

**GUIDE DU  
DIALOGUE  
COMPÉTITIF**

mars  
2007

Accompagner



**MEDEF**

## **AVANT-PROPOS**

**L**a procédure de dialogue compétitif est une procédure nouvelle qui a été utilisée pour la première fois en 2004.

**Bien que le dialogue compétitif ait vocation à s'appliquer à de nombreux contrats, ce guide du MEDEF est consacré aux deux principaux que sont les marchés publics et les contrats de partenariat.**

**Rédigé par un comité d'experts, ce guide est fondé sur un retour d'expériences des entreprises qui ont déjà participé à ce processus. Il explique et présente le déroulement du dialogue compétitif et formule des recommandations tirées de l'expérience.**

**Il se veut être un guide pratique qui permettra de faciliter la compréhension par les utilisateurs publics et privés, des principaux objectifs de cette procédure en marché public et en contrat de partenariat.**

**Le présent document se fonde sur les textes en vigueur au 25 novembre 2006 et est ainsi susceptible d'adaptations ultérieures en fonction des évolutions législatives et/ou réglementaires.**

# SOMMAIRE

<b>INTRODUCTION GENERALE</b>	<b>4</b>
Définition du dialogue compétitif	4
Procédures au cours desquelles le dialogue compétitif peut être utilisé	5
Principes à respecter au cours de la procédure de dialogue compétitif	7
<b>LE DEROULEMENT DE LA PROCEDURE DE DIALOGUE COMPETITIF</b>	<b>9</b>
I. Recommandations sur la direction du projet	9
II. Durée de la procédure de dialogue compétitif	9
III. Confidentialité	10
IV. Déontologie de la procédure	11
V. Budget	11
VI. Règlement de la consultation	11
VII. En amont du projet, au stade des besoins	12
VIII. Programme fonctionnel	13
IX. Candidatures	14
X. Sélection des candidats	15
XI. Déroulement du dialogue – Dialogue « phasé »	15
XII. Lancement du dialogue compétitif	16
XIII. Groupements	17
XIV. Contenu du dialogue	21
XV. Transferts de risques en contrat de partenariat	21
XVI. S'agissant des cas de construction	22
XVII. Fin du dialogue	22
XVIII. Offre finale	23
XIX. Offre économiquement la plus avantageuse (OEPA) – Le choix	24
XX. A l'issue de l'offre économiquement la plus avantageuse (OEPA)	25
XXI. Prix ou paiements à caractère indemnitaire	25
<b>ANNEXES</b>	<b>27</b>

## INTRODUCTION GÉNÉRALE

Le dialogue compétitif est un nouveau mode de passation des contrats publics qui a été instaurée par la directive communautaire 2004/18/CE du 31 mars 2004<sup>1</sup>.

Bien que cette nouvelle procédure vienne compléter l'arsenal procédural existant dans le droit de la commande publique, elle se démarque des autres procédures négociées et des variantes de l'appel d'offres<sup>2</sup>. En effet, son objet est strictement limité à résoudre les problèmes soulevés par un contrat public « particulièrement complexe ».

La procédure de dialogue compétitif trouve à s'appliquer aussi bien en marché public qu'en contrat de partenariat. Ces derniers étant de nature différente la conduite du dialogue compétitif ne peut s'inscrire dans une procédure uniforme ; les contrats de partenariat sont en effet caractérisés par leur longue durée et par l'intervention d'acteurs multiples correspondants aux différentes phases du projet.

Ce nouveau mode de passation des contrats a fait l'objet d'une première fiche explicative de la Commission européenne<sup>3</sup> qui est en voie de modification.

### DÉFINITION DU DIALOGUE COMPÉTITIF

*Le « dialogue compétitif » est une procédure [...] dans laquelle le pouvoir adjudicateur conduit un dialogue avec les candidats admis à cette procédure, **en vue de développer une ou plusieurs solutions aptes à répondre à ses besoins et sur la base de laquelle ou desquelles les candidats sélectionnés seront invités à remettre une offre.** Tout opérateur économique peut demander à y participer<sup>4</sup>.*

En droit français, le dialogue compétitif peut être utilisé tant en marché public qu'en contrat de partenariat, selon des modalités différentes.

<sup>1</sup> Directive 2004/18/CE du Parlement européen et du Conseil du 31 mars 2004 relative à la coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, de fournitures et de services, JOUE - L. 134 du 30 avril 2004, p.114 à 156.

<sup>2</sup> On rappellera pour mémoire qu'un appel d'offres avec variantes, autorisé en marché public, peut être une procédure plus adaptée que le dialogue compétitif. Cette possibilité expressément prévue dans le code des marchés publics doit être indiquée dans le règlement de la consultation (RC). En effet, l'utilisation des variantes peut parfois suffire pour répondre aux besoins de la personne publique.

<sup>3</sup> Commission européenne, Direction générale Marché intérieur et Services. « Fiche explicative – dialogue compétitif – directive classique » disponible sur le site Internet de la Commission européenne à l'adresse suivante : [http://ec.europa.eu/internal\\_market/publicprocurement/explan-notes\\_fr.htm](http://ec.europa.eu/internal_market/publicprocurement/explan-notes_fr.htm).

<sup>4</sup> Article 1-11 c) de la directive 2004/18/CE.

## PROCÉDURES AU COURS DESQUELLES LE DIALOGUE COMPÉTITIF PEUT ÊTRE UTILISÉ

En droit français le dialogue compétitif est mentionné :

■ **Dans le code des marchés publics (CMP) du 1er août 2006<sup>5</sup> (articles 36 et 67)<sup>6</sup>.**

La procédure du dialogue compétitif est une procédure formalisée prévue par le CMP (article 26). Cette procédure ne prévoit pas d'évaluation préalable, ni spécifiquement de cas d'urgence. Une délibération formelle qui permet d'affirmer la complexité du marché, n'est pas demandée à la personne publique ;

■ **Dans l'ordonnance n° 2004-559 du 17 juin 2004 instituant le contrat de partenariat<sup>7</sup>.**

La procédure de dialogue compétitif est ici réservée aux « projets complexes » (articles 2 de l'ordonnance et L. 1414-2 du code général des collectivités territoriales - CGCT), et ne peut être lancée qu'à l'issue d'une phase préalable d'évaluation du projet envisagé. Les éléments principaux de la procédure figurent à l'article 7 de l'ordonnance<sup>8</sup>.

En cas d'urgence et d'absence de complexité, la personne publique procède par simple appel d'offres<sup>9</sup>.

La procédure est plus lourde en contrat de partenariat qu'en marché public. En effet, elle nécessite une démonstration préalable du caractère complexe du marché par la personne publique et l'évaluation du recours au contrat de partenariat par rapport à d'autres contrats tels que le marché public ou la délégation de service public.

**Tableau de synthèse des conditions d'utilisation de la procédure de dialogue compétitif en contrat de partenariat et en marché public**

	Conditions d'entrée	Financement	Fonctionnement
En marché public	<b>Complexité</b> Pour les marchés de travaux, de fournitures et de services, selon ces articles 26-II et 36 du CMP.	<b>Pas de paiement différé</b> (article 96)  <b>Pas de financement par le titulaire</b>	<b>Programme fonctionnel libre</b>  <b>Contrat non encadré</b>
En contrat de partenariat	<b>Complexité</b> (article 5) <b>Evaluation préalable positive</b> <b>Analyse comparative<sup>10</sup></b> <b>Dans les collectivités locales, délibération formelle de l'assemblée délibérante sur le principe du recours au contrat de partenariat</b>	<b>Avec paiement échelonné sur toute la durée du contrat</b>  <b>Financement par le titulaire</b>  <b>Recettes annexes</b> (article 1)	<b>Programme fonctionnel libre</b>  <b>12 clauses obligatoires dans le contrat incluant une matrice des risques</b>

<sup>5</sup> Décret n° 2006-975 du 1er août 2006 portant code des marchés publics, JORF du 4 août 2006. Entrée en vigueur le 1er septembre 2006.

<sup>6</sup> L'article 29 de la Directive 2004/18/CE du 31 mars 2004 qui détaille la procédure n'est pas intégralement repris dans le code.

<sup>7</sup> JORF n° 141 du 19 juin 2004, p. 10994.

<sup>8</sup> On pourra utilement consulter le guide établi par le MINEFI sur les contrats de partenariat à l'adresse suivante : [www.minefi.gouv.fr](http://www.minefi.gouv.fr).

<sup>9</sup> « Si, compte tenu de la complexité du projet, la personne publique est objectivement dans l'impossibilité de définir les moyens techniques pouvant répondre à ses besoins ou d'établir le montage financier ou juridique du projet, elle indique dans l'avis qu'il sera recouru à une phase de dialogue dans les conditions prévues au I de l'article 7 de la présente ordonnance.

Si tel n'est pas le cas, et uniquement lorsque le projet présente un caractère d'urgence, elle indique que les candidats admis présenteront une offre dans les conditions prévues au II de l'article 7 de la présente ordonnance. » (Article 5 de l'ordonnance du 17 juin 2004).

En outre, le dialogue compétitif peut être utilisé :

- Dans la procédure d'attribution du **bail emphytéotique hospitalier** (BEH) issue de l'ordonnance du 4 septembre 2003<sup>10</sup>. Le guide de la mission nationale d'appui à l'investissement hospitalier (MAINH) pour les BEH contient des recommandations pour l'utilisation de la procédure de dialogue compétitif<sup>11</sup> ;
- Dans la procédure d'attribution du **bail emphytéotique administratif** (BEA) issue de l'article 13 de la loi du 5 janvier 1988<sup>12</sup> ;
- Dans les procédures d'**autorisation d'occupation temporaire – location avec option d'achat** (AOT-LOA), issues des lois de 2002 et 2003, menées selon des procédures adaptées ou selon la procédure de dialogue compétitif.

Les premiers dialogues compétitifs ont été expérimentés dans le domaine hospitalier (BEH), pénitentiaire (AOT), pour certaines opérations d'Etat en cours (INSEP) et dans le domaine de la défense. Les dialogues compétitifs ne se limitent pas à ces seuls exemples : sur des marchés de prestations de service, les ministères et les collectivités locales ont de plus en plus fréquemment recours à cette procédure.

## 1- LE DIALOGUE COMPÉTITIF DANS LA PROCÉDURE DE CONTRAT DE PARTENARIAT

Comme l'indique l'ordonnance du 17 juin 2004, le dialogue compétitif ne peut être substitué à une autre procédure obligatoire de type appel d'offres pour des raisons autres que celles qui viennent d'être exposées.

Il s'agit d'une procédure formalisée et assez lourde.

La « complexité » n'est pas définie en tant que telle. Cependant, la Directive 2004/18 nous apporte les éléments de définition suivants : « *Un marché public est considéré comme 'particulièrement complexe' lorsque le pouvoir adjudicateur n'est objectivement pas en mesure de définir [...] les moyens techniques pouvant répondre à ses besoins et à ses objectifs, et/ou n'est objectivement pas en mesure d'établir le montage juridique et/ou financier d'un projet*<sup>13</sup>. »

La notion de complexité retenue par la directive et reprise en droit français, renvoie ainsi à la connaissance du pouvoir adjudicateur<sup>14</sup> relative :

- aux réponses éventuelles du secteur privé à ses besoins et/ou ;
- au montage du projet sur le plan juridique ou financier.

**L'appréciation de la complexité dépend ainsi de la capacité et des moyens dont dispose la personne publique. Elle diffère donc selon les pouvoirs.**

Une fiche explicative sur la complexité a été élaborée par la mission d'appui à la réalisation des contrats de partenariat (MAPPP)<sup>15</sup>.

En contrat de partenariat, la procédure du dialogue compétitif peut être utilisée quel que soit le montant du contrat, sauf lorsque le projet présente un caractère d'urgence (procédure d'appel d'offres).

<sup>10</sup> Ordonnance n°2003-850 du 4 septembre 2003, JORF n°206 du 6 septembre 2003, p.15391.

<sup>11</sup> 1<sup>ère</sup> édition février 2005 chapitre 6, p. 99 et suivantes.

<sup>12</sup> Article L. 131 1-2 à L. 131 1-4-1 du CGCT.

<sup>13</sup> Directive 2004/18/CE article 1-11 c.

<sup>14</sup> Article 1<sup>er</sup> - 9. de la Directive 2004/18/CE du 31 mars 2004 : « Sont considérés comme « pouvoirs adjudicateurs » : l'Etat, les collectivités territoriales, les organismes de droit public et les associations formées par une ou plusieurs de ces collectivités ou un ou plusieurs de ces organismes de droit public ».

<sup>15</sup> Fiche explicative de la MAPPP disponible sur : [http://www.ppp.minefi.gouv.fr/fiche\\_urgence.pdf](http://www.ppp.minefi.gouv.fr/fiche_urgence.pdf)

## 2- LE DIALOGUE COMPÉTITIF DANS LA PROCÉDURE DE MARCHÉ PUBLIC

L'article 36 du CMP reprend les mêmes conditions de complexité qu'en contrat de partenariat pour recourir à la procédure du dialogue compétitif. Des explications sont fournies dans le manuel d'application du code des marchés publics du 3 août 2006<sup>16</sup>.

**En marchés publics**, l'utilisation de la procédure du dialogue compétitif va dépendre du montant du marché. Les seuils indiqués ci-dessous sont ceux au 1er janvier 2006 :

a) Pour les marchés de travaux, de fournitures et de services, le dialogue compétitif tel que prévu par l'article 36 du CMP peut être utilisé quel que soit le montant du marché.

>> Pour éviter que la procédure ne soit trop « lourde » à gérer, il est cependant recommandé de ne pas l'utiliser en dessous des seuils relatifs à la procédure adaptée, fixés par l'article 26-II du CMP du 1er août 2006 :

- « 135 000 euros HT pour les fournitures et les services de l'Etat ;
- 210 000 euros HT pour les fournitures et les services des collectivités territoriales ;
- 210 000 euros HT pour les fournitures acquises par des pouvoirs adjudicateurs opérant dans le domaine de la défense autres que celles figurant dans la liste établie par arrêté conjoint du ministre chargé de l'économie et du ministre chargé de la défense ;
- 210 000 euros HT pour les marchés de services, de recherche et développement pour lesquels le pouvoir adjudicateur acquiert la propriété exclusive des résultats et qu'il finance entièrement ;
- 210 000 euros HT pour les travaux ».

b) Il est à noter que pour les marchés de travaux dont le montant est compris entre 210 000 euros HT et 5 270 000 euros HT, le critère de complexité permettant le recours à la procédure n'est pas requis (article 36 du CMP)<sup>17</sup>. L'acheteur public peut donc librement utiliser cette procédure sans justification.

### PRINCIPES À RESPECTER AU COURS DE LA PROCÉDURE DE DIALOGUE COMPÉTITIF

Les juridictions communautaires ont tiré, notamment des dispositions sur la libre prestation de services et la non discrimination du Traité instituant la Communauté européenne, des principes à respecter par la personne publique au cours de toute commande publique, même en l'absence d'un droit dérivé spécifique<sup>18</sup>.

Les principaux principes sont : l'**égalité de traitement**, la **transparence** et la **liberté d'accès à la commande publique**<sup>19</sup>.

<sup>16</sup> JORF n°179 du 4 août 2006, p. 11665.

<sup>17</sup> Pour la réalisation des ouvrages pour lesquels la loi n°85-704 du 12 juillet 1985 relative à la maîtrise d'ouvrage publique et à ses rapports avec la maîtrise d'oeuvre privée (dite loi MOP) s'applique, le pouvoir adjudicateur peut recourir à la procédure de dialogue compétitif à condition de ne pas confier à l'opérateur économique, outre l'exécution, l'intégralité de la conception de l'ouvrage.

<sup>18</sup> CJCE, arrêt « Telaustria » du 7 décembre 2000, C-324/98, relatif aux concessions en droit européen. Cet arrêt est inspiré par la communication interprétative d'avril 2000 qui détaille expressément ces principes.

<sup>19</sup> Article 2 de la Directive 2004/18/CE : « Les pouvoirs adjudicateurs traitent les opérateurs économiques sur un pied d'égalité, de manière non discriminatoire et agissent avec transparence ».

Le principe de la confidentialité fait l'objet, quant à lui, d'un article spécifique dans la directive 2004/18/CE : « Conformément au droit national auquel est soumis le pouvoir adjudicateur, ce dernier ne divulgue pas les renseignements que les opérateurs économiques lui ont communiqués à titre confidentiel ; ces renseignements comprennent notamment les secrets techniques ou commerciaux et les aspects confidentiels des offres » (article 6).

L'ordonnance du 17 juin 2004 relative aux contrats de partenariat et le code des marchés publics du 1er août 2006 reprennent certains de ces principes<sup>20</sup>.

Consciente des difficultés que soulève l'introduction de cette nouvelle procédure, la Commission européenne a fourni une fiche explicative. Une charte du dialogue compétitif, élaborée sous l'égide de l'IGD, a été signée la 18 janvier 2007 par le MINEFI, l'IGD, la MAPPP, l'Assemblée des départements de France (ADF), l'Association des maires de France (AMF) et l'Association des régions de France (ARF).

---

<sup>20</sup> « II. - Les marchés publics et les accords-cadres soumis au présent code respectent les principes de liberté d'accès à la commande publique, d'égalité de traitement des candidats et de transparence des procédures. Ces principes permettent d'assurer l'efficacité de la commande publique et la bonne utilisation des deniers publics. Ces obligations sont mises en œuvre conformément aux règles fixées par le présent code ».



# LE DÉROULEMENT DE LA PROCÉDURE DE DIALOGUE COMPÉTITIF

## I. RECOMMANDATIONS SUR LA DIRECTION DU PROJET

**En contrat de partenariat et en marché public**, il est souhaitable que l'autorité publique s'organise de manière à disposer d'un chef de projet doté de pouvoirs de direction et d'être capable de prendre des décisions adéquates indispensables au bon déroulement du projet. Le chef de projet doit coordonner une équipe de spécialistes internes et/ou de consultants. Il doit nécessairement disposer de compétences en termes de coût global, de droit de la commande publique, de droit de la construction, de maintenance et de financement. Il doit suivre toutes les commissions du dialogue pour éviter que la synthèse ne soit incomplète.

L'autorité publique doit se doter de moyens adéquats pour traiter les dossiers des candidats. Un véritable travail d'appréciation des projets doit être fait par le pouvoir adjudicateur entre les diverses réunions.

Il est essentiel que le travail des entreprises soit respecté et apprécié à sa juste valeur. Le directeur du projet doit coordonner toutes les réunions de présentation des projets et veiller à la cohérence du déroulement de la consultation.

## II. DURÉE DE LA PROCÉDURE DE DIALOGUE COMPÉTITIF

**Il est souhaitable que la procédure de dialogue compétitif se déroule dans un délai aussi court que possible, à savoir entre 6 et 9 mois, entre la remise du programme fonctionnel et l'annonce du candidat retenu.**

Une procédure rapide permettra en effet d'avoir des propositions de même qualité de la part des candidats et que l'ensemble des parties conservent un intérêt à recourir à cette procédure que ce soit en **contrat de partenariat** ou en **marché public**.

Par ailleurs, les parties doivent prévoir trois mois supplémentaires (au maximum) pour la mise au point du contrat et sa signature.

Plus la procédure est longue, plus elle est coûteuse en études. Elle est alors plus difficile à gérer par les entreprises candidates de toutes tailles. En outre, elle pourrait avoir pour conséquence d'empêcher certaines entreprises de soumissionner au départ.

La procédure doit être menée en « projet » de façon continue. Un processus lent mené avec de longues interruptions démotive les participants et les amène à abandonner le processus.

Voir tableau en annexe 4.

### III. CONFIDENTIALITÉ

La personne publique doit s'assurer du respect du secret des propositions des candidats, tant auprès de son personnel administratif que des participants. La directive 2004/18/CE a instauré des règles générales de confidentialité dans son article 6 :

*« Sans préjudice des dispositions de la présente directive, notamment celles relatives aux obligations en matière de publicité sur les marchés attribués et d'information des candidats et des soumissionnaires qui figurent à l'article 35, paragraphe 4, et à l'article 41, et, conformément au droit national auquel est soumis le pouvoir adjudicateur, **ce dernier ne divulgue pas les renseignements que les opérateurs économiques lui ont communiqués à titre confidentiel ; ces renseignements comprennent notamment les secrets techniques ou commerciaux et les aspects confidentiels des offres.** »*

Dans son article 29 consacré à la procédure de dialogue compétitif, la directive impose qu'une solution d'un des participants ne puisse être soumise aux autres participants qu'avec l'accord exprès de son auteur :

*« Au cours du dialogue, les pouvoirs adjudicateurs assurent l'égalité de traitement de tous les soumissionnaires. En particulier, ils ne donnent pas, de manière discriminatoire, d'information susceptible d'avantager certains soumissionnaires par rapport à d'autres. **Les pouvoirs adjudicateurs ne peuvent révéler aux autres participants les solutions proposées ou d'autres informations confidentielles communiquées par un candidat participant au dialogue sans l'accord de celui-ci.** »*

L'article 67-VI du nouveau code des marchés publics et l'article 7-I de l'ordonnance sur les contrats de partenariat reprennent expressément les mêmes principes.

>> Les situations diffèrent en fonction du moment auquel cette demande est effectuée auprès du candidat :

- Si cette demande est faite sous forme préliminaire à la remise du dossier au candidat, elle aura pour conséquence de nier l'idée du dialogue et de la procédure en tunnel<sup>21</sup> car elle aboutira à un cahier des charges reprenant l'ensemble des propositions des candidats. Or, ceci n'est pas conforme à l'esprit du dialogue compétitif en droit européen.
- Si cette demande est faite en cours de procédure, il faut se souvenir que la proposition de l'entreprise fait partie de son capital intellectuel, de son savoir-faire et de ses recherches. Elle risque donc de perdre ses idées originales, le coût de leur conception et tout avantage dans la compétition. Le MEDEF recommande vivement que les autorités publiques évitent de faire une telle demande.

**Le secret des propositions couvre** : les idées originales, le montage juridique et financier, les études spécifiques, le savoir-faire, les concepts technologiques, le projet architectural, les solutions innovantes, les méthodes et organisations propres à l'entreprise ou au groupement, la propriété intellectuelle.

Le non respect de ce secret est susceptible d'engager la responsabilité du pouvoir adjudicateur. Faute d'avoir obtenu l'assurance du strict respect de ces principes par la personne publique, les entreprises risquent de ne pas participer à ce type de procédure.

>> Il est donc indispensable que le pouvoir adjudicateur **veille scrupuleusement au respect de la confidentialité des propositions qui lui sont soumises**. Il doit avoir le souci constant d'assurer l'égalité entre les candidats et veiller à ne pas avantager l'un par rapport à l'autre. Il est important que le pouvoir adjudicateur se donne les moyens de démontrer que cette exigence est respectée à tous les stades de la procédure (documentation de la procédure, suivi et traçabilité des échanges).

<sup>21</sup> Pour la procédure « en tunnel », voir *infra*, « Une déontologie de la procédure ».

## IV. DÉONTOLOGIE DE LA PROCÉDURE

### ■ La consultation

La « personne publique »<sup>22</sup> doit normalement procéder en consultations parallèles et séparées « en tunnels », afin d'éviter le pillage des idées entre candidats. Elle ne doit pas chercher à aboutir à une recombinaison du programme fonctionnel en « idéal de synthèse ». La propriété intellectuelle et la spécificité des solutions des différents candidats doivent être strictement respectées. Pour assurer un niveau correct de concurrence, il est recommandé que l'autorité publique s'interdise d'organiser des transferts d'informations entre les équipes candidates.

### ■ Le dialogue

La personne publique doit veiller à ce que les solutions les plus adéquates soient discutées car il s'agit d'une procédure permettant de solliciter l'intelligence et l'innovation des entreprises.

>> Dès l'origine, la personne publique doit indiquer une règle du jeu claire du déroulement complet de la procédure de dialogue compétitif. Elle définit une traçabilité des étapes de celui-ci (voir ci-après). A l'issue des réunions, le MEDEF recommande de fournir des relevés de conclusions propres à chaque candidat plutôt que des comptes rendus détaillés.

## V. BUDGET

**En contrat de partenariat**, le programme fonctionnel et l'évaluation amènent à cerner le plus précisément possible le coût de la solution, selon les différents types de montages ou de contrats envisagés.

**En marché public**, l'autorité publique se doit de cerner raisonnablement le coût du projet afin de respecter sa propre enveloppe budgétaire.

>> Pour éviter des écarts considérables fréquemment constatés entre les réponses des candidats et les ressources disponibles de la collectivité, qui conduisent à l'abandon du projet et à un gaspillage de deniers tant publics que privés, il est fortement recommandé de disposer d'un budget adapté à l'opération.

## VI. RÈGLEMENT DE LA CONSULTATION

Le pouvoir adjudicateur doit définir, préalablement au lancement de sa consultation, son budget prévisionnel du projet et ses objectifs.

**Le règlement de la consultation doit indiquer :**

- Le nombre minimum de candidats,
- Les critères de sélection des candidats et les critères pondérés qui seront utilisés pour le choix de l'offre économiquement la plus avantageuse (OEPA), notamment les trois critères obligatoires dans le cadre du contrat de partenariat<sup>23</sup>,
- Les conditions de l'élimination des candidats aux différents stades du dialogue.

<sup>22</sup> Nous employons cette expression comme synonyme de « pouvoir adjudicateur »

<sup>23</sup> Les trois critères de choix en fonction de l'OEPA sont fixés par l'article 8 de l'ordonnance de 2004 et l'article L.1414-9 du CGCT : le coût global de l'offre, les objectifs de performance définis en fonction de l'objet du contrat et la part d'exécution du contrat que le candidat s'engage à confier à des petites et moyennes entreprises et à des artisans.

S'il y a lieu :

- Le nombre maximum de candidats,
- Le choix de recours au dialogue phasé<sup>24</sup>,
- La fixation des prix et paiements de nature indemnitaire : les entreprises souhaitent impérativement qu'une indemnité réellement représentative du coût des études demandées soit prévue.

**Afin d'offrir plus de visibilité aux partenaires consultés, il pourrait être utilement indiqué dans le règlement de la consultation :**

- La durée : calendrier indicatif,
- Les différentes étapes de réunions,
- Le niveau de définition des dossiers,
- Les conditions de pilotage du dialogue compétitif : avec ou sans compte rendu, précisions concernant le programme fonctionnel...
- Les conditions de respect de la confidentialité de la propriété intellectuelle et la spécificité des solutions et les savoir-faire des différents candidats.

>> En outre, **le MEDEF recommande que soit prévue dans le cours de la procédure, la possibilité pour les entreprises de se retirer.**

>> **Il est recommandé que le dialogue compétitif soit lancé lors d'une première réunion plénière de présentation et de définition des conditions de gestion de cette procédure.**

Des exemples de ces critères sont donnés en annexe 5.

## VII. EN AMONT DU PROJET, AU STADE DES BESOINS

Le pouvoir adjudicateur doit définir ses besoins préalables quel que soit le type de contrat et s'assurer du réalisme de ses hypothèses économiques de départ. Il doit cerner son besoin avec clarté. Il est préférable qu'il parte d'un « noyau d'études » préalable pour permette aux candidats de cibler rapidement ses attentes. Plus son besoin sera clairement défini au départ, plus le dialogue sera fructueux et rapide. Plus son budget sera établi avec réalisme, plus le dialogue sera raisonnable en coût d'études pour les participants.

>> S'agissant de projets de bâtiment – travaux publics, **le MEDEF recommande fortement que la personne publique acquière préalablement et rapidement les terrains. Il est en outre nécessaire qu'elle en maîtrise l'urbanisme et la constructibilité. Elle doit diligenter les études foncières (études d'urbanisme, géologiques, archéologiques, de pollution...) qui s'imposeraient si elle procédait directement sur la parcelle concernée par le projet. A minima, il est recommandé qu'elle ait obtenu une éventuelle déclaration d'utilité publique.**

En effet, il n'entre pas dans le rôle d'un partenaire privé, de prendre le risque d'obtenir des autorisations autres que celles qui tiennent à sa capacité de construire et/ou d'exploiter.

La personne publique doit s'engager à fournir à tous les candidats, équitablement, tous les éléments d'information en sa possession nécessaires à la réalisation du projet.

<sup>24</sup> Pour le dialogue « phasé », voir infra, « Le déroulement du dialogue : dialogue phasé ».

## VIII. PROGRAMME FONCTIONNEL

Le programme fonctionnel est à mi-chemin entre l'étude des besoins et le cahier des charges. Il ne faut pas partir d'un cahier des charges trop descriptif dont l'esprit est celui de l'appel d'offres et qui n'est pas approprié à la discussion. Le point de départ doit être un programme fonctionnel ouvert qui permette aux candidats de réellement exprimer leurs solutions.

Le dialogue compétitif peut s'engager soit à partir d'un programme fonctionnel soit d'un projet partiellement défini par la personne publique.

Le programme doit se limiter à l'aspect fonctionnel : il donne une définition aboutie des besoins, les idées directrices et les attentes fonctionnelles associées à des niveaux de performances. Il est l'occasion d'obtenir de la part des candidats des réponses imaginatives et performantes. En revanche une définition évolutive des besoins en cours de négociation est le meilleur moyen de décourager les entreprises vis-à-vis d'une procédure déjà coûteuse.

**En contrat de partenariat**, un bon programme fonctionnel devrait résumer les besoins et les attentes du pouvoir adjudicateur. Il pourrait éventuellement comporter un précontrat, une ébauche de répartition des risques et un champ d'éléments ouvert à la discussion. Il constitue par conséquent, un ensemble de performances, clairement exprimées, à atteindre avec des intangibilités.

>> Il est important de rappeler que les clauses tangibles ne doivent pas être transformées, au cours de la discussion, en clauses intangibles, ni inversement.

Les apports d'idées des entreprises doivent pouvoir être acceptés par l'autorité publique. L'objectif est de susciter et de recueillir des apports de performance. Cela oblige d'accepter les meilleures offres tout au long du processus. Si l'autorité a établi son programme de façon excessivement descriptive, elle se prive des apports d'idées des entreprises. La procédure de dialogue compétitif perdra alors sa spécificité et donc, son intérêt.

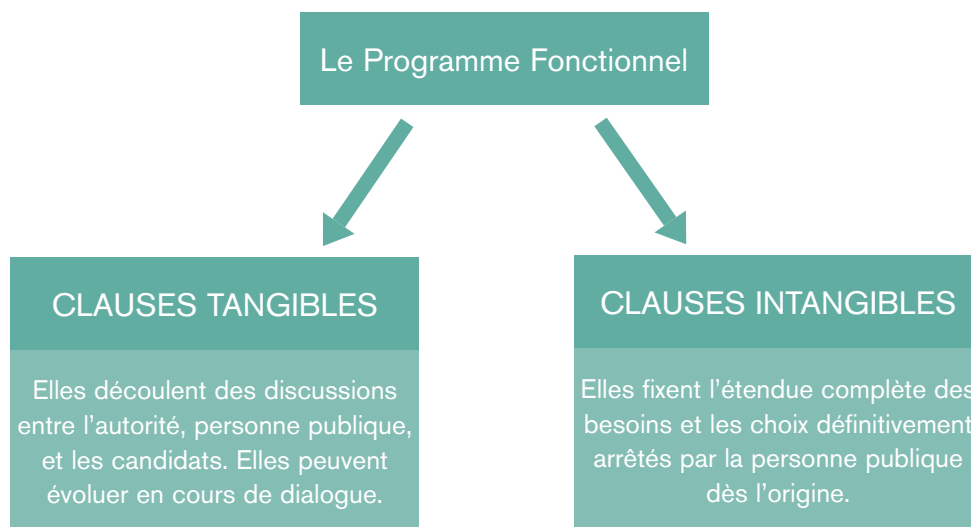
Il est important que le programme fonctionnel soit neutre au regard des procédés existants et des savoir-faire des entreprises.

Dans un arrêt « **Commune de Castellar** », en date du 4 avril 2005 relatif aux appels d'offres sur performances<sup>25</sup>, le Conseil d'Etat a précisé que « *si les prescriptions du programme fonctionnel détaillé peuvent être modifiées après la remise des offres, ces modifications ne peuvent porter sur la nature et l'étendue des besoins de la personne publique, lesquelles peuvent seulement faire l'objet des précisions nécessaires pour répondre aux éléments d'information complémentaires apparus au cours de la procédure et à la condition que ces précisions soient portées en temps utile à la connaissance de tous les candidats ayant fait une offre pour leur permettre de l'adapter* ».

>> Le MEDEF recommande de fixer dès le départ les parties intangibles du programme fonctionnel et d'indiquer les éléments ouverts au dialogue. Si la durée du contrat peut être proposée par les différents candidats, il s'agit d'une clause tangible.

Il faut absolument proscrire que des clauses substantielles et intangibles apparaissent en cours de dialogue, c'est-à-dire qu'un nouveau paramètre important soit imposé aux candidats en cours de dialogue. Ceci revient à changer la « règle du jeu » en cours de consultation.

<sup>25</sup> Arrêt du Conseil d'Etat, n°265 784, « *Commune de Castellar* » en date du 4 avril 2005.



Il est souhaitable que certains éléments du projet soient prédéfinis de façon intangible. Une dispersion coûteuse et inutile des travaux des candidats pourra alors être évitée. Ce noyau intangible sera strictement délimité avec la plus grande attention car plus il enfermera de réponses et moins il y aura d'apport d'idées. Des éléments peuvent aussi être donnés « à titre indicatif ». C'est une question fondamentale qui doit être soigneusement étudiée au cas par cas.

## IX. CANDIDATURES

**En marché public**, les entreprises ne doivent pas entrer dans un des cas d'exclusion de l'article 43<sup>26</sup> du CMP de 2006. En outre, les entreprises doivent présenter les pièces mentionnées aux articles 44 et 45 du CMP (exemple : copie du ou des jugements prononcés s'il est en redressement judiciaire, une déclaration sur l'honneur pour justifier qu'il n'entre dans aucun des cas d'exclusion prévus par l'article 43).

<sup>26</sup> Les cas d'exclusion sont ceux de l'article 8 de l'Ordonnance n°2005-649 du 6 juin 2005 (JORF n° 131 du 7 juin 2005 p. 10014), modifiée par la loi n°2004-450 du 18 avril 2006 (JORF n° 92 du 19 avril 2006 p. 5820) relative aux marchés passés par certaines personnes publiques ou privées non soumises au code des marchés publics :

« 1° Les personnes qui ont fait l'objet, depuis moins de cinq ans, d'une condamnation définitive pour l'une des infractions prévues par les articles 222-38, 222-40, 313-1 à 313-3, 314-1 à 314-3, 324-1 à 324-6, 421-2-1, par le deuxième alinéa de l'article 421-5, par l'article 433-1, par le deuxième alinéa de l'article 434-9, par les articles 435-2, 441-1 à 441-7, par les premier et deuxième alinéas de l'article 441-8, par l'article 441-9 et par l'article 450-1 du code pénal, ainsi que par le deuxième alinéa de l'article L. 152-6 du code du travail et par l'article 1741 du code général des impôts ;

2° Les personnes qui ont fait l'objet, depuis moins de cinq ans, d'une condamnation inscrite au bulletin n° 2 du casier judiciaire pour les infractions mentionnées aux articles L. 324-9, L. 324-10, L. 341-6, L. 125-1 et L. 125-3 du code du travail ;

3° Les personnes en état de liquidation judiciaire au sens de l'article L. 620-1 du code de commerce et les personnes physiques dont la faillite personnelle, au sens de l'article L. 625-2 du même code, a été prononcée ainsi que les personnes faisant l'objet d'une procédure équivalente régie par un droit étranger. Les personnes admises au redressement judiciaire au sens de l'article L. 620-1 du code de commerce ou à une procédure équivalente régie par un droit étranger doivent justifier qu'elles ont été habilitées à poursuivre leur activité pendant la durée prévisible d'exécution du marché ;

4° Les personnes qui, au 31 décembre de l'année précédant celle au cours de laquelle a lieu le lancement de la consultation, n'ont pas souscrit les déclarations leur incombant en matière fiscale et sociale ou n'ont pas acquitté les impôts et cotisations exigibles à cette date. Toutefois, sont considérées comme en situation régulière les personnes qui, au 31 décembre de l'année précédant celle au cours de laquelle a eu lieu le lancement de la consultation, n'avaient pas acquitté les divers produits devenus exigibles à cette date, ni constitué de garanties, mais qui, avant la date du lancement de la consultation, ont, en l'absence de toute mesure d'exécution du comptable ou de l'organisme chargé du recouvrement, soit acquitté lesdits produits, soit constitué des garanties jugées suffisantes par le comptable ou l'organisme chargé du recouvrement. Les personnes physiques qui sont dirigeants de droit ou de fait d'une personne morale qui ne satisfait pas aux conditions prévues aux alinéas précédents ne peuvent être personnellement candidates à un marché. »

**En contrat de partenariat**, les entreprises admises à participer au dialogue ne doivent pas entrer dans un des cas d'exclusion de l'article 4 de l'ordonnance du 17 juin 2004 pour les contrats de partenariat de l'Etat et de l'article L. 1414-4 du CGCT pour les contrats de partenariat des collectivités territoriales. A titre d'exemple, nous citerons la condamnation pour liquidation judiciaire et l'admission aux procédures de sauvegarde ou de redressement judiciaire.

La jurisprudence européenne (« *Stadt Halle* »<sup>27</sup>) a expressément indiqué que les sociétés d'économie mixte (SEM) doivent être mises en compétition, ce qui est également souligné à l'article 3.1 du manuel d'application du code des marchés publics du 3 août 2006<sup>28</sup>. La même solution prévaut pour les contrats de partenariat.

## X. SÉLECTION DES CANDIDATS

Les candidats sélectionnés seront invités à participer au dialogue compétitif.

Des conditions formelles de délais doivent être respectées.

**Tableau du nombre minimum et maximum de candidats admis à participer au dialogue compétitif.**

	En contrat de partenariat	En marché public
Nombre minimum de candidats	<b>Faculté</b> d'indiquer le nombre de candidats admis à participer au dialogue dans l' <b>AAPC</b> .  Il ne peut être inférieur à <b>trois</b> <sup>30</sup> .	<b>Faculté</b> pour le pouvoir adjudicateur de fixer le nombre minimum de candidats dans l' <b>AAPC</b> .  Il ne peut être inférieur à <b>trois</b> .
Nombre maximum de candidats	<b>Néant</b>	<b>Faculté</b> pour le pouvoir adjudicateur de fixer ce nombre dans l' <b>AAPC</b> .

## XI. DÉROULEMENT DU DIALOGUE - DIALOGUE « PHASÉ »

Il est prévu que le dialogue compétitif puisse être « phasé »<sup>29</sup>. Il comprend alors trois grandes étapes :

- l'invitation à participer au dialogue,
- le dialogue,
- la remise de l'offre finale.

<sup>27</sup> Arrêt de la CJCE, C-26/03 du 11 janvier 2005.

<sup>28</sup> Article 3.1 du manuel d'application du CMP : « *En conséquence, lorsqu'un acheteur public souhaite conclure un contrat à titre onéreux entrant dans le champ d'application du code, il doit mettre en concurrence le cocontractant, notamment les SEM, dans le capital duquel il détient une participation avec une ou plusieurs entreprises privées* ».

<sup>29</sup> Article 29.4 de la directive 2004/18/CE du 31 mars 2004.

« Dans le dialogue compétitif et dans les procédures négociées avec publication d'un avis de marché, compte tenu de la flexibilité qui peut être nécessaire ainsi que des coûts trop élevés liés à ces méthodes de passation de marchés, il convient de permettre aux pouvoirs adjudicateurs de prévoir un déroulement de la procédure en phases successives de manière à **réduire progressivement**, sur la base des critères d'attribution préalablement indiqués, **le nombre d'offres** qu'ils continueront à discuter ou à négocier. Cette réduction devrait, pour autant que le nombre de solutions ou de candidats appropriés le permette, assurer une concurrence réelle »<sup>30</sup>.

Le recours au dialogue phasé au terme duquel seules sont retenues les propositions répondant le mieux aux critères fixés, doit avoir été indiqué dans l'avis d'appel public à la concurrence (AAPC) ou dans le règlement de la consultation (RC). Le principe de la confidentialité doit être respecté.

Dans son règlement de la consultation, le pouvoir adjudicateur peut prévoir l'élimination progressive des propositions et donc des candidats, dans le respect des critères d'attribution. Il a l'obligation de motiver sa décision.

>> De manière pratique, le MEDEF recommande de recourir au dialogue phasé. Cette procédure permet d'éviter à un très grand nombre d'entreprises de participer inutilement à la procédure.

**En marché public**, le délai minimum de réception des candidatures, en réponse à un AAPC est de **trente-sept jours** à compter de la date d'envoi de l'avis ou de **trente jours** si l'avis a été envoyé par voie électronique (ces délais sont généraux et peuvent être réduits dans certaines conditions). **En contrat de partenariat**, ce délai, mentionné dans l'AAPC, est d'**au moins quarante jours** (cf. tableau en annexe 4).

## XII. LANCEMENT DU DIALOGUE COMPÉTITIF

Les étapes de la procédure du dialogue compétitif sont clairement fixées dans l'article 29 de la directive 2004/18/CE, l'article 67 du CMP du 1er août 2006 pour les marchés publics et dans l'article 7 de l'ordonnance du 17 juin 2004 instituant le contrat de partenariat.

La personne publique peut discuter avec les candidats de tous les aspects du contrat. Chaque candidat est entendu dans des conditions de stricte égalité. La personne publique ne peut donner à certains candidats des informations susceptibles de les avantager par rapport à d'autres (cf. partie relative à la déontologie).

La personne publique poursuit les discussions avec les candidats jusqu'à ce qu'elle soit « en mesure d'identifier la ou les solutions, au besoin après les avoir comparées, qui sont susceptibles de répondre à ses besoins » (article 29-5 de la directive 2004/18/CE).

Il peut être nécessaire à ce stade de fournir aux candidats des études complémentaires pour leur permettre de finaliser leur offre.

### Les modes de mise en œuvre du dialogue compétitif :

>> Procédure recommandée :

- 1- La personne publique donne un temps important aux candidats pour réfléchir au projet et remettre une proposition déjà bien élaborée.
- 2- Elle élimine ceux qui sont très loin des objectifs qu'elle s'est fixée et garde peu de candidats,

<sup>30</sup> Considérant 41 de la directive 2004/18/CE.



3- Un vrai dialogue approfondi s'instaure sur les éléments à préciser.

4- Rapidement, la personne publique demande l'offre finale aux candidats restants. En contrat de partenariat, le délai entre la fin du dialogue et la remise des offres finales ne peut être inférieur à un mois.

**Autre mode possible en matière de marchés de travaux** : il peut arriver que des procédures de dialogue compétitif comportent davantage d'étapes et soient menées plus lentement. Dans ce cas, il est recommandé de suivre les éléments suivants :

1- Le programme prévisionnel originel (PPO) doit donner une solution conceptuelle et permettre d'éliminer rapidement les entreprises ou les groupements qui sont « hors sujet » dans un délai de 1 à 2 mois.

2- Le programme prévisionnel sommaire (PPS) doit disposer d'une durée de 1 à 2 mois.

3- Le programme prévisionnel détaillé (PPD) doit être moins complet qu'un avant projet détaillé (APD), sa durée devrait être de 2 mois et demi à 3 mois. Les contraintes s'alourdissent au niveau des rendus. Avant l'offre finale, les dimensions de l'ouvrage doivent être arrêtées : ses volumes, ses matériaux et ses dispositifs techniques (niveau avant projet sommaire - APS et spécification technique détaillée - STD).

## XIII. GROUPEMENTS

Bien que les groupements soient très fréquents, aucune disposition n'oblige à consulter en groupement.

L'article 51 du CMP du 1er août 2006 définit les règles du groupement en marchés publics. L'ordonnance de 2004 relative au contrat de partenariat ne contient aucune disposition en la matière.

### 1 - LES GROUPEMENTS EN MARCHÉS PUBLICS

#### *a - Les textes :*

L'article 51 du code des marchés publics contient des obligations sur la composition des groupements momentanés d'entreprises.

Deux formes de groupement existent : le groupement conjoint, le groupement solidaire.

- Le groupement est **conjoint** lorsque chacun de ses membres est engagé pour les prestations susceptibles de lui être attribuées dans le marché.
- Le groupement est **solidaire** lorsque chacun de ses membres est engagé financièrement pour la totalité du marché.

Les opérateurs économiques sont autorisés à se présenter sous forme de groupement conjoint ou solidaire. Cependant, l'avis d'appel public à la concurrence (AAPC) ou le règlement de la consultation (RC) peuvent :

- interdire aux candidats de présenter pour un même marché ou certains de ses lots plusieurs offres à la fois :
  - comme candidat individuel et membre d'un ou plusieurs groupements,
  - ou comme membres de plusieurs groupements (article 51-VI du CMP)
- contraindre le groupement à se transformer après attribution du marché (un groupement momentané d'entreprises (GME) initialement conjoint peut devenir solidaire) (article 51-VII du CMP).

Dans tous les cas, une entreprise ne peut être mandataire de plus d'un groupement pour un même marché.

### ***b - La modification de la composition du groupement :***

L'interdiction de modifier la composition du groupement entre les dates de remise de la candidature et de signature du marché est une contrainte importante dans le cadre du dialogue compétitif, compte tenu de la durée de la procédure.

Cependant, le code des marchés publics de 2006 apporte des exceptions à ce principe si le groupement apporte la preuve que l'un de ses membres est soit en liquidation judiciaire, soit « *dans l'impossibilité d'accomplir sa tâche pour des raisons qui ne sont pas de son fait* ». Le groupement pourra demander l'autorisation au pouvoir adjudicateur de continuer à participer à la procédure sans le membre défaillant en proposant le cas échéant l'acceptation de sous-traitants (article 51-V du CMP).

### ***c - Les capacités du groupement***

L'appréciation des capacités professionnelles, techniques et financières d'un groupement est globale. Il ne peut être imposé à chaque membre du groupement de posséder l'intégralité des « *compétences techniques requises pour l'exécution du marché* » (article 52-I du CMP).

## **2 - LES GROUPEMENTS EN CONTRAT DE PARTENARIAT**

### ***a - Les règles :***

- Toutes les formes de groupement sont possibles : solidaire ou conjoint. Le protocole interne au groupement (ou convention de groupement) fixe les règles de fonctionnement, d'engagement et de stabilité du groupement.
- La personne publique doit définir de façon détaillée les prestations qu'elle attend ou être la plus précise possible quant à la définition des besoins auxquels elle entend répondre. Plus il y a d'incertitudes, plus le groupement composé des compétences requises est difficile à constituer et à maintenir dans le temps.
- L'imposition par le pouvoir adjudicateur d'une composition de groupement doit être appréciée au regard de situations de fait dans un marché, et ne doivent pas conduire à des cas de figure contraires au respect des principes généraux de la commande publique.
- Parfois, le règlement de la consultation fixe les règles que le pouvoir adjudicateur demande aux entreprises de respecter.
- Il est possible qu'à l'issue du dialogue compétitif, la personne publique souhaite contracter avec une société de projet regroupant tout ou partie des membres du groupement. Ce n'est pas une obligation.

## ***b - Groupements dans le cadre d'un dialogue compétitif : point de vue des entreprises***

### **Remarque sur la stabilité du groupement :**

Il ne faut pas considérer que toute opération de cession de parts ou d'actions ou toute évolution de la composition d'un groupement est *a priori* suspecte et traduit nécessairement une rupture d'égalité de traitement ou une opération illégitime de contournement des règles de la concurrence.

### **Avant la signature du contrat :**

C'est une période au cours de laquelle par hypothèse la société de projet (à noter : il n'y a pas toujours de société de projet) n'est pas encore constituée.

En cas de groupement, les droits et obligations de chacun des membres doivent rester exclusivement régis par la convention de groupement sans que la personne publique puisse intervenir.

Le candidat est celui qui s'oblige à faire réaliser le projet par l'intermédiaire, le cas échéant, d'une société à constituer selon des formes juridiques diverses qui doivent être spécifiées. Il peut par exemple devenir actionnaire, exécuter les travaux par marché avec la société de projet, voire être sous-traitant, conseil, etc...

Ainsi une personne peut-elle être candidate (et donc membre du groupement candidat) sans nécessairement avoir vocation à devenir actionnaire de la société ou, si elle y entre, sans avoir vocation à y rester (la société n'étant pour sa part, pas nécessairement entièrement constituée avec des candidats).

>> Les exigences de la concurrence doivent être respectées. Il n'est pas concevable que les principales entreprises, membres du groupement, puissent y entrer ou en sortir en cours de procédure<sup>31</sup> au risque de fausser l'appréciation de la personne publique.

Il serait envisageable d'inviter les candidats, élus au stade de l'offre, à faire connaître les membres pivots du groupement qui s'engageraient à rester au moins jusqu'à l'attribution du contrat voire plus pour certains. Une plus grande flexibilité autour de ce noyau dur serait admise.

La date à laquelle les candidatures doivent être arrêtées est celle de l'offre finale. La composition du groupement est, à ce stade, intangible.

Des modifications dans la composition du groupement ne se traduisent pas nécessairement par une violation du droit de la concurrence : elles peuvent être légales (par exemple : dépôt de bilan d'un membre remplaçable).

La personne publique peut souhaiter une fixité totale mais cela devrait lui être déconseillé. Elle peut aussi, dans le règlement de la consultation, demander à ce que les candidats qui s'engagent à rester depuis la sélection des candidatures jusqu'à l'offre finale se manifestent, cet engagement librement pris pouvant être un critère pour le choix de la meilleure offre. Lorsque les membres du groupement ont pris cet engagement, ils devraient être associés à toutes les phases du dialogue.

---

<sup>31</sup> Considérant (31) de la directive 2004/18/CE partiel : « Dans la mesure où le recours à des procédures ouvertes ou restreintes ne permettrait pas l'attribution de tels marchés, il convient donc de prévoir une procédure flexible qui sauvegarde à la fois la concurrence entre opérateurs économiques et le besoin des pouvoirs adjudicateurs de discuter avec chaque candidat tous les aspects du marché. **Toutefois, cette procédure ne doit pas être utilisée de manière à restreindre ou fausser la concurrence, en particulier par des modifications d'éléments fondamentaux des offres ou en imposant des éléments nouveaux substantiels au soumissionnaire retenu, ou en impliquant tout autre soumissionnaire que celui ayant remis l'offre économiquement la plus avantageuse.** »

La personne publique doit être libre, au cas par cas, de poser les contraintes qu'elle estime nécessaires. Elle peut demander aux candidats leurs intentions et leurs engagements, et les juger en conséquence.

>> En tout état de cause, il est essentiel qu'il soit clairement dit que le choix des financiers devant, le cas échéant, entrer dans le capital de la société, ne doit pouvoir être annoncé qu'au moment de l'offre finale engageante et de la constitution de la société de projet. Les financiers ne peuvent s'engager définitivement qu'à la vue d'un projet finalisé.

## **c - Après la signature du contrat**

Les principes régissant cette phase ont été posés par le Conseil d'Etat. Si elle l'estime nécessaire, la personne publique peut imposer contractuellement des contraintes plus fortes.

La Cour de justice des Communautés européennes<sup>32</sup> a indiqué qu'aucun principe n'obligeait à la fixité des groupements de candidats. Par ailleurs, le Conseil d'Etat, dans une décision « *Société des téléphériques du massif du Mont Blanc* » de 1996<sup>33</sup> puis dans un avis de 2000<sup>34</sup> a indiqué que les modifications du capital des titulaires de contrats et les cessions de contrats, sont autorisées. Les personnes publiques peuvent seulement exercer un droit de refus si le candidat n'est pas en mesure de présenter les garanties professionnelles et financières à la reprise du contrat.

La règle juridique et la pratique administrative ont déjà admis qu'étaient légitimes des modifications dans la situation juridique de titulaires de contrats signés, voire même des cessions de contrats. Si les modifications de la nature juridique de la personne titulaire ne nécessitent pas en principe l'autorisation de la personne publique, cette dernière doit cependant en être avertie et pourrait s'y opposer pour justes motifs. A l'inverse, la cession d'un contrat (c'est-à-dire la substitution d'un nouveau titulaire à un ancien titulaire) nécessite en principe l'accord de la personne publique qui ne peut normalement pas s'y opposer si le cessionnaire offre les mêmes garanties que le cédant<sup>35</sup>.

A cet égard on peut tout au plus donner quelques pistes de réflexion puisque toute mesure doit être adaptée au cas par cas, la flexibilité ayant des avantages et des inconvénients.

Par exemple : la personne publique peut souhaiter que les constructeurs restent engagés significativement au capital de la société de projet, pendant la période de construction et la période du parfait achèvement. Par ailleurs, elle peut souhaiter que l'exploitant soit davantage impliqué dans la deuxième période sans autoriser toutefois les constructeurs à se désengager au cours de la garantie décennale. La personne publique peut discuter de cette question au cours du dialogue compétitif. Elle peut prévoir des dispositions contractuelles d'interdiction de cession sans son accord. Toutefois ces clauses doivent, en tout état de cause, rester compatibles avec les exigences de la vie des affaires, des restructurations éventuelles des entreprises...

La situation est identique lorsque l'on parle d'un groupement d'entreprises ou d'un *consortium*. Au contraire, on devrait plus facilement admettre que suivant l'état d'avancement du projet les poids respectifs des entreprises membres varient, voire même que certaines entreprises puissent se retirer, une fois leurs tâches achevées et les garanties nécessaires délivrées.

<sup>32</sup> CJCE du 23 janvier 2003, C-57/01, arrêt « *Makedoniko Metro et Michaniki* ».

<sup>33</sup> Arrêt du CE du 31 juillet 1996, « *Société des téléphériques du massif du Mont Blanc* ».

<sup>34</sup> Avis du Conseil d'Etat en date du 8 juin 2000.

<sup>35</sup> Avis du Conseil d'Etat du 8 juin 2000.

## XIV. CONTENU DU DIALOGUE

Au cours des stades successifs du dialogue, chaque candidat développe ses solutions et ses options pour répondre au programme fonctionnel.

>> La personne publique ne doit pas demander à tous les candidats d'effectuer la totalité des études. Seul le candidat retenu ira au terme de l'ingénierie du projet. Le MEDEF recommande qu'elle établisse, pour une analyse impartiale des offres, son propre référentiel de projet et de performances qu'elle pourra comparer avec les propositions des groupements.

Que ce soit en **marché public** ou en **contrat de partenariat**, le principe posé par la réglementation est celui du choix en fonction de l'offre économiquement la plus avantageuse.

>> S'agissant d'une approche globale, le MEDEF recommande de ne pas procéder à des auditions par thèmes séparés. L'incidence financière des choix techniques et architecturaux amène à une telle recommandation.

## XV. TRANSFERTS DE RISQUES EN CONTRAT DE PARTENARIAT

Le dialogue débute sur une réflexion concernant l'allocation de risques envisagée par la personne publique. On considère usuellement que leur optimisation repose sur le principe selon lequel ces risques sont alloués à **la partie la plus à même de les assumer**.

>> En conséquence :

- Il faut distinguer le risque macro-économique, qui n'est pas susceptible d'être assumé par les entreprises, notamment les risques relatifs aux coûts de l'énergie et liés à l'environnement, des risques micro-économiques de l'entreprise qu'elle peut et doit prendre car elle les maîtrise (conception, construction, exploitation, fabrication, distribution).
- La personne publique discute du partage des risques avec les candidats. L'éventail des risques doit être le plus ouvert possible pour pouvoir négocier avec le client. Sinon, ces derniers entérinent un cahier de charges de type appel d'offres.
- Tous les risques ne peuvent pas être transférés à l'entreprise. En effet, si aucune marge de négociation n'est possible, la procédure du dialogue compétitif est inutile. Par ailleurs, les coûts engendrés pour la personne publique seront évalués en conséquence.
- Les évolutions du cadre juridique, fiscal et normatif, au sens large, ne devraient pas être mises à la charge du titulaire. Les évolutions réglementaires devraient être à la charge de la personne publique car l'entreprise n'en a aucune maîtrise. De plus, il s'agit d'évolutions macroéconomiques.

Traditionnellement, ces solutions prévalent dans les délégations de service public (clause de paysage<sup>36</sup>).

<sup>36</sup> L'entreprise ne doit pas souffrir de l'évolution du cadre réglementaire, sauf à l'en indemniser par une juste compensation des répercussions négatives mises à sa charge par des obligations nouvelles.

## XVI. S'AGISSANT DES CAS DE CONSTRUCTION

Les autorisations, permis et licences, qui doivent être obtenus et maintenus par le titulaire du contrat, sont accordés par des tiers. Leur obtention ne peut donc pas être de la garantie ou de la responsabilité de celui-ci, au delà de sa propre obligation de moyen. Dans le même esprit, mettre à la charge du titulaire une pénalité relative au recours en cas de résiliation du contrat le sanctionnerait doublement.

Les risques de sols (urbanisme, archéologie, géologie, passage de réseaux) doivent être connus des candidats. Ceci implique qu'ils doivent être portés à leur connaissance par tout moyen notamment : par la transmission d'études complètes et de qualité par la personne publique ou un droit d'accès au site afin d'effectuer des audits de sols et des évaluations. (Voir partie « En amont du projet »)

La personne publique doit diligenter un minimum d'études des fonciers qu'elle entend mettre à la disposition des entreprises. L'entreprise a besoin de bien connaître le risque de construction pris dans le contrat.

L'entreprise ne peut avoir qu'une obligation de moyen concernant le permis de construire. Elle ne peut pas stipuler pour autrui ou par le maire. Un expert peut vérifier le caractère complet du dossier.

Les cautions doivent avoir un objet précis et être nécessairement limitées en montant et en durée. Les obligations garanties, liées à la nature et la durée des prestations concernées, doivent être cohérentes afin d'assurer la bonne réalisation des obligations contractuelles.

## XVII. FIN DU DIALOGUE

### *Les auditions :*

Le terme du dialogue compétitif est fixé par le pouvoir adjudicateur à l'issue des auditions. Celles-ci doivent être complètes et globales : il s'agit d'effectuer une analyse générale comprenant l'architecture, la technique, la finance et le juridique, traités de concert. Le pouvoir adjudicateur doit prendre le temps nécessaire. L'organisation de la procédure doit permettre d'en contrôler la durée.

### *Le classement des offres :*

Le pouvoir adjudicateur effectue un classement des offres qui n'équivaut pas à un choix de l'attributaire. Ce n'est qu'après une phase de clarification et de mise au point du contrat et après vérification ultime des capacités du candidat le mieux positionné au regard de toutes les attestations qu'il doit légalement fournir, que le pouvoir adjudicateur peut réellement choisir l'attributaire du contrat. La phase de clarification ne peut « avoir pour effet de modifier les éléments fondamentaux de l'offre ou les caractéristiques essentielles du contrat<sup>37</sup> ».

### *Les notifications :*

Le pouvoir adjudicateur procède à la notification du rejet des candidatures et à la notification du contrat :

- dès lors qu'elle a la certitude de pouvoir attribuer le contrat à un candidat, la personne publique informe les autres candidats du rejet de leur offre. Si un candidat évincé souhaite connaître les motifs de ce rejet, il peut en faire la demande expresse et écrite à la personne

<sup>37</sup> Article 7 - I. al.8 de l'ordonnance du 17 juin 2004.

publique qui a l'obligation de répondre dans un délai de quinze jours.

■ après l'expiration d'un délai de dix jours<sup>38</sup> à compter de cette première notification, la personne publique peut signer le contrat.

## XVIII. OFFRE FINALE

Ces offres comprennent tous les éléments nécessaires à l'exécution du contrat. La personne publique peut demander des clarifications, des précisions ou des compléments concernant les offres déposées par les candidats ainsi que la confirmation de certains des engagements, notamment financiers, qui y figurent. Cependant, ces demandes ne peuvent avoir pour effet de modifier les éléments fondamentaux de l'offre ou des caractéristiques essentielles du contrat<sup>39</sup>.

Les offres n'ont pas pour finalité de donner une seule et même solution (ceci ressort clairement des considérants 40, 46 et 41 de la directive - voir ci-après).

La personne publique cherche dans certains cas à faire partiellement converger les offres en fin de parcours pour pouvoir les comparer complètement. Il est important de préciser que **l'objet du dialogue compétitif n'est pas de faire converger les offres même pour pouvoir les comparer plus facilement.**

Eventuellement si l'autorité entend faire partiellement converger les offres, elle doit l'indiquer au préalable dans le programme fonctionnel. En tout état de cause une tentative de convergence sur des critères nouveaux ne peut être envisagée car elle constituerait un changement de programme ou bien le fruit d'un « *cherry picking* » clairement interdit par la directive.

>> Le dialogue compétitif doit aboutir à fixer les performances, les paiements, les pénalités et les intérêts du titulaire. Aussi, les demandes en cours de dialogue doivent-elles être raisonnables et rester fondées sur les performances attendues.

A titre d'exemple, en matière de travaux, le niveau de détail de l'avant projet détaillé (APD) ne peut être requis que de la part de l'entreprise signataire. Par exemple, il n'est pas possible de dépasser le 1/200ème dans les demandes de rendus en bâtiment.

>> Il est souhaitable que ne participent à l'offre finale qu'un maximum de trois entreprises. Les expériences étrangères nous montrent que dans la plupart des cas, il n'en reste plus que deux à ce stade. La fixation d'un maximum évite des dépenses inutiles pour les entreprises et constitue un facteur de simplification de gestion pour la personne publique.

<sup>38</sup> Ce délai est important car il permet aux candidats évincés qui le souhaitent d'engager un référé pré-contractuel.

<sup>39</sup> Article 29.6 et 7 de la directive 2004/18/CE.

## XIX. OFFRE ÉCONOMIQUEMENT LA PLUS AVANTAGEUSE (OEPA) – LE CHOIX

**a) En marché public**, les critères de choix du candidat en fonction de l'OEPA sont fixés par les **articles 53 et 67-VIII du CMP** du 1<sup>er</sup> août 2006. Le pouvoir adjudicateur peut se fonder sur une pluralité de critères non discriminatoires et liés à l'objet du marché.

Lorsque le pouvoir adjudicateur se fonde sur des critères, il prend en compte :

- la qualité,
- le prix,
- la valeur technique,
- le caractère esthétique et fonctionnel,
- les performances en matière de protection de l'environnement,
- les performances en matière d'insertion professionnelle des publics en difficulté,
- le coût global d'utilisation,
- la rentabilité,
- le caractère innovant,
- le service après-vente et l'assistance technique,
- la date de livraison et le délai de livraison ou d'exécution.

Il peut prendre en compte d'autres critères s'ils sont liés à l'objet du marché.

Dans le cas de pluralité de critères de choix, le pouvoir adjudicateur précise leur pondération. Lorsqu'il estime pouvoir démontrer que la pondération n'est pas possible, notamment du fait de la complexité du marché, il procède à une classification des critères par ordre d'importance.

Les critères pondérés et/ou hiérarchisés doivent avoir été fixés dans l'AAPC ou dans les documents de la consultation.

**b) En matière de contrat de partenariat**, les critères de choix du candidat en fonction de l'OEPA sont fixés par **l'article 8 de l'ordonnance de 2004 et l'article L.1414-9 du CGCT**. Elle fixe trois critères obligatoires :

- le coût global de l'offre,
- les objectifs de performance définis en fonction de l'objet du contrat,
- la part d'exécution du contrat que le candidat s'engage à confier à des petites et moyennes entreprises et à des artisans.

Le pouvoir adjudicateur peut retenir des critères additionnels en rapport avec l'objet du contrat tels que « *la valeur technique et le caractère innovant de l'offre, le délai de réalisation des ouvrages ou équipements ou encore, leur qualité esthétique ou fonctionnelle* ».

Ces critères d'attribution sont pondérés. Cependant, si le pouvoir adjudicateur est en mesure de démontrer qu'une telle pondération est objectivement impossible, il peut les hiérarchiser.

Ce n'est pas un choix du moins-disant mais bien du mieux-disant en application des critères d'attribution annoncés dans l'avis d'appel public à la concurrence ou dans le règlement de la consultation.



## XX. A L'ISSUE DE L'OFFRE ÉCONOMIQUEMENT LA PLUS AVANTAGEUSE (OEPA)

Le programme fonctionnel ne constitue pas le contrat. En effet, le dialogue va le faire évoluer et une réponse va être retenue par l'autorité publique aboutissant ainsi à un choix qui respecte le principe du code civil selon lequel : le contrat est parfait une fois l'accord des volontés sur la chose et sur le prix<sup>40</sup>. Les choix effectués doivent se traduire dans le contrat final<sup>41</sup>.

**En marché public**, la procédure du dialogue compétitif aboutit à la signature d'un marché. A la différence des marchés publics, le **contrat de partenariat** doit comporter *a minima* les douze clauses de l'article 11 de l'ordonnance du 17 juin 2004<sup>42</sup>.

## XXI. PRIX OU PAIEMENTS À CARACTÈRE INDEMNITAIRE

La directive indique qu'il peut être prévu qu'une prime sera allouée à tous les candidats ou à ceux dont les offres ont été les mieux classées. En effet, selon l'article 29 al. 8 de la directive 2004/18/CE : « *Les pouvoirs adjudicateurs peuvent prévoir des prix ou des paiements aux participants au dialogue.* »

<sup>40</sup> Article 1582 du code civil.

<sup>41</sup> Le contrat ne peut pas être fondé sur un ensemble de clauses unilatérales.

<sup>42</sup> L'article 11 de ladite ordonnance dispose : « Un contrat de partenariat comporte nécessairement des clauses relatives :

- a) A sa durée ;
- b) Aux conditions dans lesquelles est établi le partage des risques entre la personne publique et son cocontractant ;
- c) Aux objectifs de performance assignés au cocontractant, notamment en ce qui concerne la qualité des prestations de services, la qualité des ouvrages et équipements, les conditions dans lesquelles ils sont mis à la disposition de la personne publique, et, le cas échéant, leur niveau de fréquentation ;
- d) A la rémunération du cocontractant, aux conditions dans lesquelles sont pris en compte et distingués, pour son calcul, les coûts d'investissement, de fonctionnement et de financement et, le cas échéant, les recettes que le cocontractant peut être autorisé à se procurer en exploitant les ouvrages ou équipements pour répondre à d'autres besoins que ceux de la personne publique contractante, aux motifs et modalités de ses variations pendant la durée du contrat et aux modalités de paiement, notamment aux conditions dans lesquelles, chaque année, les sommes dues par la personne publique à son cocontractant et celles dont celui-ci est redevable au titre de pénalités ou de sanctions font l'objet d'une compensation ;
- e) Aux obligations du cocontractant ayant pour objet de garantir le respect de l'affectation des ouvrages et équipements au service public dont la personne publique contractante est chargée et le respect des exigences du service public ;
- f) Aux modalités de contrôle par la personne publique de l'exécution du contrat, notamment du respect des objectifs de performance, ainsi que des conditions dans lesquelles le cocontractant fait appel à d'autres entreprises pour l'exécution du contrat, et notamment des conditions dans lesquelles il respecte son engagement d'attribuer une partie du contrat à des petites et moyennes entreprises et à des artisans.  
En ce qui concerne les sous-traitants auxquels il est fait appel pour la construction des ouvrages et équipements, une clause fait obligation au titulaire du contrat de partenariat de constituer une caution leur garantissant le paiement au fur et à mesure de la réalisation des travaux, dans un délai maximum de quarante-cinq jours à compter de la réception de ceux-ci ;
- g) Aux sanctions et pénalités applicables en cas de manquement à ses obligations, notamment en cas de non-respect des objectifs de performance, de la part du cocontractant ;
- h) Aux conditions dans lesquelles il peut être procédé, par avenant ou, faute d'accord, par une décision unilatérale de la personne publique, à la modification de certains aspects du contrat ou à sa résiliation, notamment pour tenir compte de l'évolution des besoins de la personne publique, d'innovations technologiques ou de modifications dans les conditions de financement obtenues par le cocontractant ;
- i) Au contrôle qu'exerce la personne publique sur la cession partielle ou totale du contrat ;
- j) Aux conditions dans lesquelles, en cas de défaillance du cocontractant, la continuité du service public est assurée, notamment lorsque la résiliation du contrat est prononcée ;
- k) Aux conséquences de la fin, anticipée ou non, du contrat, notamment en ce qui concerne la propriété des ouvrages et équipements ;
- l) Aux modalités de prévention et de règlement des litiges et aux conditions dans lesquelles il peut, le cas échéant, être fait recours à l'arbitrage, avec application de la loi française. »

En outre, le manuel d'application du code des marchés publics dans son article 11-1-3 précise 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 ».

>> Il doit y avoir adéquation entre le niveau d'exigence de la qualité des propositions, demandé par la personne publique (détails et précisions), l'offre finale et le montant de l'indemnité prévue dans le règlement de la consultation.

Il a été constaté, notamment en travaux publics, que le coût des études pour une entreprise, représente 3% en moyenne du montant du coût des travaux lorsque l'entreprise a mené des études complètes de conception jusqu'au terme du dialogue. Il serait donc équitable que dans le cas d'études menées à leur terme, l'indemnisation représente de manière significative le coût de ces études.

>> Il est souhaitable que les autorités publiques retiennent le principe d'une indemnisation de l'ordre de 1% en moyenne par concurrent évincé sur le montant du coût estimé de la valeur du contrat. L'indemnité doit être progressive en fonction du stade d'avancement des études par les candidats au moment de leur éviction<sup>43</sup>.

---

<sup>43</sup> Des travaux menés entre le SYNTEC et EGF-BTP aboutissent à : 0,5% du coût des travaux pour une esquisse, 0,7% du coût des travaux pour un PAS et 0,8% du coût des travaux pour un APD, le tout, cumulable.

# ANNEXES

---

## **ANNEXE 1 :**

Glossaire des sigles et abréviations

## **ANNEXE 2 :**

Liste non exhaustive des sites à consulter

## **ANNEXE 3 :**

Organismes d'Etat intervenant en matière de contrats de partenariat et de marchés complexes

## **ANNEXE 4 :**

Tableau récapitulatif des procédures du dialogue compétitif en marché public et en contrat de partenariat.

## **ANNEXE 5:**

Synthèse des principales étapes de la procédure en contrat de partenariat pour les collectivités territoriales.

## **ANNEXE 6:**

Schéma de synthèse des principales étapes de la procédure en marché public.

## ANNEXE 1 : GLOSSAIRE DES SIGLES ET ABRÉVIATIONS

**AOT-LOA** : Autorisation d'occupation temporaire – location avec option d'achat

**APD** : Avant projet détaillé

**AAPC** : Avis d'appel public à la concurrence

**APS** : Avant projet sommaire

**BAFO** : Best and final offer (UK)

**BEA** : Bail emphytéotique administratif

**BEH** : Bail emphytéotique hospitalier

**BTP** : Bâtiment, travaux publics

**CGCT** : Code Général des Collectivités territoriales

**CJCE** : Cour de justice des Communautés européennes

**CMP** : Code des marchés publics

**CP** : Contrat de partenariat

**CR** : Compte rendu

**DC** : Dialogue compétitif

**IGD** : Institut de la gestion déléguée

**INSEP** : Institut nationale des sports et de l'éducation physique

**MAINH** : Mission nationale d'appui à l'investissement hospitalier

**MAPPP** : Mission d'appui à la réalisation des contrats de partenariat

**MINEFI** : Ministère de l'Economie, des Finances et de l'Industrie

**MP** : Marchés publics

**OEPA** : Offre économiquement la plus avantageuse

**PME** : Petites et moyennes entreprises

**PPD** : Programme prévisionnel détaillé

**PPO** : Programme prévisionnel originel

**PPP** : Partenariat public – privé

**PPS** : Programme prévisionnel sommaire

**RC** : Règlement de la consultation

**SPV** : Special Purpose Vehicle (Société de projet)

**STD** : Spécification technique détaillée

## ANNEXE 2 : LISTE NON EXHAUSTIVE DES SITES À CONSULTER

### *I - Les textes :*

Ordonnance n°2004-599 du 17 juin 2004 instituant le contrat de partenariat :

<http://www.legifrance.gouv.fr/WAspad/UnTexteDeJorf?numjo=ECOX0400035R>

Code des marchés publics du 1er août 2006 :

<http://www.legifrance.gouv.fr/WAspad/UnTexteDeJorf?numjo=ECOM0620003D>

Directive 2004/18/CE du 31 mars 2004 relative à la coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, de fournitures et de services :

[http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/site/fr/oj/2004/l\\_134/l\\_13420040430fr01140240.pdf](http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/site/fr/oj/2004/l_134/l_13420040430fr01140240.pdf)

### *II - Sites pratiques :*

MEDEF :

<http://www.medef.fr>

MAPPP :

<http://www.ppp.minefi.gouv.fr>

MAINH :

<http://www.mainh.sante.gouv.fr>

BEI :

<http://www.bei.org>

Ministère de la défense :

<http://www.defense.gouv.fr/sites/defense>

<http://www.ixarm.com>

Direction générale Marché intérieur de la Commission européenne :

[http://ec.europa.eu/dgs/internal\\_market/index\\_fr.htm](http://ec.europa.eu/dgs/internal_market/index_fr.htm)

Direction des affaires juridiques du MINEFI :

[http://www.minefi.gouv.fr/directions\\_services/daj/index.htm](http://www.minefi.gouv.fr/directions_services/daj/index.htm)

AMOTMJ :

<http://www.amotmj.justice.fr>

IGD :

<http://igd.mathena-agence.com>

CEFO – PPP :

*Le site internet n'existe pas encore.*

## ANNEXE 3 : ORGANISMES D'ETAT INTERVENANT EN MATIÈRE DE CONTRATS DE PARTENARIAT ET DE MARCHÉS COMPLEXES

Les missions de l'Etat évaluent les projets et valident les montages retenus.

L'Etat s'est doté de deux organismes experts pour l'évaluation et la validation des contrats de partenariat :

### ***La MAPPP : Mission d'appui à la réalisation des contrats de partenariat<sup>44</sup>***

Elle a été mise en place le 27 mai 2005. Les Ministères et établissements publics d'Etat doivent soumettre leurs projets à l'évaluation par la MAPPP située au Ministère de l'Economie, des Finances et de l'Industrie (MINEFI)<sup>45</sup>. La MAPPP a également pour mission la publication de guides et une mission de conseil. Un Comité d'orientation de la MAPPP a été mis en place et un Centre d'Expertise Français pour l'Observatoire des contrats de partenariat, le CEFO - PPP, a été créé avec l'Institut de la Gestion Déléguée (IGD) en juin 2006. Un guide d'application du contrat de partenariat a été publié en 2005<sup>46</sup>. La MAPPP peut être consultée par les collectivités territoriales.

### ***L'organisme expert du Ministère de la Défense.***

Il évalue les projets de défense nationale. En parallèle, un groupe de travail auquel participent des membres de la Direction Générale pour l'Armement, des membres de la MAPP et des industriels du Conseil des Industriels, travaille à la rédaction d'un recueil de clauses ou de commentaires en matière de contrat de partenariat.

D'autres missions sont dédiées à la mise en place des contrats de partenariat et des marchés complexes. A ce jour, deux administrations se sont dotées de « Missions » qui ont établi une méthodologie concrète d'application du dialogue compétitif :

### ***La MAINH : Mission nationale d'appui à l'investissement hospitalier.***

Elle a été créée par l'arrêté du 27 mars 2003 et est située au Ministère de la santé. La MAINH a une mission de conseil et participe à l'élaboration du cadre juridique, technique et financier des programmes nationaux, à leur suivi et à leur évaluation. Elle a élaboré un guide en BEH qui donne des instructions quant aux procédures à suivre.

### ***L'AMOTMJ : Agence de maîtrise d'ouvrage des travaux du ministère de la Justice.***

Elle est située au Ministère de la justice. Elle a pour mission de construire, rénover et réhabiliter les palais de justice et les établissements pénitentiaires en France métropolitaine et dans les départements et territoires d'outre-mer.

<sup>44</sup> Site Internet de la MAPPP : <http://www.ppp.minefi.gouv.fr>

<sup>45</sup> MINEFI : 6, rue Louise Weiss - Télédéc 323 - 75703 PARIS Cedex 13.

<sup>46</sup> Disponible sur le site de la MAPPP : [http://www.ppp.minefi.gouv.fr/guide\\_contrat\\_partenariat.pdf](http://www.ppp.minefi.gouv.fr/guide_contrat_partenariat.pdf)

**ANNEXE 4 :**  
**TABLEAU RÉCAPITULATIF DES PROCÉDURES DU**  
**DIALOGUE COMPÉTITIF EN MARCHÉ PUBLIC<sup>47</sup>**  
**ET EN CONTRAT DE PARTENARIAT<sup>48</sup>**

---

<sup>47</sup> CMP du 1er août 2006

<sup>48</sup> Ordonnance n°2004-559 du 17 juin 2004.

# ANNEXE 4

Directive communautaire 2004/18	Contrat de partenariat		Marché public
	Les CP de l'Etat	Les CP des collectivités territoriales	
<b>LE PROGRAMME FONCTIONNEL / L'AAPC</b>			
<p><b>Article 29-2.</b> : Les pouvoirs adjudicateurs publient un avis de marché dans lequel ils font connaître leurs besoins et exigences, qu'ils définissent dans ce même avis et/ou dans un document descriptif.</p>	<p><b>Article 7-1 al.1</b> : Sur la base du <b>programme fonctionnel</b> qu'elle a établi, la personne publique engage un <b>dialogue avec chacun des candidats</b>, dont l'objet est de définir les <b>moyens techniques</b> et le <b>montage juridique et financier</b> les mieux à même de répondre à ses besoins.</p>	<p><b>Article L.1414-6 al.1</b> : Sur la base d'un <b>programme fonctionnel</b>, qu'elle a établi, la personne publique engage un <b>dialogue avec chacun des candidats</b>, dont l'objet est de définir les <b>moyens techniques</b> et le <b>montage juridique et financier</b> les mieux à même de répondre à ses besoins.</p>	<p><b>Article 67-1 al.1 et 2</b> : Un <b>avis d'appel public à la concurrence</b> est publié dans les conditions prévues à l'article 40. Les <b>besoins et exigences</b> sont définis par le pouvoir adjudicateur dans cet avis, et le cas échéant, dans un <b>projet partiellement défini</b> ou dans un <b>programme fonctionnel</b>.</p> <p>Les modalités du dialogue sont définies dans l'avis l'appel public à la concurrence ou dans les documents de la consultation.</p>
<b>LE NOMBRE DE CANDIDATS</b>			
<p><b>Article 44-3.</b> : Les pouvoirs adjudicateurs peuvent <b>restreindre le nombre de candidats appropriés</b> qu'ils inviteront à soumissionner, négocier ou à dialoguer, à condition qu'un <b>nombre suffisant</b> de candidats appropriés soit disponible. Les pouvoirs adjudicateurs indiquent dans l'avis de marché les critères ou règles objectifs et <b>non discriminatoires</b></p>	<p><b>Article 6 al.2</b> : La personne publique établit la liste des candidats admis à participer au dialogue défini au I de l'article 7 ou à la procédure mentionnée au II du même article en application des critères de sélection des candidatures figurant dans l'avis d'appel public à la concurrence. Le nombre de ces candidats <b>ne peut être respectivement inférieur à</b></p>	<p><b>Article L.1414-6 al.2</b> : Une <b>commission</b>, composée conformément aux dispositions de l'article L.1411-5, dresse la liste des candidats admis à participer au dialogue défini à l'article L.1414-7 ou à la procédure décrite à l'article L.1414-8, en application des critères de sélection des candidatures mentionnés dans l'avis d'appel public à la concurrence</p>	<p><b>Article 67 al.3</b> : Le pouvoir adjudicateur <b>peut décider de limiter le nombre de candidats</b> qui seront admis à participer au dialogue. Il mentionne cette décision dans l'avis d'appel public à la concurrence. Il fixe dans cet avis un <b>nombre minimum de candidats</b> admis à présenter une offre et <b>peut également fixer un nombre maximum</b>. Ce nombre</p>



Directive communautaire 2004/18	Contrat de partenariat		Marché public
	Les CP de l'Etat	Les CP des collectivités territoriales	
<p>qu'ils prévoient d'utiliser, le <b>nombre minimal de candidats</b> qu'ils prévoient d'inviter et, le cas échéant, le <b>nombre maximal</b>.</p> <p>Dans la procédure négociée avec publication d'un avis de marché et le dialogue compétitif, le <b>nombre minimum est de trois</b>. En tout état de cause, le nombre de candidats invités doit être suffisant pour <b>assurer une concurrence réelle</b>.</p> <p>Les pouvoirs adjudicateurs invitent un nombre de candidats au moins égal au nombre minimum prédéfini. Lorsque le nombre de candidats satisfaisant aux critères de sélection et aux niveaux minimaux est inférieur au nombre minimal, le pouvoir adjudicateur peut continuer la procédure en invitant le ou les candidats ayant les capacités requises. Dans le cadre de cette même procédure, le pouvoir adjudicateur ne peut pas inclure d'autres opérateurs économiques n'ayant pas demandé de participer ou des candidats n'ayant pas les capacités requises.</p>	<p><b>trois ou à cinq</b>, sous réserve d'un nombre suffisant de candidats ne se trouvant dans aucun des cas d'exclusion mentionnés à l'article 4 et disposant de capacités professionnelles, techniques appropriées. Sur demande de l'intéressé, la personne publique communique <b>les motifs du rejet</b> d'une candidature.</p>	<p>Le nombre <b>ne peut être respectivement inférieur à trois ou à cinq</b>, sous réserve d'un nombre suffisant de candidats ne se trouvant dans aucun des cas d'exclusion mentionnés à l'article L.1414-4 et disposant de capacités professionnelles, techniques et financières appropriées. Sur demande de l'intéressé, la personne publique communique <b>les motifs du rejet d'une candidature</b>.</p>	<p>minimum <b>ne peut être inférieur à trois</b>.</p> <p><b>Article 67 al.5</b> : Lorsque le nombre de candidats satisfaisant aux critères de sélection des candidatures est inférieur au nombre minimum, le pouvoir adjudicateur peut continuer la procédure avec les seuls candidats sélectionnés.</p>

# ANNEXE 4

Directive communautaire 2004/18	Contrat de partenariat		Marché public
	Les CP de l'Etat	Les CP des collectivités territoriales	
<p>4. Lorsque les pouvoirs adjudicateurs recourent à la faculté de réduire le nombre de solutions à discuter ou d'offres à négocier, prévue à l'article 29, paragraphe 4, et à l'article 30, paragraphe 4, ils effectuent cette réduction en appliquant les critères d'attribution qu'ils ont indiqués dans l'avis de marché, dans le cahier des charges ou dans le document descriptif. Dans la phase finale, ce nombre doit permettre d'assurer une concurrence réelle, pour autant qu'il y ait un nombre suffisant de solutions ou de candidats appropriés.</p>			
<b>NOMBRE DE PME ADMISES A PRESENTER UNE OFFRE</b>			
[Néant]	[Néant]	[Néant]	<p><b>Article 67 al. 4</b> : En outre, le pouvoir adjudicateur <b>peut fixer un nombre minimum de petites et moyennes entreprises</b>, au sens de l'article 48, qui seront admises à présenter une offre, sous réserve que le nombre des petites et moyennes entreprises retenues en application des critères de sélection des candidatures soit suffisant.</p>

Directive communautaire 2004/18	Contrat de partenariat		Marché public
	Les CP de l'Etat	Les CP des collectivités territoriales	
			Cette décision est mentionnée dans l'avis public d'appel à la concurrence.
<b>LA SELECTION DES CANDIDATS :</b>			
<b>1 - DELAI DE RECEPTION ET TRANSMISSION DES CANDIDATURES</b>			
<p><b>Article 38-3. a)</b> : Le délai minimal de réception des demandes de participation est de <b>trente-sept jours</b> à compter de la date de l'envoi de l'avis de marché.</p> <p><b>Article 42-3.</b> : Les communications, les échanges et le stockage d'informations sont faits de manière à assurer que l'intégrité des données et la <b>confidentialité des offres et des demandes de participation</b> soient préservées et que les pouvoirs adjudicateurs ne prennent connaissance du contenu des offres et des demandes de participation qu'à l'expiration du délai prévu pour la présentation de celles-ci.</p>	<p><b>Article 6 al.1</b> : Le délai entre la date d'envoi de l'avis d'appel à la concurrence et la date limite de réception des candidatures est <b>d'au moins quarante jours</b>. Il est mentionné dans l'avis d'appel public à la concurrence.</p> <p><b>Article L.1414-8-I</b> : Les candidatures sont transmises par tout moyen permettant de déterminer la date et l'heure de leur réception et de garantir la <b>confidentialité</b>.</p>	<p><b>Article L.1414-6 al.1</b> : Le délai entre la date d'envoi de l'avis d'appel à la concurrence et la date limite de réception des candidatures est <b>d'au moins quarante jours</b>. Il est mentionné dans l'avis d'appel public à la concurrence.</p> <p><b>Article L.1414-8-I</b> : Les candidatures sont transmises par tout moyen permettant de déterminer la date et l'heure de leur réception et de garantir la <b>confidentialité</b>.</p>	<p><b>Article 67-II</b> : Le délai minimal de réception des candidatures, en réponse à un avis d'appel public à la concurrence, est <b>de trente-sept jours</b> à compter de la date d'envoi de l'avis, ou <b>de trente jours</b> si l'avis a été envoyé par voie électronique.</p> <p><b>Article 67-III</b> : Les candidatures sont transmises par tout moyen permettant de déterminer de façon certaine la date et l'heure de leur réception et d'en garantir la <b>confidentialité</b>.</p>

# ANNEXE 4

Directive communautaire 2004/18	Contrat de partenariat		Marché public
	Les CP de l'Etat	Les CP des collectivités territoriales	
<b>LA SELECTION DES CANDIDATS :</b> <b>2- L'OUVERTURE DES PLIS</b>			
[Néant]	[Néant]	<p><b>Article L.1414-8-II :</b> L'ouverture des plis n'est pas publique ; les candidats n'y sont pas admis. Seuls peuvent être ouverts les plis qui ont été reçus au plus tard à la date et l'heure limites qui ont été annoncées dans l'avis d'appel public à la concurrence. La personne publique ouvre l'enveloppe relative aux candidatures et enregistre le contenu. Au vu des renseignements relatifs aux candidatures, elle dresse la liste des candidats autorisés à présenter une offre.</p>	<p><b>Article 67-IV :</b> L'ouverture des plis n'est pas publique ; les candidats n'y sont pas admis.</p> <p>Seuls peuvent être ouverts les plis qui ont été reçus au plus tard à la date et l'heure limites qui ont été annoncées dans l'avis d'appel public à la concurrence</p> <p>Avant de procéder à l'examen des candidatures, le pouvoir adjudicateur qui constate que des pièces dont la production était réclamée sont absentes ou incomplètes, peut demander aux candidats de compléter leur dossier conformément aux dispositions du I de l'article 52.</p> <p>Au vu des seuls renseignements relatifs aux candidatures, la liste des candidats invités à dialoguer est établie en application des dispositions de l'article 52.</p>

Directive communautaire 2004/18	Contrat de partenariat		Marché public
	Les CP de l'Etat	Les CP des collectivités territoriales	
			Les candidats non retenus en sont informés conformément au I de l'article 80.
DEROULEMENT DU DIALOGUE :			
1- L'INVITATION A PARTICIPER AU DIALOGUE			
<p><b>Article 40-1</b> : Les pouvoirs adjudicateurs <b>invitent simultanément et par écrit</b> les candidats retenus à présenter leurs offres ou à négocier ou, dans le cas du dialogue compétitif, <b>à participer au dialogue.</b></p> <p><b>Article 40-5</b> : En outre, <b>l'invitation à présenter une offre, à participer au dialogue ou à négocier</b>, comportent au moins :</p> <p>a) une référence à l'avis de marché publié ;</p> <p>b) la date limite de réception des offres, l'adresse à laquelle les offres doivent être transmises et la ou les langues dans lesquelles les offres doivent être rédigées ;</p>	[Néant]	[Néant]	<p><b>Article 67-V</b> : Les candidats sélectionnés sont simultanément <b>invités, par écrit</b>, à participer au dialogue.</p> <p>L'invitation à participer au dialogue comporte au moins</p> <p>1° les documents de la consultation ou, s'ils ne sont pas détenus par le pouvoir adjudicateur, l'adresse du service auprès duquel les documents de la consultation peuvent être immédiatement obtenus sur demande et la date limite pour présenter cette demande, ou encore les conditions d'accès à ces documents s'ils sont mis à disposition directe par voie électronique ;</p> <p>2° les références de l'avis d'appel public à la concurrence;</p>

# ANNEXE 4

Directive communautaire 2004/18	Contrat de partenariat		Marché public
	Les CP de l'Etat	Les CP des collectivités territoriales	
<p>c) dans le cas du dialogue compétitif, la date fixée et l'adresse pour le début de la phase de consultation, ainsi que la ou les langues utilisées ;</p> <p>d) l'indication des documents à joindre éventuellement, soit à l'appui des déclarations vérifiables fournies par le candidat conformément à l'article 44, soit en complément des renseignements prévus audit article et dans les mêmes conditions que celles prévues aux articles 47 et 48 ;</p> <p>e) la pondération relative des critères d'attribution du marché ou, le cas échéant, l'ordre décroissant d'importance de ces critères, s'ils ne figurent pas dans l'avis de marché, dans le cahier des charges ou dans le document descriptif.</p> <p>Toutefois, dans le cas de marchés passés suivant les règles prévues à l'article 29, les renseignements visés au point b) du présent paragraphe ne figurent pas dans l'invitation à participer au dialogue, mais ils sont indiqués dans l'invitation à présenter une offre.</p>			<p>3° la date et le lieu de déroulement du dialogue, ainsi que l'obligation d'utiliser la langue française ;</p> <p>4° le cas échéant, la date limite pour demander des renseignements complémentaires ;</p> <p>5° la liste des documents à fournir.</p>

Directive communautaire 2004/18	Contrat de partenariat		Marché public
	Les CP de l'Etat	Les CP des collectivités territoriales	
<b>DEROULEMENT DU DIALOGUE : 2- L'OUVERTURE DU DIALOGUE</b>			
<p><b>Article 29-3 :</b> Les pouvoirs adjudicateurs <b>ouvrent</b>, avec les candidats sélectionnés conformément aux dispositions pertinentes des articles 44 à 52, un <b>dialogue</b> dont l'objet est <b>l'identification et la définition des moyens propres à satisfaire</b> au mieux leurs besoins. Au cours de ce dialogue, ils peuvent <b>discuter tous les aspects du marché</b> avec les candidats sélectionnés.</p> <p>Au cours du dialogue, les pouvoirs adjudicateurs assurent <b>l'égalité de traitement</b> de tous les soumissionnaires. En particulier, ils ne donnent pas, de manière discriminatoire, d'information susceptible d'avantager certains soumissionnaires par rapport à d'autres.</p>	<p><b>Article 7-1 al. 2, 3 et 4 :</b> La personne publique peut discuter avec les candidats de tous les aspects du contrat.</p> <p>Chaque candidat est entendu dans des conditions de <b>stricte égalité</b>. La personne publique ne peut donner à certains candidats des informations susceptibles de les avantager par rapport à d'autres. Elle ne peut révéler aux autres candidats des solutions proposées ou des informations <b>confidentielles</b> communiquées par un candidat dans le cadre de la discussion sans l'accord de celui-ci.</p> <p>La personne publique poursuit les discussions avec les candidats jusqu'à ce qu'elle soit en mesure <b>d'identifier la ou les solutions</b>, au besoin après les avoir comparées, qui sont susceptibles de répondre à ses besoins.</p>	<p><b>Article L.1414-7 al.2, 3 et 4 :</b> La personne publique peut discuter avec les candidats de tous les aspects du contrat.</p> <p>Chaque candidat est entendu dans des conditions de <b>stricte égalité</b>. La personne publique ne peut donner à certains candidats des informations susceptibles de les avantager par rapport à d'autres. Elle ne peut révéler aux autres candidats des solutions proposées ou des informations <b>confidentielles</b> communiquées par un candidat dans le cadre de la discussion sans l'accord de celui-ci.</p> <p>La personne publique poursuit les discussions avec les candidats jusqu'à ce qu'elle soit en mesure <b>d'identifier la ou les solutions</b>, au besoin après les avoir comparées, qui sont susceptibles de répondre à ses besoins.</p>	<p><b>Article 67-VI al. 1 et 2 :</b> Le dialogue s'ouvre avec les candidats sélectionnés.</p> <p>L'objet du dialogue est <b>l'identification et la définition des moyens propres à satisfaire</b> au mieux les besoins. Tous <b>les aspects du marché peuvent être discutés</b> avec les candidats sélectionnés.</p> <p><b>Article 67-VI al.4 et 5 :</b> Le dialogue se poursuit jusqu'à ce que soient identifiées, éventuellement après les avoir comparées, la ou les solutions qui sont susceptibles de répondre aux besoins, pour autant qu'il y ait un nombre suffisant de solutions appropriées.</p> <p>Au cours du dialogue, chaque candidat est entendu dans des <b>conditions d'égalité</b>. Le pouvoir adjudicateur ne peut donner à certains candidats des informations susceptibles de les</p>

# ANNEXE 4

Directive communautaire 2004/18	Contrat de partenariat		Marché public
	Les CP de l'Etat	Les CP des collectivités territoriales	
Les pouvoirs adjudicateurs ne peuvent révéler aux autres participants les solutions proposées ou d'autres informations <b>confidentielles</b> communiquées par un candidat participant au dialogue sans l'accord de celui-ci.			avantager par rapport à d'autres. Il ne peut révéler aux autres candidats des solutions proposées ou des informations <b>confidentielles</b> communiquées par un candidat dans le cadre de la discussion, sans l'accord de celui-ci.
<b>LE DIALOGUE PHASE</b>			
<b>Article 29-4</b> : les pouvoirs adjudicateurs peuvent prévoir que la procédure se déroule en phases successives de manière à réduire le nombre de solutions à discuter pendant la phase du dialogue en appliquant le critère d'attribution indiqué dans l'avis de marché ou dans le document descriptif. Le recours à cette faculté est indiqué dans l'avis de marché ou dans le document descriptif.	<b>Article 7-1 al. 5</b> : Il peut prévoir que les discussions se déroulent en <b>phases successives</b> au terme desquelles seules sont retenues les propositions répondant aux critères fixés dans l'avis d'appel public à la concurrence ou dans le règlement de consultation. Le recours à cette possibilité doit avoir été indiqué dans l'avis d'appel public à la concurrence ou dans le règlement de consultation.	<b>Article L.1414-7 al.5</b> : Elle peut prévoir que les discussions se déroulent en <b>phases successives</b> au terme desquelles seules sont retenues les propositions répondant le mieux aux critères fixés dans l'avis d'appel public à la concurrence ou dans le règlement de consultation. Le recours à cette possibilité doit avoir été indiqué dans l'avis d'appel public à la concurrence ou dans le règlement de la consultation.	<b>Article 67-VI al.3</b> : La procédure peut se dérouler en <b>phases successives</b> de manière à réduire le nombre de solutions à discuter pendant la phase du dialogue en appliquant les critères de sélection des offres, indiqués dans l'avis d'appel public à la concurrence ou dans les documents de la consultation. Le recours à cette faculté est indiqué dans l'avis d'appel public à la concurrence ou dans les documents de la consultation.
<b>LA FIN DU DIALOGUE ET LA REMISE DE L'OFFRE FINALE</b>			
<b>Article 29-5</b> : Le pouvoir adjudicateur poursuit le dialogue jusqu'à ce qu'il soit en mesure d'identifier la ou les solutions, au besoin après les avoir	<b>Article 7-1 al. 6, 7 et 8</b> : Lorsqu'elle estime que la discussion est arrivée à son terme, la personne publique en informe les candidats qui ont	<b>Article L.1414-7 al.6, 7 et 8</b> : Lorsqu'elle estime que la discussion est arrivée à son terme, la personne publique en informe les candidats	<b>Article 67-VII</b> : Lorsqu'il estime que la discussion est arrivée à son terme, le pouvoir adjudicateur en informe les candidats qui ont participé à toutes



Directive communautaire 2004/18	Contrat de partenariat		Marché public
	Les CP de l'Etat	Les CP des collectivités territoriales	
<p>comparées, qui sont susceptibles de répondre à ses besoins.</p> <p><b>Article 29-6</b> : Après avoir déclaré la <b>conclusion du dialogue</b> et en avoir informé les participants, les pouvoirs adjudicateurs les <b>invitent à remettre leur offre finale</b> sur la base de la ou les solutions présentées et spécifiées au cours du dialogue. Ces offres doivent comprendre tous les éléments requis et nécessaires pour la réalisation du projet.</p> <p>Sur demande du pouvoir adjudicateur, ces offres peuvent être clarifiées, précisées et perfectionnées. Cependant, ces <b>précisions, clarifications, perfectionnement ou compléments</b> ne peuvent avoir pour effet de modifier <b>des éléments fondamentaux de l'offre</b> ou de l'appel d'offres, dont la variation est susceptible de <b>fausser la concurrence</b> ou d'avoir un <b>effet discriminatoire</b>.</p>	<p>participé à toutes les phases de la consultation. <b>Elle invite les candidats à remettre leur offre finale</b> sur la base de la ou des solutions présentées et spécifiées au cours du dialogue dans <b>un délai qui ne peut être inférieur à un mois</b>. Elle définit les conditions d'exécution du contrat, y compris de celles de ses clauses qui prévoient une évolution, pendant la durée du contrat, des droits et obligations du cocontractant, et, le cas échéant, précise les critères d'attribution du contrat définis dans l'avis d'appel public à la concurrence ou le règlement de la consultation. Elle s'efforce de maintenir jusqu'à ce stade une concurrence réelle.</p> <p>Ces offres comprennent tous les éléments nécessaires à l'exécution du contrat.</p> <p>La personne publique peut demander des <b>clarifications, des précisions ou des compléments</b> concernant les offres déposées par les candidats ainsi que la confirmation de certains</p>	<p>qui ont participé à toutes les phases de la consultation. <b>Elle invite les candidats à remettre leur offre finale</b> sur la base de la ou des solutions présentées et spécifiées au cours du dialogue <b>dans un délai qui ne peut être inférieur à un mois</b>. Elle définit les conditions d'exécution du contrat, y compris de celles de ses clauses qui prévoient une évolution, pendant la durée du contrat, des droits et obligations du cocontractant, et, le cas échéant, précise les critères d'attribution du contrat définis dans l'avis d'appel public à la concurrence ou le règlement de la consultation. Elle s'efforce de maintenir jusqu'à ce stade une concurrence réelle.</p> <p>Ces offres comprennent tous les éléments nécessaires à l'exécution du contrat.</p> <p>La personne publique peut demander des <b>clarifications, des précisions ou des compléments</b> concernant les offres déposées par les candidats ainsi que la confirmation de certains</p>	<p>les phases de la consultation. Il les <b>invite à remettre leur offre finale</b> sur la base de la ou des solutions qu'ils ont présentées et spécifiées au cours du dialogue, dans un <b>déai qui ne peut être inférieur à quinze jours</b>. L'invitation à remettre leur offre finale comporte au moins, la date et l'heure limites de réception de ces offres, l'adresse à laquelle elles seront transmises et l'indication de l'obligation de les rédiger en langue française. Ces offres comprennent tous les éléments requis et nécessaires pour la réalisation du marché.</p> <p>Les <b>renseignements complémentaires</b> sur le programme fonctionnel ou le projet partiellement défini sont envoyés aux opérateurs économiques qui les demandent en temps utile, six jours au plus tard avant la date limite fixée pour la réception des offres finales.</p> <p><b>Des précisions, clarifications, perfectionnements ou compléments</b> peuvent être <b>demandés</b></p>

# ANNEXE 4

Directive communautaire 2004/18	Contrat de partenariat		Marché public
	Les CP de l'Etat	Les CP des collectivités territoriales	
	des engagements, notamment financiers, qui y figurent. Cependant, ces demandes ne peuvent avoir pour effet de modifier les éléments fondamentaux de l'offre ou des caractéristiques essentielles du contrat.	des engagements, notamment financiers, qui y figurent. Cependant, ces demandes ne peuvent avoir pour effet de modifier les éléments fondamentaux de l'offre ou des caractéristiques essentielles du contrat	aux candidats sur leur offre finale. Cependant, ces demandes ne peuvent avoir pour effet de modifier des éléments fondamentaux de l'offre finale, dont la variation est susceptible de fausser la concurrence ou d'avoir un effet discriminatoire.
<b>LE CHOIX : L'OEPA</b>			
<p><b>Article 29-1 al.2 :</b> L'attribution du marché public est faite sur la seule base du <b>critère d'attribution de l'offre économiquement la plus avantageuse.</b></p> <p><b>Article 29-7 :</b> Les pouvoirs adjudicateurs évaluent les offres reçues en fonction des <b>critères d'attribution</b> fixés dans l'avis de marché ou dans le document descriptif et choisissent <b>l'offre économiquement la plus avantageuse</b> conformément à l'article 53.</p> <p>A la demande du pouvoir adjudicateur le soumissionnaire identifié comme ayant remis l'offre économiquement la plus avantageuse peut être amené</p>	<p><b>Article 8 :</b> Le contrat est attribué au candidat qui a présenté <b>l'offre économiquement la plus avantageuse</b>, par application des critères définis, en prenant en compte les conclusions de l'étude mentionnée à l'article 2, dans l'avis d'appel public à la concurrence ou le règlement de la consultation et le cas échéant précisés dans les conditions prévues à l'article 7.</p> <p>Les critères d'attribution sont pondérés. Si la personne publique démontre qu'une telle pondération est objectivement impossible, ils sont hiérarchisés.</p>	<p><b>Article L.1414-9 :</b> Le contrat est attribué au candidat qui a présenté <b>l'offre économiquement la plus avantageuse</b>, par application des critères définis, en prenant en compte les conclusions de l'étude d'évaluation mentionnée à l'article L. 1414-2, dans l'avis d'appel public à la concurrence ou le règlement de la consultation et le cas échéant précisés dans les conditions prévues à l'article L. 1414-7</p> <p>Les critères d'attribution sont pondérés. Si la personne publique démontre qu'une telle pondération est objectivement impossible, ils sont hiérarchisés.</p>	<p><b>Article 67-VIII al. 1, 2, 3 et 4 :</b> Après classement des offres finales conformément au III de l'article 53, <b>l'offre économiquement la plus avantageuse</b> est choisie, en application du ou des critères annoncés dans l'avis d'appel public à la concurrence ou dans le règlement de la consultation, par la commission d'appel d'offres pour les collectivités territoriales ou après avis de la commission d'appel d'offres pour l'Etat, les établissements publics de santé et les établissements publics sociaux ou médico-sociaux.</p> <p>Il peut être demandé au candidat retenu de <b>clarifier des aspects</b></p>

Directive communautaire 2004/18	Contrat de partenariat		Marché public
	Les CP de l'Etat	Les CP des collectivités territoriales	
à clarifier des aspects de son offre ou à confirmer les engagements figurant dans celle-ci, à condition que ceci n'ait pas pour effet de modifier des éléments substantiels de l'offre ou de l'appel d'offre, de fausser la concurrence ou d'entraîner des discriminations.	<p>Parmi les critères d'attribution, figurent nécessairement le coût global de l'offre, des objectifs de performance définis en fonction de l'objet du contrat et la part d'exécution du contrat que le candidat s'engage à confier à des petites et moyennes entreprises et à des artisans.</p> <p>On entend par « petites et moyennes entreprises » les entreprises dont l'effectif ne dépasse pas 250 employés et dont le chiffre d'affaires ne dépasse pas en moyenne sur les trois dernières années 40 000 000 d'euros. Ne sont pas considérées comme des petites et moyennes entreprises les entreprises dont le capital social est détenu à hauteur de plus de 33 % par une entreprise n'ayant pas le caractère d'une petite et moyenne entreprise.</p> <p>D'autres critères, en rapport avec l'objet du contrat, peuvent être retenus, notamment la valeur technique et le caractère innovant de l'offre, le délai</p>	<p>Parmi les critères d'attribution, figurent nécessairement le coût global de l'offre, des objectifs de performance définis en fonction de l'objet du contrat et la part d'exécution du contrat que le candidat s'engage à confier à des petites et moyennes entreprises et à des artisans.</p> <p>On entend par « petites et moyennes entreprises les entreprises dont l'effectif ne dépasse pas 250 employés et dont le chiffre d'affaires ne dépasse pas en moyenne sur les trois dernières années 40 000 000 d'euros. Ne sont pas considérées comme des petites et moyennes entreprises les entreprises dont le capital social est détenu à hauteur de plus de 33 % par une entreprise n'ayant pas le caractère d'une petite et moyenne entreprise.</p> <p>D'autres critères, en rapport avec l'objet du contrat, peuvent être retenus, notamment la valeur technique et le caractère innovant de l'offre, le</p>	<p>de son offre ou de confirmer les engagements figurant dans celle-ci, à condition que ceci n'ait pas pour effet de modifier des éléments substantiels de l'offre, de fausser la concurrence ou d'entraîner des discriminations.</p> <p>Si le candidat dont l'offre a été retenue ne peut produire les attestations et certificats mentionnés aux I et II de l'article 46, son offre est rejetée et il est procédé conformément au III du même article.</p> <p>Lorsque le candidat dont l'offre a été retenue produit les attestations et certificats mentionnés à l'alinéa précédent, les candidats dont l'offre n'a pas été retenue sont informés du rejet de celle-ci conformément au I de l'article 80.</p>

# ANNEXE 4

Directive communautaire 2004/18	Contrat de partenariat		Marché public
	Les CP de l'Etat	Les CP des collectivités territoriales	
	de réalisation des ouvrages ou équipements, leur qualité esthétique ou fonctionnelle.	délaï de réalisation des ouvrages ou équipements, leur qualité esthétique ou fonctionnelle.	
	A l'ISSUE DE l'OEPA		
[Néant]	<p><b>Article 9 :</b> Dès qu'elle a choisi l'attributaire du contrat, la personne publique <b>informe les autres candidats du rejet</b> de leur offre. Un délaï d'au moins dix jours est respecté entre la date de notification de cette information et la date de signature du contrat.</p> <p>Quand elle <b>renonce à poursuivre la passation du contrat</b>, la personne publique en informe les candidats.</p> <p>En réponse à une <b>demande écrite d'un candidat évincé</b>, la personne publique indique <b>par écrit</b> dans les quinze jours les motifs du rejet de son offre, les caractéristiques et les avantages relatifs de l'offre retenue ainsi que le nom de l'attributaire du contrat.</p>	<p><b>Article L.1414-10 :</b> L'assemblée délibérante ou l'organe délibérant autorise la signature du contrat de partenariat par l'organe exécutif ou déclare la <b>procédure infructueuse</b>.</p> <p>A cette fin, le projet de délibération est accompagné d'une information comportant le coût prévisionnel global du contrat, en moyenne annuelle, pour la personne publique et l'indication de la part que ce coût représente par rapport à la capacité de financement annuelle de la personne publique. Cette part est mesurée dans des conditions définies par décret.</p> <p>La personne publique <b>informe les candidats non retenus du rejet de leur offre</b>. Un délaï d'au moins dix jours est respecté entre la date de notification de cette information et la date de signature du marché.</p>	<p><b>Article 67-VIII al. 5 :</b> Le marché est <b>notifié</b> et un avis d'attribution est <b>publié</b>.</p> <p><b>Article 67-IX :</b> Lorsque <b>aucune offre finale n'a été remise</b> ou lorsqu'il n'a été proposé que des <b>offres irrégulières ou inacceptables</b> au sens du 1° du I de l'article 35, le dialogue compétitif est déclaré <b>sans suite ou infructueux</b> par la commission d'appel d'offres pour les collectivités territoriales ou, après avis de la commission d'appel d'offres pour l'Etat, pour les établissements publics de santé et les établissements publics sociaux ou médico-sociaux. Les candidats qui ont remis un dossier au pouvoir adjudicateur en sont informés.</p>

Directive communautaire 2004/18	Contrat de partenariat		Marché public
	Les CP de l'Etat	Les CP des collectivités territoriales	
	<p>Un contrat de partenariat ne peut être signé par l'Etat ou un établissement public doté d'un comptable public qu'après accord du ministre chargé de l'économie ou de son représentant, qui apprécie ses conséquences sur les finances publiques et la disponibilité des crédits.</p> <p>Le contrat est <b>notifié</b> à l'attributaire avant tout commencement d'exécution.</p> <p>Dans un <b>délai de trente jours</b> à compter de cette notification, la personne publique envoie pour <b>publication un avis d'attribution</b> au Journal officiel de l'Union européenne. Cet avis d'attribution est établi conformément au modèle établi par arrêté du ministre chargé de l'économie.</p>	<p>Quand elle <b>renonce à poursuivre la passation du contrat</b>, la personne publique en informe les candidats.</p> <p>En réponse à une <b>demande écrite d'un candidat évincé</b>, la personne publique indique par écrit dans les quinze jours les motifs du rejet de son offre, les caractéristiques et les avantages relatifs de l'offre retenue ainsi que le nom de l'attributaire du contrat.</p> <p>Le contrat est <b>notifié</b> à l'attributaire avant tout commencement d'exécution.</p> <p>Dans un <b>délai de trente jours</b> à compter de cette notification, la personne publique envoie pour <b>publication un avis d'attribution</b> au Journal officiel de l'Union européenne. Cet avis d'attribution est établi conformément au modèle établi par arrêté du ministre chargé de l'économie.</p>	<p>Lorsque le dialogue compétitif est déclaré infructueux, il est possible de mettre en œuvre :</p> <p>1° soit un <b>nouveau dialogue compétitif</b>, un appel d'offres ou, si les conditions initiales du marché ne sont pas substantiellement modifiées, un <b>marché négocié</b> dans les conditions prévues au 3° du II de l'article 35 ;</p> <p>2° soit, s'il s'agit d'un lot qui remplit les conditions mentionnées au III de l'article 27, une <b>procédure adaptée</b>.</p> <p>Pour les collectivités territoriales et les établissements publics locaux à l'exception des établissements publics de santé et des établissements sociaux et médico-sociaux, c'est la commission d'appel d'offres qui choisit le type de procédure à mettre en œuvre.</p> <p><b>Article 67-XI</b> : A tout moment, la procédure peut être <b>déclarée sans suite</b> pour des motifs d'intérêt général. Les candidats en sont informés.</p>

# ANNEXE 4 ET 5

Directive communautaire 2004/18	Contrat de partenariat		Marché public
	Les CP de l'Etat	Les CP des collectivités territoriales	
<b>PRIX OU PAIEMENTS A CARACTERE INDEMNITAIRE</b>			
<p><b>Article 29-8 :</b> Les pouvoirs adjudicateurs peuvent prévoir des <b>prix</b> ou des <b>paiements</b> aux participants au dialogue.</p>	<p><b>Article 7-1 al.9 :</b> Il peut être prévu qu'une <b>prime</b> sera allouée à tous les candidats ou à ceux dont les offres ont été les mieux classées.</p>	<p><b>Article L.1414-7 al.9 :</b> Il peut être prévu qu'une <b>prime</b> sera allouée à tous les candidats ou à ceux dont les offres ont été les mieux classées.</p>	<p><b>Article 67-X :</b> Il peut être prévu dans le règlement de la consultation ou dans l'avis d'appel public à la concurrence qu'une <b>prime</b> sera allouée à tous les participants au dialogue ou à ceux dont les <b>propositions ont fait l'objet de la discussion</b> ou encore à ceux dont <b>les offres ont été les mieux classées</b>.</p> <p>La rémunération de l'attributaire du marché tient compte de la prime qui lui a été éventuellement versée en application de l'alinéa précédent.</p>

## **ANNEXE 5 : LES PRINCIPALES ÉTAPES DE LA PROCÉDURE DU DIALOGUE COMPÉTITIF EN CONTRAT DE PARTENARIAT POUR LES COLLECTIVITÉS TERRITORIALES**

### **1) Le programme fonctionnel**

La collectivité définit son programme fonctionnel initial à partir de ses besoins. Il lui appartient de préciser quel ensemble de constructions et de services elle entend obtenir de la part du secteur privé,

### **2) L'urgence et la complexité**

La collectivité estime s'il y a urgence ou pas. S'il n'y a pas urgence, elle évalue le degré de complexité de l'opération et constate qu'elle a des difficultés à répondre seule et à l'avance à l'ensemble des questions qu'elle aura soulevées.

### **3) L'analyse comparative**

La collectivité réalise une analyse comparative qui porte sur le coût global, la performance et le partage des risques permettant d'établir la nécessité de recourir au contrat de partenariat et de lancer la procédure.

### **4) L'appel à candidature**

La collectivité rédige son programme fonctionnel. Elle définit et lance un appel à candidature en déterminant le mode de conception retenu.

### **5) La constitution de la commission d'appel d'offres**

La collectivité constitue sa commission si celle-ci n'existe pas déjà dans sa collectivité.

### **6) La réception des candidatures**

La collectivité réceptionne et sélectionne les candidatures.

### **7) Le lancement de la procédure**

La collectivité lance la procédure de dialogue compétitif ou d'appel d'offres auprès des candidats sélectionnés.

### **8) Le dialogue**

La collectivité dialogue avec les différents candidats et demande la remise d'une offre finale.

### **9) L'offre économiquement la plus avantageuse (OEAP)**

La collectivité choisit son co-contractant en fonction de l'offre économiquement la plus avantageuse.

### **10) Les clauses contractuelles**

La collectivité rédige les clauses contractuelles.

### **11) La délibération**

La collectivité délibère sur le choix du contractant et du contrat.

### **12) La signature**

L'exécutif signe le contrat et procède aux notifications légales.

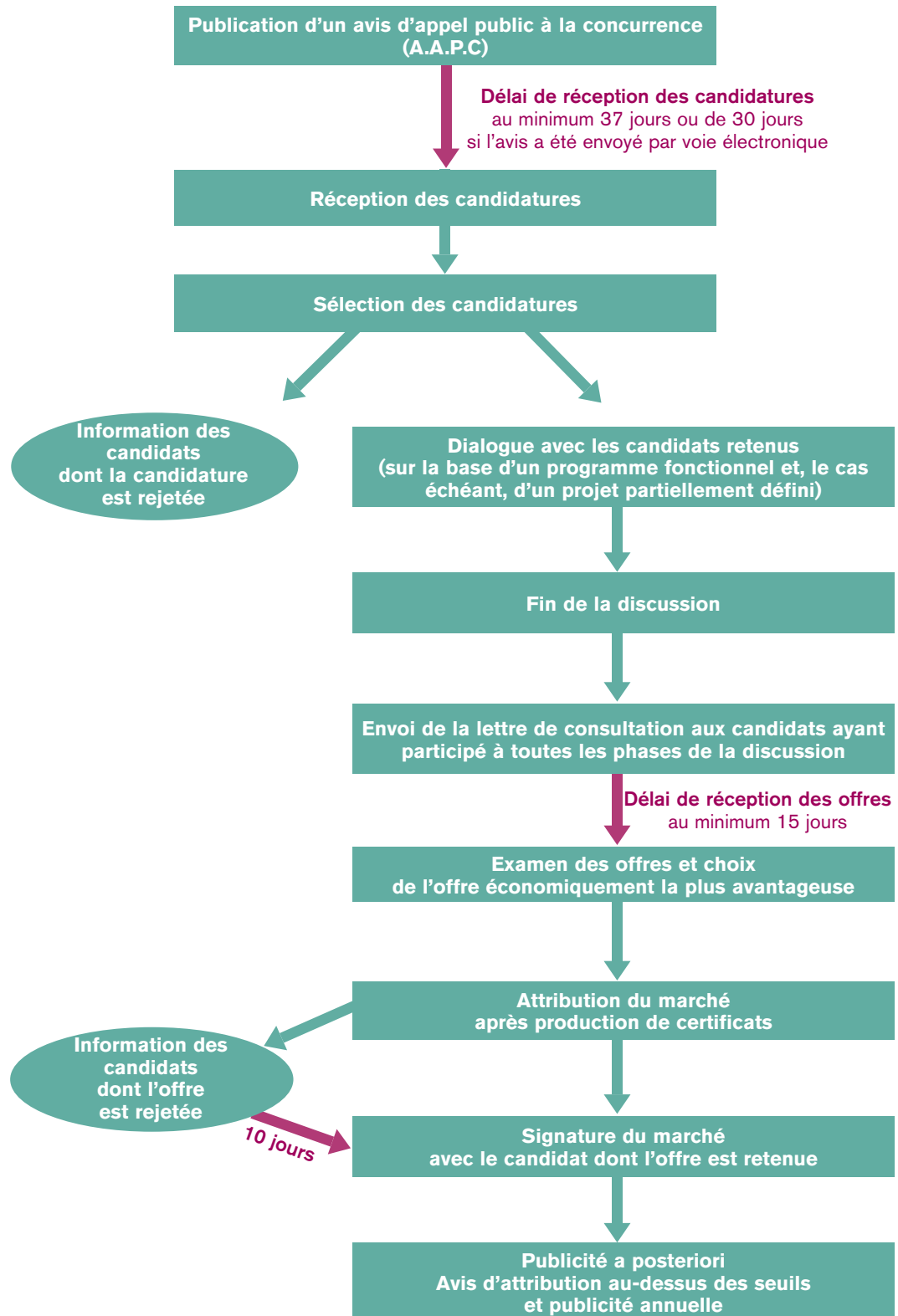
### **13) Le début des travaux**

Les travaux débutent après obtention des permis de construire.

### **14) Le contrôle**

Le contrôle des prestations et des performances est rythmé par le contrat.

## ANNEXE 6 : SCHÉMA DE SYNTHÈSE DES PRINCIPALES ÉTAPES DE LA PROCÉDURE DU DIALOGUE COMPÉTITIF EN MARCHÉ PUBLIC





# REMERCIEMENTS

L'élaboration de ce guide pratique s'inscrit dans le cadre des actions engagées par le Comité « Marchés publics » de la Commission « Droit de l'entreprise » du MEDEF.

Ce guide a été rédigé sous la présidence de :

**M. Xavier Bezançon**

Délégué Général

Entreprises Générales de France-Bâtiments Travaux Publics (EGF-BTP)

Au sein d'un groupe de travail composé de :

**Mlle Sabine Ayraud**

Juriste

Fédération Nationale des Travaux Publics (FNTP)

**M. Joël Conan**

Conseiller du Président

Fédération Française des entreprises de Gestion de Services aux Equipements à l'Energie et à l'Environnement (FG3E)

**Mme Marie Dubois**

Chargée de mission

Fédération Française des entreprises de Gestion de Services aux Equipements à l'Energie et à l'Environnement (FG3E)

**M. Roger Fiszelson**

Délégué général

Syndicat des Entrepreneurs Français Internationaux (SEFI)

**M. Pierre-François Kuhn**

Secrétaire Général

Union des Services Publics industriels et Commerciaux (UNSPIC)

**Mme Thérèse Leroux**

Direction Défense France – Contrats Publics

Thales International / Représentant le Conseil des Industries de Défense Françaises (CIDEF)

**Mme Karine Leverger**

Déléguée Communication

Syntec Ingénierie

**Mlle Christine Melon**

Rapporteur du groupe de travail / Juriste

MEDEF

**Mme Geneviève Rigolot**

Directeur à la Coordination des Métiers - Directeur Juridique Adjoint

Véolia environnement

**Mme Frédérique Stephan**

Juriste – Direction des affaires juridiques

Fédération Française du Bâtiment (FFB)

**Mme Françoise Vergriete-Matringes**

Relations contractuelles avec l'Administration

Compagnie IBM France / Représentant Alliance TICS

**Il n'aurait pas pu être réalisé sans le concours des personnalités suivantes  
qui ont contribué à son élaboration et sa relecture :**

**Mlle Katia Alton**

Précédent rapporteur du groupe de travail / Juriste  
MBDA

**M. Yves Blouin**

Chef du service droit des affaires & contrats  
Fédération des Industries Mécaniques (FIM)

**Mme Dominique Devilder**

Directeur des Affaires Juridiques  
Fédération Nationale des Travaux Publics (FNTP)

**M. Christian Landais**

Secrétaire Général  
Fédération Nationale des Fournitures Administratives Civiles et Militaires (FACIM)

**M. Enrique Muzard**

Attaché de Direction  
Association des Agences Conseils en Communication (AACC)

**Mme Joëlle Simon**

Directrice des affaires juridiques  
MEDEF

**M. Henri Stouff**

Président Directeur Général de Cofiroute  
Président du Comité « Marchés publics » du MEDEF

**Le MEDEF remercie l'ensemble des personnes qui ont contribué à l'élaboration  
et à la relecture de ce guide pratique.**



**MEDEF**

55, Avenue Bosquet  
75330 Paris Cedex 07  
tél : 01 53 59 19 19  
fax : 01 45 51 20 44  
[www.medef.fr](http://www.medef.fr)

**Contacts :**

Direction des Affaires Juridiques  
**Christine Melon**



**MEDEF**