

Mutualisation des achats et maîtrise d'ouvrage publique

À première vue, il semble difficile d'associer la mutualisation des achats et la maîtrise d'ouvrage publique. Cependant, certaines opérations relevant du champ de la maîtrise d'ouvrage publique peuvent être réalisées en commun par plusieurs personnes publiques et/ou privées grâce au transfert de maîtrise d'ouvrage et au groupement de commandes.

Au premier regard, mutualisation des achats et maîtrise d'ouvrage publique n'apparaissent guère conciliables.

On sait en effet que, par principe, tout acheteur qui projette une opération de construction neuve ou de réhabilitation portant sur un ouvrage, et qui envisage la passation de marchés publics dans ce but, est soumis aux dispositions du livre IV de la deuxième partie du Code de la commande publique sur la maîtrise d'ouvrage publique, et doit impérativement exercer la maîtrise d'ouvrage de l'opération. Il s'agit là d'une « fonction d'intérêt général »⁽¹⁾, qui ne peut en principe pas être déléguée. C'est ce qui résulte de la combinaison des articles L. 2410-1, L. 2411-1 et L. 2411-2 du Code de la commande publique.

Ce principe n'est toutefois pas absolu, et le sujet pose donc une question simple : dans quelle mesure des opérations qui relèvent du champ de la maîtrise d'ouvrage publique peuvent-elles être réalisées en commun par plusieurs personnes publiques et/ou privées ?

Il est fondamentalement deux grandes voies qui peuvent permettre une telle mutualisation : le transfert de maîtrise d'ouvrage et le recours à un groupement de commandes.

Le transfert de maîtrise d'ouvrage

L'article L. 2422-12 du Code de la commande publique dispose que « lorsque la réalisation ou la réhabilitation d'un ouvrage ou d'un ensemble d'ouvrages relèvent

Auteur

Maeva Guillerm
Avocat à la Cour
SCP Seban et associés

Mots clés

Co-maîtrise d'ouvrage • Groupement de commandes • Transfert de maîtrise d'ouvrage

(1) CCP, art. L. 2411-1.

simultanément de la compétence de plusieurs maîtres d'ouvrage, ces derniers peuvent désigner, par convention, celui d'entre eux qui assurera la maîtrise d'ouvrage de l'opération ». Cet article permet ainsi de déroger au principe selon lequel chacune des entités soumises au livre IV de la deuxième partie du Code de la commande publique doit satisfaire elle-même aux obligations de maître d'ouvrage lorsqu'un immeuble ou un équipement est réalisé pour son compte.

La nécessité d'un projet commun

Le transfert de maîtrise d'ouvrage – également appelé co-maîtrise d'ouvrage en pratique – n'implique pas que chacun des maîtres d'ouvrage concernés soit compétent sur la totalité des ouvrages devant être réalisés : il suffit que chaque maître d'ouvrage soit compétent sur une partie de l'ouvrage ou de l'ensemble d'ouvrages à réaliser. C'est ce qui ressort, implicitement, de la seule décision rendue au sujet de l'ancien article 2-II de la loi MOP⁽²⁾, qui relève que la convention conclue par les différents maîtres d'ouvrage doit avoir pour objet de réaliser « un ensemble d'ouvrages relevant de leur compétences respectives »⁽³⁾. Le dispositif pourra donc être sollicité tant pour la réalisation d'ouvrage relevant de compétences multiples, soit – et c'est plus courant – pour la réalisation d'un même ouvrage ou ensemble d'ouvrages destiné à abriter différents types de locaux appartenant à des propriétaires différents (un immeuble qui accueille une crèche municipale en rez-de-chaussée et les bureaux d'un syndicat mixte dans les étages par exemple, ou encore un ensemble immobilier composé d'un collège et d'un centre du SDIS). Une réponse ministérielle insiste toutefois sur la nécessité de manifester clairement la volonté de réaliser une opération unique témoignant d'un projet commun, à tout le moins lorsque l'opération doit déboucher sur la réalisation de plusieurs ouvrages⁽⁴⁾.

La possibilité de réunir des entités soumises à la maîtrise d'ouvrage publique et d'autres qui ne le sont pas ?

L'une des principales questions que pose en pratique la « co-maîtrise d'ouvrage » est celle de savoir si elle peut réunir des entités soumises à la maîtrise d'ouvrage publique et d'autres qui ne le sont pas (un promoteur par exemple). Et elle n'a, pour l'heure, pas été tranchée par les juridictions administratives.

La doctrine est partagée sur le sujet, mais s'accorde à tout le moins pour considérer que, dans une telle hypothèse, il est exclu qu'un maître d'ouvrage privé puisse être désigné comme maître d'ouvrage d'une opération

commune par un ou plusieurs maîtres d'ouvrage soumis aux dispositions relatives à la maîtrise d'ouvrage publique⁽⁵⁾. C'est d'ailleurs cet argument (unique) qui a pu être développé par ceux des auteurs qui excluent une co-maîtrise d'ouvrage « mixte ». Et il est vrai qu'on peine à identifier quelle disposition s'opposerait à ce qu'un promoteur immobilier désigne une personne publique pour assurer la maîtrise d'ouvrage d'un ensemble immobilier commun. Ce ne sont en tout cas pas les dispositions du Code de la commande publique sur la maîtrise d'ouvrage publique, par définition non applicable à cet opérateur, qui seraient froissées par une telle opération. C'est plutôt sous un tout autre angle que la difficulté pourrait intervenir : on ne voit pas immédiatement à quel titre une personne publique, en charge de l'intérêt général, pourrait se voir désignée comme le maître d'ouvrage des travaux attachés à la construction de la part « privée » d'un ouvrage, en lieu et place du promoteur immobilier qui en deviendra propriétaire. Il est toutefois sans doute possible de considérer qu'il existe dans bien des cas un intérêt public à la réalisation de programmes mixtes, ce qui devrait permettre de justifier l'intervention de la personne publique comme maître d'ouvrage désigné.

Les règles de passation à appliquer pour les marchés lorsque les maîtres d'ouvrage sont soumis à des règles différentes

Un autre sujet, qui n'est pas non plus pleinement tranché à ce jour, est celui des règles applicables à la passation des marchés nécessaires à la réalisation de l'opération, lorsqu'elle réunit des maîtres d'ouvrage soumis à des règles différentes. En l'absence de jurisprudence en la matière, le ministère de l'Intérieur recommandait de recourir au régime le plus formaliste⁽⁶⁾, là où la Mission interministérielle pour la qualité des constructions publiques considère que la personne qui s'est vu transférer la maîtrise d'ouvrage de l'opération doit appliquer le régime de passation auquel elle est soumise⁽⁷⁾.

Malgré ces quelques incertitudes, le transfert de maîtrise d'ouvrage est souvent l'outil qui s'impose pour construire un ouvrage en commun. Ce n'est toutefois pas la seule voie qui puisse permettre d'atteindre cet objectif.

La constitution d'un groupement de commandes

Le groupement de commande, régi par les articles L. 2113-6 et suivants du Code de la commande publique, permet à plusieurs acheteurs de s'associer afin de

(2) Loi n° 85-704 du 12 juillet 1985 relative à la maîtrise d'ouvrage publique et à ses rapports avec la maîtrise d'œuvre privée

(3) CAA Paris 30 décembre 2016, Syndicat des copropriétaires de la résidence Butte Stendhal, req. n° 14PA00258.

(4) Rép. min. n° 91141, JOAN 29 mars 2011, p. 3116.

(5) C. Grange, *La loi MOP – conception et mise en œuvre d'opération*, Le Moniteur, 3^e éd. 2013, p. 178 ; A. Galland, « Maîtrise d'ouvrage publique – Champ d'application de la loi MOP et missions du maître d'ouvrage public », Fasc. 72, *Jurisclasseur Contrats et Marchés publics*, 30 juin 2014.

(6) Rép. min. n° 3542, JOAN 4 septembre 2012.

(7) MIQCP, Fiche « Médiations » n° 15, p. 3.

confier à l'un d'entre eux, désigné comme coordonnateur, le soin d'organiser la passation des marchés nécessaires ainsi que, le cas échéant, leur signature et leur exécution pour le compte de l'ensemble des membres. Cette voie peut être sollicitée lorsque plusieurs maîtres d'ouvrages publics souhaitent se regrouper pour coordonner leurs achats bâtimentaires, sans procéder pour autant à un transfert de maîtrise d'ouvrage au profit de l'un d'entre eux^[8]. Elle permet d'ailleurs de lever certaines des incertitudes attachées au transfert de maîtrise d'ouvrage, et notamment d'associer sans risque des personnes publiques et des opérateurs privés ; mais elle commande une vigilance particulière au regard des dispositions attachées à la maîtrise d'ouvrage publique, précisément parce qu'elle n'a pas été conçue pour des opérations de cette nature.

La possibilité de réunir des entités soumises à la maîtrise d'ouvrage publique et d'autres qui ne le sont pas

Il est acquis qu'un groupement de commandes peut renfermer tout à la fois des acheteurs publics soumis au droit de la commande publique et des opérateurs privés qui n'en relèvent pas. L'article L. 2113-6 du Code de la commande publique dispose en effet qu'un groupement de commandes peut être constitué afin de passer conjointement un ou plusieurs marchés « entre un ou plusieurs acheteurs et une ou plusieurs personnes morales de droit privé qui ne sont pas des acheteurs », à condition que chacun des membres du groupement applique, pour les achats réalisés dans le cadre du groupement, les règles de passation des marchés publics.

La participation d'un opérateur privé à un groupement de commandes ne pose donc pas de difficulté. Et, en pratique, la doctrine administrative considère que le recours au groupement de commandes pour la réalisation de travaux peut être adapté « lorsque les ouvrages peuvent être réalisés séparément mais qu'il est plus opportun de les faire en commun ou lorsqu'ils sont tellement imbriqués qu'il est impossible ou très difficile d'envisager que chacun des maîtres d'ouvrage réalise la part qui lui revient »^[9].

Contrairement au transfert de maîtrise d'ouvrage, le groupement de commandes n'est toutefois pas immédiatement pensé pour des opérations de cette nature. Et s'il peut effectivement sans doute être sollicité à cet effet, ce n'est donc qu'au prix d'une vigilance accrue au regard des dispositions sur la maîtrise d'ouvrage publique.

La possible compatibilité du groupement de commande avec les dispositions sur la maîtrise d'ouvrage publique

Le sujet ne pose guère de difficulté si un seul des membres du groupement de commande est soumis à la maîtrise d'ouvrage publique, à condition qu'il soit le coordonnateur du groupement.

Il commande en revanche la vigilance lorsque plusieurs membres du groupement sont soumis à la maîtrise d'ouvrage publique, précisément à raison des contraintes qui s'attachent à eux à ce titre. Dans ce cas, il faudra veiller à ce que la convention constitutive de groupement ne puisse pas permettre à l'un des membres de se décharger illégalement de ses obligations au titre de la maîtrise d'ouvrage, et il faudra donc s'assurer que cette convention puisse par ailleurs être regardée comme un mandat de maîtrise d'ouvrage (et donc qu'elle respecte l'ensemble des règles attachées à un tel mandat). Mais, même dans cette dernière hypothèse, il est en tout état de cause des attributions dont un maître d'ouvrage ne peut pas se défaire. Or, parmi ces attributions, certaines sont susceptibles de ne pas être assumées par les maîtres d'ouvrages lorsqu'ils sont regroupés au sein d'un groupement de commandes. On pense en particulier à la définition du programme et à l'approbation du choix du titulaire des marchés publics.

Sur le premier terrain (la définition du programme), la logique du groupement de commandes devrait conduire les maîtres d'ouvrages à élaborer en commun le programme des équipements à réaliser, puisque, s'ils se regroupent, c'est précisément parce qu'ils souhaitent que le projet global qu'ils entendent mener renferme une logique d'ensemble (unité architecturale, fonctionnelle, constructive...). Et le bon sens voudrait alors que le soin d'élaborer ce programme soit confié à celui que les membres du groupement ont désigné pour « mener tout ou partie de la procédure de passation ou de l'exécution du marché » au sens de l'article L. 2113-7 du Code de la commande publique, à savoir le coordonnateur. Ce n'est toutefois pas possible, puisque chaque maître d'ouvrage public doit définir lui-même son programme, et ne peut pas confier au coordonnateur cette mission, pas même dans le cadre d'un contrat de mandat. L'article L. 2422-5 du Code de la commande publique attaché au mandat de maîtrise d'ouvrage publique indique en effet que c'est « dans la limite du programme et de l'enveloppe financière prévisionnelle de l'opération qu'il a arrêtées » que le maître d'ouvrage peut confier par contrat de mandat de maîtrise d'ouvrage à un mandataire l'exercice, en son nom et pour son compte, de tout ou partie de ses attributions. Pour remédier à cet écueil, certains auteurs évoquent l'idée d'une approbation d'un programme unique par l'ensemble des membres du groupement^[10]. Le mécanisme est effectivement envi-

[8] Rép. min. n° 17255, *JO Sénat*, 14 juillet 2005, p. 1899 ; Rép. min. n° 66023, *JOAN*, 17 septembre 2001, p. 5295.

[9] Rép. min. n° 91114, *JOAN*, 29 mars 2011, p. 2827.

[10] E. Lanzarone, « groupement d'achat et loi MOP, « à l'impossible je suis tenue », *Contrats Publics - Le Moniteur*, n° 149, décembre 2014.

sageable : il s'agirait pour chaque maître d'ouvrage de « valider » un programme commun, de sorte qu'il puisse être soutenu qu'il ne se défait pas de ses attributions. Évidemment, ce dispositif ne permet pas de remédier au cas dans lequel l'un des maîtres d'ouvrage refuserait d'approuver le programme, mais la difficulté ne doit pas être surestimée non plus : en pratique les maîtres d'ouvrage devraient pouvoir s'accorder sur le programme, faute de quoi c'est sans doute la volonté même de poursuivre ensemble le projet qui s'en trouverait affectée.

Sur le second terrain (l'approbation du choix du titulaire des marchés publics), la difficulté tient à la circonstance que chaque maître d'ouvrage doit, en principe, approuver le choix du titulaire des marchés publics, ce dont le régime du groupement de commande ne permet pas d'être assuré à coup sûr. Il est clair en effet que si le groupement de commandes devait avoir pour commission d'appel d'offres celle de son coordonnateur (et pas celle du groupement), comme le permet le II de l'article L. 1414-3 du Code général des collectivités territoriales, les dispositions relatives à la maîtrise d'ouvrage seraient froissées : l'un des maîtres d'ouvrage n'aurait pas d'influence sur le choix du titulaire du marché, et contreviendrait ainsi aux dispositions précitées, sauf à imaginer un mécanisme d'approbation a posteriori du choix de la commission d'appel d'offres ; mécanisme qui ne devrait alors pas le « lier », et pourrait donc conduire à des situations de blocage. Il est donc sans doute préférable que le choix du titulaire des marchés soit effectué par la commission d'appel d'offres du groupement de commande, c'est-à-dire par une CAO dans laquelle chaque membre dispose de repré-

sentants⁽¹¹⁾. À suivre une réponse ministérielle, c'est là une condition pour que les dispositions attachées à la maîtrise d'ouvrage publique soient satisfaites⁽¹²⁾. Dans l'absolu, tout risque de blocage n'est pas exclu au sein de cette CAO « mixte », mais le sujet est, là encore, sans doute assez théorique.

En définitive, et sous réserve de prendre quelques précautions, la constitution d'un groupement de commandes peut donc être rendue compatible avec les dispositions sur la maîtrise d'ouvrage publique. Et elle peut constituer une vraie alternative au transfert de maîtrise d'ouvrage, en particulier quand un projet associe public et privé. Entre personnes publiques en revanche, si le groupement de commande demeure une voie praticable, on n'identifie moins ce qui pourrait conduire à la privilégier à un transfert de maîtrise d'ouvrage, sauf peut-être l'idée de solliciter un outil plus familier.

D'autres voies encore peuvent naturellement être envisagées dans certains cas. Il faut penser à la situation dans laquelle l'un des partenaires intéressés par l'opération immobilière réalise lui-même l'ouvrage dans son ensemble, puis en cède une partie à l'autre partenaire par la voie d'une vente en l'état futur d'achèvement. Mais, dans l'esprit, le dispositif s'éloigne alors de l'idée d'une commande mutualisée. Et il suscite évidemment d'autres questions sur le terrain de la compétence, de la maîtrise d'ouvrage publique et/ou de la commande publique, suivant le rôle des acteurs publics dans le montage.

(11) CGCT, art. L. 1414-3.

(12) Rép. min. n° 17255, *JO Sénat* 4 juillet 2005, p. 1899.