

Rapports et études

Les prises de position de la Chambre de commerce et d'industrie de Paris

Le dialogue compétitif

Trois propositions d'amélioration de la procédure dans les marchés publics et les contrats de partenariat

Rapport de Monsieur Léon-Bernard KREPPER

Avec la collaboration de Madame Hélène ZWANG, département de droit public et économique à la Direction générale adjointe chargée des études, de la prospective et de l'innovation.

Présenté au nom de la Commission du commerce et des échanges

Et adopté par l'Assemblée générale du 5 novembre 2009

LES PRINCIPALES PROPOSITIONS.....	3
INTRODUCTION.....	4
PROPOSITION 1	
Protéger les idées et les concepts des entreprises	5
PROPOSITION 2	
Indemniser équitablement les entreprises non retenues	6
PROPOSITION 3	
Veiller à des délais raisonnables grâce, notamment, à la nomination d'un chef de projet.....	7

LES PRINCIPALES PROPOSITIONS

Apparu dans notre droit en 2004, le dialogue compétitif offre de réelles opportunités d'amélioration des modalités de satisfaction des besoins des personnes publiques dans l'attribution de leurs marchés et contrats de partenariat public-privé. En autorisant les échanges et les discussions très en amont avec les entreprises candidates, il permet de mieux comparer les solutions proposées par elles et, au final, de déterminer de façon particulièrement pertinente les prestations attendues.

Pourtant des réticences ont surgi, du côté des pouvoirs adjudicateurs et autorités adjudicatrices comme de celui des opérateurs économiques, entravant trop souvent le développement de la procédure de dialogue compétitif. C'est pour pallier ces freins que la Chambre de commerce et d'industrie de Paris propose trois modalités d'amélioration de cette procédure :

Proposition n° 1 : Protéger les idées et les concepts des entreprises

- Assurer la confidentialité des échanges par la personne publique lors des phases de dialogue ;
- Encadrer plus précisément les modalités de communication de solutions ou d'informations confidentielles.

Proposition n° 2 : Indemniser équitablement les entreprises non retenues

- Attribuer une prime aux candidats qui ont atteint la phase finale de la procédure ;
- Cette prime pourrait, par exemple, correspondre à deux tiers des études réalisées ou à 1 % du montant des travaux ;

Proposition n° 3 : Veiller à des délais raisonnables grâce, notamment, à la nomination d'un chef de projet

- Prévoir dans les cahiers des charges des dates butoir variables car adaptées en fonction des spécificités des attentes et de l'objet du contrat ;
- Imposer la nomination d'un chef de projet propre à chaque marché pour veiller au respect des délais.

Le dialogue compétitif est un mode de passation de certains contrats publics entré dans notre ordonnancement juridique en 2004¹. Il est fortement inspiré du système britannique de la PFI (Private Finance Initiative) et a remplacé, en matière de marchés publics, l'appel d'offres sur performance en se voulant plus souple que celui-ci grâce à des emprunts aux procédures négociées.

Il est considéré comme la solution adaptée aux contrats complexes, ceux-ci se définissant selon deux conditions (l'une au moins devant être remplie) :

- « lorsque l'acheteur n'est objectivement pas en mesure de définir seul et à l'avance les moyens techniques pouvant répondre à ses besoins » ;
- « lorsque l'acheteur n'est objectivement pas en mesure d'établir le montage juridique ou financier d'un projet »².

Une telle situation peut se présenter notamment pour la réalisation de certaines opérations, réseaux informatiques, de communication ou, plus généralement, pour des projets sur lesquels l'acheteur ne dispose pas d'une visibilité suffisante³. A noter que l'existence d'une telle complexité n'est pas exigée pour les marchés de travaux d'un montant inférieur à 5 150 000 euros HT et, à compter du 1^{er} janvier 2010, à 4 845 000 euros HT.

Le dialogue compétitif permet l'instauration d'échanges avec les candidats admis à y participer, les discussions ayant pour objet de développer des solutions aptes à répondre aux besoins et exigences de l'acheteur. Ces derniers sont préalablement définis dans l'avis d'appel public à concurrence et, le cas échéant, pour les marchés publics, dans un projet partiellement défini ou dans un programme prévisionnel⁴. Ce n'est qu'au terme du dialogue que les candidats sont invités à remettre leur offre finale.

Ce dispositif concilie donc souplesse et rigueur. Il permet l'élaboration progressive d'une réponse des opérateurs économiques à une attente publique aux modalités de satisfaction imparfaitement circonscrites initialement. Pourtant, il n'a pas rencontré le succès escompté, du moins pour les marchés publics, les réticences à y recourir existant du côté des administrations comme de celui des entreprises. Pour les premières, il est souvent perçu comme délicat dans son déroulement, entraînant des risques contentieux. S'agissant des secondes, les craintes se situent relativement à la longueur éventuelle du dialogue, coûteux en argent et en temps, dont l'issue est, au demeurant, incertaine. Les réticences résident également dans les possibilités de divulgation en matière de savoir-faire, l'acheteur pouvant être tenté de communiquer aux candidats des idées innovantes que l'un d'eux posséderait.

Pour pallier ces différents freins au développement du dialogue compétitif, la Chambre de commerce et d'industrie de Paris avance trois axes d'amélioration. Il s'agit, plus précisément, de protéger les idées et les concepts des concurrents, d'indemniser les entreprises non retenues et, enfin, de veiller à des délais raisonnables grâce, notamment, à la nomination d'un chef de projet.

¹ Art. 36 et 67 du Code des marchés publics (CMP) ; art. 5, 6 et 7 de l'ordonnance n° 2004-559 du 17 juin 2004 sur les contrats de partenariat (JORF n° 141 du 19 juin) ; art. L1414-5 à L1414-7 du Code général des collectivités territoriales (CGCT).

² Art. 36 du CMP. L'art. 2 II 1° de l'ordonnance sur les contrats de partenariat (précitée) dispose, quant à lui, que « [...] compte tenu de la complexité du projet, la personne publique n'est pas objectivement en mesure de définir seule et à l'avance les moyens techniques répondant à ses besoins ou d'établir le montage financier ou juridique d'un projet » (id art. L1414-2 du CGCT).

³ Circulaire du 3 août 2006 portant manuel d'application du code des marchés publics (NOR : ECOM0620004C, JORF n° 179 du 4 août 2006).

⁴ Pour les contrats de partenariat, la personne publique établit un programme fonctionnel afin de déterminer ses besoins et ses objectifs, qui sert de base au dialogue (art. 7 de l'ordonnance sur les contrats de partenariat, art. L1414-7 du CGCT).

PROPOSITION 1

Protéger les idées et les concepts des entreprises

Lors du lancement de la procédure, l'acheteur publie un avis d'appel public à concurrence dans lequel il peut limiter le nombre de candidats admis à prendre part au dialogue⁵. Les candidats sont ensuite sélectionnés et simultanément invités, par écrit, à y participer⁶.

L'administration peut ainsi engager avec les candidats des échanges, très en amont, sur les modalités techniques, juridiques et financières d'un projet. Cet échange, ainsi que le précise la circulaire d'application du Code des marchés publics⁷, n'est pas un élément d'accélération des procédures mais d'amélioration de la définition des besoins⁸.

Cette procédure d'attribution des contrats contribue ainsi à la créativité de la sphère privée car elle encourage les opérateurs économiques à proposer des solutions innovantes en réponse aux besoins de l'acheteur. Elle présente d'ailleurs, par rapport à l'appel d'offres, une vision plus complète et comparative des solutions techniques, financières ou juridiques que le marché peut offrir puisque les offres ne seront pas dès le début enfermées dans des spécifications trop précises⁹. Elle a même pour vocation d'améliorer la qualité de la réponse puisque « en fonction de son expérience et des technologies qu'il maîtrise, chaque candidat va pouvoir proposer la solution qui lui paraît le mieux correspondre aux besoins »¹⁰.

Toutefois, inciter les entreprises à faire œuvre imaginative, stimuler leur recherche et développer leurs savoir-faire n'est pas sans risque potentiel. En effet, l'acheteur, aux fins d'amélioration des propositions qui lui sont faites, peut être tenté de dévoiler aux différents concurrents les projets des autres. C'est d'autant plus dommageable que l'entreprise dont on révèle ainsi les idées n'est pas certaines d'être retenue au final.

Dès lors, la confidentialité des échanges doit être strictement assurée par la personne publique durant les phases de dialogue.

Certes, elle est inscrite dans le Code des marchés publics et dans les textes relatifs aux contrats de partenariat mais les modalités précises n'en sont pas précisément définies et un développement exprès de ces dernières serait souhaitable.

Au demeurant, le dialogue compétitif ayant pour avantage d'offrir un panel large et comparatif de solutions techniques, financières et juridiques, il est nécessaire, sans remettre en cause l'étanchéité des échanges, de permettre que cette comparaison se réalise au mieux. D'ailleurs, tout au long du processus, l'acheteur peut révéler aux autres candidats des solutions proposées ou des informations confidentielles communiquées par un candidat dans le cadre des discussions aux autres, mais avec son accord.

Les modalités de communication de solutions ou d'informations confidentielles doivent être strictement encadrées et revêtir un certain formalisme. C'est ainsi qu'un échange de courriels entre l'acheteur et le candidat concerné devrait être a minima exigé comme garantie quant au contenu précis des transmissions.

⁵ L'acheteur fixe dans l'avis d'appel public à concurrence un nombre minimum de candidats admis à présenter une offre et peut également fixer un nombre maximum. Ce nombre minimum ne peut être inférieur à trois (art. 67 I du CMP).

⁶ Art. 67 II du CMP.

⁷ Précitée.

⁸ Il est d'ailleurs intéressant de voir que les développements sur le dialogue compétitif figurent dans le titre de la circulaire intitulé « Dans quelles hypothèses peut-on négocier ? ».

⁹ Circulaire d'application du CMP, 11.1.3.

¹⁰ Ibidem.

PROPOSITION N°2

Indemniser équitablement les entreprises non retenues

La démarche de réponse à un appel à concurrence dans le cadre d'un marché public ou d'un contrat de partenariat est particulièrement onéreuse pour les participants ; ce qui renforce d'ailleurs le risque d'exclusion des PME. Dans ce cadre, la Charte du dialogue compétitif incite¹¹ :

- d'une part, à interrompre des discussions inutiles et coûteuses avec des candidats dès lors que leur solution n'apparaît plus susceptible d'être retenue en phase finale (principe 8) ;
- d'autre part, à prévoir d'indemniser les candidats non retenus, en fonction de leur contribution et selon le contexte du projet (principe 9).

Proposer une prime profiterait aux acheteurs comme aux entreprises. En effet, elle contribuerait à une réelle concurrence en incitant davantage d'entreprises, ainsi « rassurées », à participer. De plus, elle diminuerait l'éviction des PME qui craindraient un investissement en temps et en travail peu sûr relativement à ses résultats. L'ordonnance sur les contrats de partenariat énonce d'ailleurs que « les demandes de la personne publique impliquent un investissement significatif pour les candidats ayant participé au dialogue compétitif, une prime doit leur être versée »¹².

Au demeurant, c'est une recommandation de la circulaire d'application du Code des marchés publics qui estime que « dans la mesure où l'élaboration de propositions par les candidats pour le dialogue peut entraîner des coûts non négligeables, il est de l'intérêt des acheteurs de prévoir le versement de primes, à hauteur de l'effort demandé afin de susciter une réelle concurrence et d'inciter le plus grand nombre d'opérateurs économiques à participer à ce type de procédure »¹³.

Dans un souci de transparence, les modalités de compensation devraient être très précisément fixées dès le lancement de la procédure. Dans ce contexte, il serait souhaitable d'attribuer une prime aux entreprises qui ont atteint la phase finale de la procédure pour un montant correspondant, par exemple, à deux tiers des études réalisées ou à 1 % du montant des travaux¹⁴.

¹¹ La Charte du dialogue compétitif a été cosignée le 18 janvier 2007 par le ministre de l'Économie et des Finances, le ministre délégué aux Collectivités territoriales, l'Assemblée des départements de France, l'Institut de la gestion déléguée, l'Association des maires de France, l'Association des régions de France, la Mission d'appui à la réalisation des contrats de partenariat (MAPP). Elle comporte 10 principes tendant à mieux accompagner les acteurs du dialogue compétitif.

¹² Art. 7-I de l'ordonnance. En l'absence d'investissement significatif, il est seulement prévu qu'une prime puisse être allouée à tous les candidats ou à ceux dont les offres ont été les mieux classées.

¹³ Circulaire portant manuel d'application du CMP, 11.1.3. Quant au CMP, il précise qu'il « peut être prévu dans le règlement de la consultation ou dans l'avis d'appel public à concurrence qu'une prime sera allouée à tous les participants au dialogue ou à ceux dont les propositions ont fait l'objet de la discussion ou encore à ceux dont les offres ont été la mieux classée » (art. 67 X).

¹⁴ Voir les précédents travaux de la CCIP sur ce point dans le rapport de Léon-Bernard Krepper, « Promouvoir le développement des partenariats public-privé - Propositions de la CCIP » du 23 novembre 2006, <http://www.etudes.ccip.fr/rapport/63-partenariat-public-privé>

PROPOSITION N° 3

Veiller à des délais raisonnables grâce, notamment, à la nomination d'un chef de projet

Le dialogue compétitif peut se dérouler en autant de phases que l'acheteur le juge nécessaire. À l'issue de chacune, il écarte des propositions en fonction de critères fixés dans l'avis d'appel public à concurrence ou dans le règlement de la consultation. Quand il estime les discussions arrivées à leur terme, il en informe les candidats et leur demande leur offre finale¹⁵.

Il n'existe pas de délai maximal quant à la durée de ces phases, ni à leur nombre. La Charte du dialogue compétitif recommande ici que le dialogue ait lieu « sans délai excessif »¹⁶. En pratique, aucune limitation n'est prévue : les échanges se tiennent jusqu'à ce que l'acheteur soit en mesure d'identifier la ou les solutions susceptibles de répondre à ses besoins. Cela signifie que le dialogue peut se dérouler sur une très longue période, mobilisant les candidats et les faisant travailler sur l'amélioration permanente de leur offre sans perspective certaine à son terme.

Aussi, un pilotage efficace associé à une bonne organisation interne de la part de la personne publique est-il une des voies de mise en place d'une rapidité et d'une efficacité de la prise de décision.

Sans enfermer le dialogue compétitif dans des délais impératifs ni dans un nombre et une durée des phases précises, ce qui aurait pour conséquence de rigidifier la procédure, il est nécessaire d'inciter les acheteurs à opérer dans des délais raisonnables et à ne pas faire traîner inutilement des discussions. Le cahier des charges devrait ici poser des dates butoir variables car adaptées en fonction des spécificités des attentes, de l'objet du contrat et, donc, à la discrétion de l'acheteur.

Au-delà, la nomination d'un chef de projet propre à chaque marché peut utilement garantir le respect de ces délais raisonnables.

¹⁵ Art. 67-VI et VII du CMP, art. 7-I de l'ordonnance sur les contrats de partenariat, art. L. 1414-7 du CGCT.

¹⁶ Principe de la Charte.