

**DIALOGUE COMPETITIF**

# Une procédure adaptée

Destinée en particulier aux marchés publics informatiques, la procédure de dialogue compétitif permet d'adapter à la fois la définition et l'exécution des projets. Une facilité qui doit permettre d'améliorer le cahier des charges définitif mais qui nécessite aussi quelques précautions juridiques.

**Danièle Veret**  
**Valérie Cotto**

Avocats à la Cour  
Alain Bensoussan -  
avocats

Le dialogue compétitif, prévu par l'ensemble législatif communautaire remplace la procédure de l'appel d'offres sur performances. Le

nouveau code des marchés publics institué par le décret n°2004-15 du 7 janvier 2004 a ainsi prévu une procédure à laquelle la personne publique peut recourir lorsqu'elle n'est pas en mesure de définir les moyens techniques pouvant répondre à ses besoins ou lorsqu'elle n'est pas en mesure d'établir le montage juridique ou financier d'un projet. Cette procédure qui allie la rigueur de l'appel d'offres avec la souplesse de la discussion, en octroyant davantage de liberté à la personne publique dans l'organisation de la procédure de marché est tout à fait adaptée à des projets informatiques complexes nécessitant une prise en compte des besoins réels de l'acheteur public et à la répartition des fournitures et des services entre les fournisseurs et des prestataires.

compétitif peut porter à la fois sur la définition d'un projet et son exécution".

En matière de marché informatique, une procédure de dialogue compétitif pourrait être passée dans le cas où une personne publique souhaiterait acquérir, par exemple, des matériels, des logiciels, des progiciels, des développements spécifiques, de la formation, de la maintenance, de l'assistance au démarrage, le tout éventuellement avec une prestation d'intégration sachant que plusieurs solutions technologiques existent sur le marché. On pourrait alors concevoir le lancement de cette procédure pour la définition des projets, c'est-à-dire pour affiner le type de prestations nécessaires, le fait de recourir plutôt à un progiciel qu'à des spécifiques, le fait de prendre une solution sur le web ou une solution client/serveur plus traditionnel, etc. Quant à l'exécution, le dialogue compétitif pourrait s'appliquer pour la réalisation de la solution la plus adaptée en termes d'intégration, de paramétrage, de formation... Compte tenu de cette formulation du code, on pourrait concevoir deux marchés séparés, l'un pour la définition du projet, et l'autre pour son exécution.

“

On pourrait concevoir deux marchés séparés, l'un pour la définition du projet, et l'autre pour son exécution

”

## Le dialogue entre l'acheteur et les candidats

Selon les termes de l'article 36 du nouveau Code des marchés publics, "la procédure de dialogue

En ce qui concerne la définition, il ne faut toutefois pas utiliser cette procédure, si on est strictement dans le cadre du marché de définitions, organisé par l'article 73 du Code des marchés publics. Il est possible de passer un marché unique en procédure de dialogue compétitif si cela concerne à la fois la définition du projet et son exécution.

Dans ce cas, tous les besoins de la personne publique auront été définis dans le programme fonctionnel et il serait alors souhaitable de faire deux tranches, une tranche ferme pour la définition afin de pouvoir procéder au choix de la solution technique et donc de déterminer les moyens pour atteindre ces résultats, et une tranche conditionnelle d'exécution pour la réalisation de la solution découlant de la phase de définition.

La nouveauté de la procédure de dialogue compétitif réside principalement dans l'introduction d'un dialogue, entre la personne publique et les candidats, qui doit permettre plus d'efficacité et de maîtrise dans la commande publique. Les candidats sont moins enfermés par le programme fonctionnel de l'acheteur public puisque la procédure leur permet d'aller au-delà, en étant novateur et en proposant des solutions renforçant des garanties de résultats moins coûteux et encore plus adaptés aux besoins de l'acheteur public. Le cahier des charges va donc être établi au fur et à mesure du déroulement des dialogues pour tenir compte des propositions successives des candidats.

A la fin de la procédure, le cahier des charges ne pourra plus être modifié.

Le programme fonctionnel, reste comme dans l'ancienne procédure de l'appel d'offres sur performances, un document rédigé par l'acheteur public qui décrit les résultats vérifiables à atteindre ou précise les besoins à satisfaire.

En revanche, et par opposition à l'ancienne procédure, ce programme fonctionnel peut évoluer au cours de la procédure en fonction des dialogues qui ont lieu entre la personne publique et les candidats. Le rôle de l'acheteur public évolue aussi puisqu'il doit à la fois se comporter en acteur public soucieux d'assurer la transparence des procédures

mais aussi en opérateur économique avisé utilisant sa connaissance du marché et ses capacités de discussion.

Toutefois, si l'acheteur public dispose d'une large initiative dans l'organisation de la procédure de dialogue compétitif, cette procédure est encadrée par les principes clés de la commande publique, rappelés à l'article 1er du nouveau code des marchés publics, qui sont essentiellement les principes d'égalité de traitement des différents candidats, de transparence et de respect de la confidentialité des informations qui sont communiquées par les candidats au cours de la phase de dialogue.

### Les principales étapes

La procédure de dialogue compétitif débute par un avis d'appel public à la concurrence publié dans les conditions prévues à l'article 40 du nouveau code des marchés publics.

La procédure s'organise en plusieurs étapes : la sélection des candidats, le dialogue avec les candidats sur la base d'un programme fonctionnel et, enfin, le choix de l'offre économiquement la plus avantageuse sur la base du cahier des charges arrêté pour le marché.

Les candidats sont sélectionnés par la personne responsable du marché après un examen de leurs capacités professionnelles, techniques et financières à l'appui des renseignements que ceux-ci ont fourni, dans les termes de l'article 52 du nouveau code des marchés publics. Or le nouveau code des marchés publics est muet sur le mode de sélection des candidats, qui n'entre plus dans l'appel d'offres restreint, car le dialogue compétitif est une procédure à part et donc plus proche de la procédure négociée.

A la suite de cette sélection, la personne responsable du marché engage avec les candidats qui ont été admis un dialogue à partir d'un programme fonctionnel ou d'un projet partiellement défini. Il est prévu que cette phase de dialogue avec les candidats pourra s'interrompre à l'instigation de la personne responsable des marchés, lorsque celle-ci sera " en mesure d'identifier la

“

Le cahier des charges va donc être établi au fur et à mesure du déroulement des dialogues

”

“

Le nouveau code des marchés publics est muet sur le mode de sélection des candidats

”

“

Cette procédure de dialogue compétitif requiert une traçabilité extrêmement forte de toutes les justifications des propositions qui seront faites par les candidats

”

ou les solutions, au besoin après les avoir comparées, qui sont susceptibles de répondre aux besoins définis dans le marché”. L’acheteur public peut donc entendre les candidats autant de fois qu’il l’estimera nécessaire afin de parvenir à définir son besoin.

Cependant, au fur et à mesure des discussions successives, le nombre de candidats diminue, puisque, à l’issue de chaque phase de dialogue, l’acheteur public doit écarter les propositions des candidats qui se révèlent inadaptées et les informer que leur proposition a été écartée. A la fin de cette phase de dialogue, ne resteront plus en lice dans la procédure de dialogue compétitif que les candidats répondant le mieux aux critères fixés dans l’avis d’appel public à la concurrence ou dans le règlement de consultation.

Le passage à l’étape suivante de la procédure est déterminé par la décision de la personne responsable du marché d’arrêter le cahier des charges. L’acheteur public devra en conséquence informer les candidats que les discussions sont closes et que le cahier des charges ne pourra donc plus être modifié. Les candidats sont invités par la personne responsable du marché à remettre leur offre dans un délai qui ne peut être inférieur à quinze jours.

Il faudra être extrêmement vigilant dans les marchés informatiques sur la notion de montage juridique ou financier qui pourra être affinée au cours des discussions.

Il semble difficile de concevoir qu’un groupement qui aurait été proposé par le candidat puisse être modifié puisque, par ailleurs, le code encadre l’interdiction de tels changements en cours de procédure. Cependant, un glissement de certaines prestations comme par exemple des prestations de paramétrage, de développements spécifiques, de formation entre l’éditeur et l’intégrateur pourrait peut-être s’opérer.

Toutes les variations de périmètre et d’engagements financiers devront être extrêmement encadrées pour éviter d’être interprétées comme une rupture de l’égalité entre les candidats. De plus, la confidentialité des propositions des différents candidats devra être respectée.

Cette procédure de dialogue compétitif requiert

alors une traçabilité extrêmement forte de toutes les justifications des propositions qui seront faites par les candidats.

Le marché sera attribué au candidat qui aura présenté l’offre économiquement la plus avantageuse au regard des critères qui seront énoncés dans le règlement de consultation.

Le marché sera attribué par la personne responsable des marchés en ce qui concerne les marchés publics de l’Etat et par la commission de la procédure de dialogue compétitif pour les marchés des collectivités territoriales dont la composition est inchangée par rapport à celle de l’appel d’offres sur performances.

### Conclusion

Face à cette nouvelle procédure qui, comme l’appel d’offres sur performances, est destinée en particulier aux marchés informatiques (comme il est rappelé dans la circulaire d’application du code), un respect scrupuleux des principes fondamentaux du code des marchés publics devra être mis en place par les acheteurs publics.

Compte tenu de cette ouverture à l’adaptation très précise du cahier des charges aux besoins et aux montages juridiques et financiers, il conviendra de ne pas uniquement se focaliser sur le programme fonctionnel mais également sur les stipulations figurant dans le cahier des clauses administratives particulières.

En effet, certains enjeux juridiques devront être adaptés. C’est par exemple le cas : des cessions de droits des logiciels ; des documentations ; des rapports ; des méthodes ; des clauses de garanties (performances, pérennité, non-régression...) ; des engagements de disponibilité de nouvelles versions de logiciels ; des procédures de tests qui permettront de prononcer la réception...

De plus, pendant tout le déroulement de la procédure, des comptes-rendus des discussions seront utilement établis par la personne publique et validés par les candidats. Ces comptes-rendus devront comporter des justifications très précises des décisions qui seront prises.

**Danièle Veret & Valérie Cotto**

Revue d’auteurs, l’Informatique Professionnelle accueille des opinions qui n’engagent pas la rédaction.

“

Un respect scrupuleux des principes fondamentaux du code des marchés publics devra être mis en place par les acheteurs publics

”