

PROJET 27 septembre 2006

ASSEMBLEE
DES
DEPARTEMENTS DE FRANCE

ASSOCIATION
DES
MAIRES DE FRANCE

ASSOCIATION
DES
REGIONS DE FRANCE

INSTITUT DE LA GESTION DELEGUEE

MISSION D'APPUI À LA
RÉALISATION DES CONTRATS
DE PARTENARIAT



CHARTRE du DIALOGUE COMPETITIF



18 janvier 2007

Signature de la Charte

sous la présidence de Christian PONCELET, Président du Sénat

par M.M.:

- [Thierry BRETON, Ministre de l'Economie, des Finances et de l'Industrie]
- [Brice HORTEFEUX, Ministre délégué aux Collectivités territoriales]
- Jacques PELISSARD, Président de l'Association des Maires de France
- [Claudy LEBRETON, Président de l'Assemblée des Départements de France]
- [Alain ROUSSET, Président de l'Association des Régions de France]
- Noël de SAINT PULGENT, Président de la MAPPP
- Claude MARTINAND, Président de l'Institut de la Gestion Déléguée

LES ENJEUX DE LA CHARTE

Le **dialogue compétitif**, instauré par la directive communautaire n° 2004/18 du 31 mars 2004, est une procédure originale visant à **optimiser la commande publique** dans les cas de **projets complexes**. Elle complète et se démarque des procédures (existantes) négociées et des variantes de l'appel d'offres.

Le **coeur du dialogue compétitif** est la phase de discussion entre les opérateurs économiques retenus et la personne publique sur le choix des solutions permettant de répondre au mieux aux besoins de cette dernière. Cela requiert, d'une part, l'adéquation des prestations et la définition de la mesure des performances en réponse aux besoins et, d'autre part, la capacité des dialogants à **évaluer et comparer** des solutions différenciées. Le dialogue compétitif se construit dans le souci d'un partenariat gagnant-gagnant pendant la durée des engagements.

Ces caractéristiques nouvelles, propres au dialogue, nécessitent de la part des partenaires publics et privés la capacité d'ouverture, **l'appréciation réaliste des ressources** internes ou externes à mobiliser ainsi que la **rigueur de la préparation et de la mise en oeuvre**, adaptée aux caractéristiques de fond et de forme du dialogue.

Le **degré d'exigence** engendré par le dialogue compétitif, notamment en période d'apprentissage, est plus important que pour les procédures traditionnelles, ceci étant encore plus vrai lorsqu'il s'applique à des contrats globaux avec financement, tels que les contrats de partenariat et contrats assimilés. Le dialogue compétitif est une **procédure transparente et non discriminatoire**. Fondé sur des spécifications fonctionnelles initialement étudiées et définies par la personne publique, le dialogue ne peut avoir pour objet de modifier substantiellement le programme. Il en est de même pour les objectifs de performance, les critères d'évaluation ou les conditions juridiques générales figurant dans le règlement de consultation. Toutefois, ce programme fonctionnel pourra être précisé en cours de procédure si cela s'avère approprié.

La **qualité et le contenu de ce règlement** sont également essentiels pour le succès du dialogue ; **sécuriser** toutes les parties prenantes sur le respect de la **confidentialité** et la garantie d'un dialogue **équilibré**, décrire un processus simple inscrit dans une durée encadrée et proportionnée aux enjeux ; dans le cas notamment des contrats de partenariat et contrats assimilés, celle-ci sera adaptée en fonction de la complexité et de la taille du projet sur la base desquelles seront prévues et, le cas échéant, ajustées des **indemnisations** convenables pour les candidats impliqués dans le processus.

Le bon déroulement d'une telle procédure suppose **d'explicitier par la présente charte les dispositions législatives ou réglementaires** (directive 2004/18, ordonnance du 17 juin 2004, Code des marchés publics, Code de la santé publique...) par des règles et modalités respectant l'esprit de cette procédure nouvelle pour que les choix finaux soient optimisés. Les premiers exemples de dialogue compétitif montrent bien toute la richesse de cette procédure, dès qu'elle est **conduite avec les moyens et la diligence nécessaires**.

Les signataires de la Charte du dialogue compétitif s'engagent à mettre en oeuvre **les principes et recommandations de la présente charte** chaque fois qu'ils engageront une procédure de dialogue compétitif. Ils affichent également leur volonté de participer au retour d'expérience de sa mise en oeuvre et à la faire évoluer, y compris sur la passation et le suivi d'exécution du contrat.

Les fondateurs invitent l'ensemble des acteurs des procédures de dialogue compétitif à mettre en oeuvre et illustrer la présente charte de la façon qui leur semblera la plus adaptée.

PRINCIPES DE LA CHARTE DU DIALOGUE COMPÉTITIF

1. **Conduire** une procédure traçable et transparente en respectant l'égalité de traitement entre les candidats.
2. **S'assurer** que le pilotage et la capacité à décider rapidement sont bien organisés pour permettre un dialogue responsable, fructueux et sans délais excessifs.
3. **Préciser** les règles du jeu pour la conduite du dialogue compétitif de manière à permettre aux candidats de bien maîtriser les enjeux de leur participation au dialogue avec une visibilité suffisante.
4. **Sur la base de spécifications fonctionnelles et/ou d'éléments de projet, préciser** les sujets sur lesquels la personne publique attend en priorité des apports de la part des candidats, à travers le dialogue compétitif.
5. **Rédiger** le programme fonctionnel en termes de performances à atteindre et d'exigences à respecter en précisant les éléments pouvant être modifiés ou pas, au cours du dialogue compétitif.
6. **Veiller** à une répartition équitable et optimisée des risques entre la personne publique et le partenaire privé en fonction de leur capacité respective à les couvrir et définir à l'avance les modalités d'adaptation du contrat.
7. **Respecter** la confidentialité des propositions et du dialogue, ainsi que la propriété intellectuelle et le savoir-faire sous toutes leurs formes, y compris les innovations financières ou contractuelles.
8. **Interrompre** des discussions inutiles et coûteuses avec des candidats dès lors que leur solution n'apparaît plus susceptible d'être retenue en phase finale.
9. **Indemniser**, dans la mesure du possible, les candidats non retenus, en fonction de leur contribution au dialogue compétitif.
10. **L'invitation à remettre les offres finales ne doit constituer** ni une nouvelle consultation ni une négociation.

1. Conduire une procédure traçable et transparente en respectant l'égalité de traitement entre les candidats.

- Expliciter, dans l'avis d'appel à la concurrence ou le règlement de la consultation, toutes les informations indispensables au bon déroulement de la procédure : définition, pondération et hiérarchisation des critères de choix de l'offre économiquement la plus avantageuse, obligatoires ou non (tels que les critères techniques, sociaux, environnementaux, financiers, liés au rôle des PME, etc... au choix de la personne publique), phasage éventuel du dialogue compétitif avec possibilité d'éliminer des candidats en cours de procédure ...
- Prévenir les conflits d'intérêt éventuels et veiller aux conditions d'une concurrence saine et loyale.
- Conduire les études préalables ou de faisabilité en amont de la consultation pour éclairer la prise de risque pour les concurrents (risque foncier par exemple).
- Assurer la traçabilité des propositions initiales, des demandes de la personne publique et des réponses ultérieures des candidats.
- Se mettre en mesure de motiver les décisions de la personne publique.

2. S'assurer que le pilotage et la capacité à décider rapidement sont bien organisés pour permettre un dialogue responsable, fructueux et sans délais excessifs.

- Désigner un chef de projet responsable et disponible, en mesure de décider ou de faire décider rapidement aux différentes étapes et de coordonner les différents intervenants spécialisés au service de la personne publique.
- Identifier les besoins de compétence ou d'expertise interne ou externe puis les mobiliser en temps opportun. Les experts extérieurs doivent pouvoir être coordonnés efficacement et se montrer suffisamment réactifs.
- Identifier l'apport possible de la mission d'appui compétente, que son rôle soit obligatoire ou facultatif.
- Veiller à conduire un dialogue continu et cohérent, tout au long du processus, notamment en s'imposant mutuellement des obligations de réponse ou de décision dans des délais raisonnables.

3. Préciser les règles du jeu pour la conduite du dialogue compétitif de manière à permettre aux candidats de bien maîtriser les enjeux de leur participation au dialogue compétitif avec une visibilité suffisante.

- Expliciter dès l'origine les règles du dialogue compétitif : étapes envisagées avec leur durée indicative, modalités d'échanges d'information (écrite) entre les séances de dialogue et de mise au point des offres, possibilités de compléter ou de modifier les groupements en cours de procédure, respect de la propriété intellectuelle ou d'innovations importantes (y compris juridiques ou financières) et des informations à ne pas divulguer aux autres candidats, sans l'accord du candidat concerné, règles d'indemnisation...
- L'ensemble de ces règles doivent figurer dans le règlement de la consultation de manière aussi précise et exhaustive que possible.
- Le nombre de concurrents consultés doit être suffisant, pour faire jouer la concurrence, mais rester raisonnable, pour autant qu'on puisse justifier de leur élimination sur des bases objectives et pour éviter des dépenses excessives...

4. Sur la base de spécifications fonctionnelles et/ou d'éléments de projet, préciser les sujets sur lesquels la personne publique attend en priorité des apports de la part des candidats, à travers le dialogue compétitif.

- La personne publique doit au préalable avoir défini ses besoins, le cas échéant avec une assistance extérieure.
- Le dialogue compétitif n'a pas pour objet de l'aider à identifier ses besoins mais à faire émerger l'offre économiquement la plus avantageuse.
- Le programme fonctionnel doit permettre aux candidats d'expliquer des réponses quantifiables ou évaluables en précisant le périmètre de référence du projet.
- Lorsque la personne publique a fait élaborer un avant-projet (architectural) au préalable, le règlement de la consultation explicite les modalités particulières de ce dialogue compétitif et de la participation de l'équipe de conception retenue.

5. Rédiger un programme fonctionnel en termes de performances à atteindre et d'exigences à respecter en précisant les éléments pouvant être modifiés ou pas, au cours du dialogue compétitif.

- Une démarche en termes de performances doit être privilégiée dans toute la mesure du possible.
- Pour la clarté de la procédure, les éléments intangibles du programme (ou de l'avant-projet) et ceux qui peuvent faire l'objet d'adaptation ou de modification doivent être explicités au maximum.
- Le niveau des performances à atteindre ou des exigences à respecter doit être fixé à des niveaux raisonnables, sur la base d'un éclairage de leur coût, notamment grâce au dialogue compétitif.

6. Veiller à une répartition équitable et optimisée des risques entre la personne publique et le partenaire privé en fonction de leur capacité respective à les couvrir et définir à l'avance les modalités d'adaptation du contrat

- Eviter tout transfert de risques au partenaire privé s'il n'a aucune possibilité de le maîtriser (risque d'évolution réglementaire importante, risque lié à l'obtention de certaines autorisations administratives, sauf défaillance avérée du partenaire privé...). En effet, soit il fait l'impasse sur ce risque soit il le chiffre à sa valeur, plus coûteuse que pour la personne publique.
- Le dialogue compétitif doit donc conduire à une appréciation plus fine des risques en évitant imprécisions, ambiguïtés, ou répartitions inadéquates.
- Concernant notamment le contrat de partenariat, le principe d'adaptabilité doit être prévu au moyen de clauses de rendez-vous périodiques, sans préjudice de rencontres spécifiques à l'occasion de bouleversements substantiels de l'équilibre du contrat.

7. Respecter la confidentialité des propositions et du dialogue, ainsi que la propriété intellectuelle et le savoir-faire sous toutes leurs formes, y compris les innovations financières ou contractuelles.

- Toute mutualisation des innovations, des idées originales et, *a fortiori*, d'éléments de propriété intellectuelle, doit être bannie ("tunnel"), sauf en cas d'accord du candidat concerné.
- Les réponses de portée générale faites par la personne publique aux questions des candidats doivent être communiquées aux autres concurrents.
- La personne publique doit conduire un dialogue inspiré par l'éthique, suffisamment ouvert pour susciter l'apport d'idées originales par les candidats.

8. Ne pas poursuivre des discussions inutiles et coûteuses avec des candidats dès lors que leur solution n'apparaît plus susceptible d'être retenus en phase finale.

- L'élimination des offres s'effectue sur la base des critères de sélection stipulés dans l'avis d'appel à concurrence.
- Eviter d'éliminer prématurément des offres par simple comparaison entre elles.

9. Indemniser, dans la mesure du possible, les candidats non retenus, en fonction de leur contribution au dialogue compétitif.

- Le coût pour les candidats de la réponse à la consultation et de la conduite de la procédure doit être apprécié à sa juste valeur et rester raisonnable car, en définitive, ce sont toujours l'ensemble des commanditaires qui paient ces dépenses à travers les frais généraux imputés dans les contrats conclus par les concurrents.
- Les règles d'indemnisation seront précisées à l'avance dans le règlement de la consultation et seront, autant que possible, déterminables objectivement, par exemple, par référence au stade d'avancement du projet et/ou à la taille de l'ouvrage.

10. L'invitation à remettre les offres finales ne doit constituer ni une nouvelle consultation ni une négociation.

- La demande d'offre finale ne peut consister en une nouvelle consultation sur la base des meilleures idées novatrices des différents candidats.
- La procédure de mise au point de l'offre finale ne peut consister en une négociation de ces offres.
- Veiller à la comparabilité des offres finales de manière à permettre un choix clair de l'offre économiquement la plus avantageuse pour la personne publique, conformément aux critères hiérarchisés ou pondérés du règlement de la consultation initiale.
- L'ensemble des membres du groupement doit être engagé par l'offre finale, les financements externes devant être supportés par l'accord ferme des instances adéquates (comités de crédit) sous réserve de la finalisation de la documentation financière et, le cas échéant, de l'ensemble des vérifications à réaliser avant de s'engager sur un projet ("*due diligence*").

LES FONDATEURS SIGNATAIRES :

Thierry BRETON

Ministre de l'Economie, des Finances et de
l'Industrie

Brice HORTEFEUX

Ministre délégué
aux Collectivités territoriales

AVEC LE PARRAINAGE DU SÉNAT :

Christian PONCELET

Président du Sénat

Jacques PELISSARD

Président de l'Association
des Maires de France

Claudy LEBRETON

Président de l'Assemblée
des Départements de France

Alain ROUSSET

Président de l'Association
des Régions de France

Noël de SAINT PULGENT

Président de la Mission d'appui à la réalisation
des contrats de partenariat public-privé

Claude MARTINAND

Président de l'Institut de la Gestion Déléguée