ».

15. Il résulte des dispositions précitées aux points 9 à 14 que le recours à un marché de partenariat ne peut être engagé, dans le cadre des nouvelles dispositions introduites par l'ordonnance du 23 juillet 2015, qu'au vu du critère unique d'un bilan plus favorable, notamment sur le plan financier, que celui des autres montages contractuels, le montage en maîtrise d'ouvrage publique restant le mode de contractualisation de droit commun. Pour mener à bien le projet portant sur la démolition de bâtiments existants et la construction de 34 nouvelles écoles, la ville de Marseille a établi, conformément à l'article 74 de l'ordonnance du 23 juillet 2015, une évaluation préalable du mode de réalisation du projet et une étude de soutenabilité financière et a décidé, au terme de son analyse, de recourir à un marché de partenariat sous la forme d'un accord-cadre multi-attributaires d'une durée de quatre ans et de six marchés subséquents.

16. Dans le cadre de cette évaluation préalable du mode de réalisation du projet, la ville de Marseille a écarté l'ensemble des montages contractuels pour ne retenir, au final, dans sa comparaison, que la maîtrise d'ouvrage publique classique et l'accord-cadre de marchés de partenariat. Au terme de son analyse comparative des coûts portant sur ces deux montages en maîtrise d'ouvrage publique et en marché de partenariat, réalisée sur des périmètres comprenant pour tous les groupes scolaires la conception, la construction, le financement, la maintenance, le Gros Entretien Renouvellement (GER) et l'entretien, et avant prise en compte des risques, le marché de partenariat présente un coût global plus élevé que celui de la maîtrise d'ouvrage publique de l'ordre de 8,9 %, le montant toutes taxes comprises s'élevant à 675 442 476 euros pour le marché de partenariat et 620 160 910 euros pour la maîtrise d'ouvrage publique. L'évaluation préalable retient, dans les deux hypothèses, des coûts de travaux et d'immobilisation équivalents, soit respectivement 378 813 204 euros hors taxes et 439 967 317 euros hors taxes. Si Fin Infra, organisme expert chargé d'émettre un avis sur cette évaluation, a indiqué, dans son avis du 15 septembre 2017, « *qu'au regard de l'analyse, l'accord-cadre de marché de partenariat présente le meilleur bilan et répond aux problématiques du projet et aux objectifs de la ville* », cet avis comporte toutefois, « *si la ville fait le choix de recourir à un schéma en accord-cadre de marchés de partenariat* », de nombreuses observations et dix recommandations. Ainsi, et alors que dans cette première phase de l'évaluation, le coût du marché de partenariat s'avère déjà plus élevé, Fin Infra relève notamment que l'évaluation retient sans explications un taux d'honoraires de conception et de contrôle de 30 % supérieur en maîtrise d'ouvrage publique, que le coût de maîtrise d'ouvrage en marché de partenariat, nul pour la maîtrise d'ouvrage publique, a été estimé en marché de partenariat à 3 % du coût des travaux, alors que ce poste qui couvre à la fois 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, devrait plutôt être évalué entre 5 et 8 % du coût des travaux. S'agissant des coûts de procédure correspondant aux indemnités dues aux candidats non retenus, une enveloppe globale de 1 500 000 euros sur la base de trois marchés subséquents a été retenue pour le marché de partenariat, ce qui, pour Fin Infra, se situe dans une fourchette basse, alors que l'évaluation retient pour la maîtrise d'ouvrage publique trois primes de 50 000 euros par groupe scolaire, soit un montant total de 5 100 000 euros pour les 34 établissements. En outre, et si le critère du paiement différé ne peut constituer un avantage en faveur du marché de partenariat, ainsi qu'il résulte de l'article 75 de l'ordonnance du 23 juillet 2015, l'évaluation prévoit à l'inverse en l'espèce des avances très importantes sur rémunération à la date de mise à disposition de chaque vague de groupe scolaires représentant 70 % des coûts d'investissement. Si le versement d'une telle avance sur rémunération a pour effet de participer à limiter le coût global du marché de partenariat dans cette première phase, ce qui reflète selon Fin Infra une situation usuelle et s'explique par un coût de financement qui reste supérieur à celui en maîtrise d'ouvrage publique, cela implique selon Fin Infra que la ville de Marseille veille, dans le cadre du dialogue compétitif à venir, à optimiser les conditions de financement du projet et d'arrêter assez rapidement le niveau de participation qu'elle entend lui accorder, le cofinancement public à hauteur de 70 % n'étant indiqué que comme une hypothèse. De plus, et alors que la ville de Marseille envisage la valorisation foncière de son domaine, tel que cela est précisé en pages 24 et 81 de son évaluation préalable, précisant ainsi « *qu'il est attendu que les projets puissent intégrer la construction et la valorisation de surfaces pouvant être commercialisées* », que « *les terrains d'assiette de certains groupes scolaires permettent ainsi d'envisager une opération immobilière connexe à la réalisation du groupe scolaire, imbriquée (superposition) ou adjacente (juxtaposition) à celui-ci mais intégrant les contraintes fonctionnelles et techniques liées au groupe scolaire* », la ville de Marseille indique, qu'à ce stade du projet, « *les emprises susceptibles d'être valorisées ne sont pas définitivement arrêtées (...) et que les recettes liées à cette valorisation immobilière n'ont donc pas été intégrées dans*

la présente évaluation ». Or, la rémunération du titulaire est étroitement liée à cette valorisation et l'évaluation préalable du mode de réalisation du projet, comme l'étude de soutenabilité budgétaire, sont impérativement effectuées au stade de l'accord-cadre de partenariat, accord-cadre que la ville de Marseille envisage de reproduire pour chaque marché subséquent, d'autant que l'évaluation préalable doit, selon l'article 143 du décret du 25 mars 2016, analyser la compatibilité du projet avec les orientations de la politique immobilière de la ville. 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 résulte de ce qui précède que l'évaluation, qui s'avère à ce stade moins favorable au contrat de partenariat, présente de surcroît des insuffisances importantes qui ne permettent pas d'apprécier en toute transparence ce contrat global.

17. Ainsi qu'il a été dit précédemment, et au terme de la première phase d'évaluation, le coût global du marché de partenariat, avant prise en compte des risques, présente un coût global plus élevé que celui de la maîtrise d'ouvrage publique de 8,9 %, le montant toutes taxes comprises s'élevant à 675 442 476 euros pour le marché de partenariat et 620 160 910 euros pour la maîtrise d'ouvrage publique. Après valorisation des risques, selon la méthode dite de Monte Carlo qui consiste en une approche statistique basée sur un tirage de 10 000 occurrences aléatoires de risques, l'avantage s'inverse de manière substantielle et, selon la conclusion de l'évaluation préalable au bilan avantages-inconvénients, « *la valeur actualisée nette toutes taxes comprises du scénario en accord cadre de marchés de partenariat ressort inférieure à celle du scénario en MOP classique : valeur à risque 85 % de la valeur actualisée nette : 692 010 k euros en marché de partenariat contre 733 603 k euros en maîtrise d'ouvrage publique, le coût de l'accord-cadre de marché de partenariat étant inférieur à celui de la maîtrise d'ouvrage publique de 5,7 %* ». En outre, après prise en compte supplémentaire de la valorisation des bénéfices socio-économiques du projet, le coût de l'accord-cadre de marché de partenariat est non de 692 010 097 euros, supérieur de 2,45 % par rapport au coût évalué avant valorisation des risques, mais de 670 842 986 euros, soit en fait 3% de moins que ce coût évalué avant valorisation des risques. Le coût du marché de partenariat devient ainsi inférieur de 8,6 % par rapport à la maîtrise d'ouvrage publique ainsi que le mentionne le rapport de synthèse adressé aux conseillers municipaux. Dans le même temps, et après valorisation des risques, le coût global en maîtrise d'ouvrage publique a quant à lui augmenté de 18,3 %. S'il est usuel de se référer au simulateur mis à disposition des acheteurs publics par Fin Infra, il appartient à la ville de Marseille d'apporter, dans l'évaluation préalable du mode de réalisation, des justifications propres au marché de partenariat en cause sur les paramètres qu'elle a retenus et qui ne peuvent être la simple reprise des documents Fin Infra publiés dans le guide d'utilisation du modèle financier d'évaluation préalable du 18 avril 2011. 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 courant des ouvrages ne le sont pourtant que de manière générale, sans autres explications liées au projet. L'évaluation préalable reproduit ensuite les simulations de risques et des graphiques et entérine au final une valeur à risque à hauteur de 85 % au seul motif que le niveau de confiance préconisé par Fin Infra pour ce type de projets est de 85 %. Ainsi, si l'évaluation préalable insiste sur la maîtrise du risque « *délai* », ce risque étant en effet déterminant pour assurer dans les

temps les rentrées scolaires, le risque défaillance n'est pas davantage explicité alors que Fin Infra relève que, si l'optimisation des délais dans le cadre d'un contrat global par rapport à un allotissement des marchés peut être aisément entendue, la durée globale de 18 mois retenue pour la passation de l'accord-cadre et des deux premiers marchés subséquents est « réaliste mais ambitieuse ».

18. Il résulte de tout ce qui précède qu'au vu de l'évaluation préalable qu'elle a réalisée, 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. Dans ces conditions, et sans qu'il soit besoin de statuer sur les autres moyens des requêtes, MM. P., B. et B., le conseil régional de l'ordre des architectes et le conseil national de l'ordre des architectes sont fondés à demander l'annulation de la délibération n° 17-31436-DGP du 16 octobre 2017 par laquelle le conseil municipal de Marseille a approuvé le choix de recourir à un accord-cadre de partenariat permettant de conclure six marchés subséquents.

Sur les frais du litige :

19. Les dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative font obstacle à ce que soit mis à la charge de MM. P., B. et B., du conseil régional de l'ordre des architectes et du conseil national de l'ordre des architectes, qui ne sont pas les parties perdantes, le versement des sommes que demande, à ce titre, la ville de Marseille. En revanche, il y a lieu, dans les circonstances de l'espèce, de mettre à la charge de la ville de Marseille le versement au conseil national de l'ordre des architectes et au conseil régional de l'ordre des architectes d'une somme de 2 000 euros chacun au même titre.

DECIDE :

Article 1er : La délibération n° 17-31436-DGP du 16 octobre 2017 par laquelle le conseil municipal de Marseille a approuvé le choix de recourir à un accord-cadre de partenariat est annulée.

Article 2 : La ville de Marseille versera au conseil régional de l'ordre des architectes et au conseil national de l'ordre des architectes chacun une somme de 2 000 euros en application de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Article 3 : Le présent jugement sera notifié à M. G. P., M. A. B., M. C. B., au conseil national de l'ordre des architectes, au conseil régional de l'ordre des architectes et à la ville de Marseille.

Délibéré après l'audience du 29 janvier 2019, à laquelle siégeaient :

Mme Markarian, présidente,

M. Danveau, conseiller,

M. Khiat, conseiller,

Assistés de Mme Juarez, greffière.

Lu en audience publique le 12 février 2019.

La présidente-rapporteure,

L'assesseur le plus ancien,

signé

signé

G. Markarian

N. Danveau

La greffière,

signé

N. Juarez

La République mande et ordonne au préfet des Bouches-du-Rhône en ce qui le concerne ou à tous huissiers de justice à ce requis en ce qui concerne les voies de droit commun contre les parties privées, de pourvoir à l'exécution de la présente décision.

Pour expédition conforme,

La greffière,