

LA GESTION DE LA FIN DU DIALOGUE COMPETITIF

De nombreuses questions sont apparues sur la façon de mener à son terme le dialogue compétitif, en particulier dans l'hypothèse où le dialogue se terminerait mal avec l'attributaire pressenti, obligeant la personne publique à se rabattre sur le deuxième de la liste. Comme, de plus, l'ordonnance prévoit la concomitance du choix de l'attributaire du contrat et de l'information donnée aux perdants de leur infortune, la question se posait des modalités pratiques du déroulement de la fin de la procédure.

En premier lieu, l'article 9 de l'ordonnance du 17 juin 2004 sur les contrats de partenariat dispose :

« Article 9

Dès qu'elle a choisi l'attributaire du contrat, la personne publique informe les autres candidats du rejet de leur offre. Un délai d'au moins dix jours est respecté entre la date de notification de cette information et la date de signature du marché.

Quand elle renonce à poursuivre la passation du contrat, la personne publique en informe les candidats. En réponse à une demande écrite d'un candidat évincé, 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. 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. Le contrat est notifié à l'attributaire avant tout commencement d'exécution. Dans un délai de trente jours à compter de cette notification, la personne publique envoie pour publication un avis d'attribution 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. »

Les dispositions de l'ordonnance doivent être lues dans le sens suivant :

En premier lieu le classement des offres n'équivaut pas à un choix de l'attributaire. Ce choix ne peut réellement intervenir que lorsque la personne publique a la certitude de pouvoir signer le contrat avec le candidat classé en tête, c'est-à-dire après une phase de clarification et de mise au point du contrat et après vérification ultime des capacités du candidat au regard de toutes les attestations qu'il doit légalement fournir. Sans doute la possibilité théorique d'échec final est-elle très réduite : la phase de dialogue préalable est censée vider tous les sujets importants et la phase de clarification, comme son nom l'indique et comme il est écrit dans l'ordonnance, ne peut "avoir pour effet de modifier les éléments fondamentaux de l'offre". Mais elle ne peut être totalement exclue. Il serait donc imprudent de procéder à la notification de l'éviction des candidats perdants dès après le classement des offres.

On peut signaler par ailleurs que si l'ordonnance prévoit une phase de clarification pour l'ensemble des offres finales qui le nécessitent, la personne publique peut, même sans texte, procéder à une ultime mise au point avec l'attributaire.

En deuxième lieu il convient de bien distinguer notification du rejet des candidatures et notification du contrat. Dès lors qu'elle a la certitude de pouvoir attribuer le contrat à un candidat, la personne publique doit d'abord informer les autres candidats du rejet de leur offre et respecter un délai d'au moins dix jours à compter de cette notification avant de pouvoir signer le contrat. Ce délai, impératif, est très important car il est destiné à permettre aux candidats évincés qui le souhaiteraient d'engager un référé pré-contractuel.

En troisième lieu la personne publique, lorsqu'elle informe les candidats du rejet de leur offre, n'a pas, à ce stade, à expliquer les motifs de ce rejet. Ce n'est que si elle est saisie d'une demande expresse et écrite d'un candidat évincé qu'elle a l'obligation, dans un délai de 15 jours, de l'informer des motifs de ce rejet. Le 3ème alinéa de l'article 9 de l'ordonnance énonce très précisément le contenu de cette information : motifs du rejet de l'offre mais aussi caractéristiques et avantages relatifs de l'offre retenue et nom de l'attributaire du contrat. Cette demande de motivation est à distinguer d'une éventuelle demande complémentaire de communication des documents administratifs relatifs à la procédure mise en œuvre.

En quatrième lieu les contrats de partenariat passés par l'Etat ou un établissement public doté d'un comptable public ne peuvent être signés qu'après l'accord écrit du ministre chargé de l'économie. Si cet accord est donné à l'extrême fin de la procédure, juste avant la signature du contrat, il est vivement conseillé à la personne publique de s'assurer plus en amont de l'accord de ce ministre sur le montage contractuel envisagé.

Enfin, l'offre étant signée par le partenaire privé, la personne publique signe le contrat et le contrôle financier le vise. Si l'offre finale doit être signée par le candidat qui la dépose, il sera nécessaire, le cas échéant, de lui faire également signer les modifications issues de la phase d'éclaircissement. Ce n'est qu'ensuite que la personne publique pourra signer le contrat.