



L'OFFRE SPONTANEE EN CONTRAT DE PARTENARIAT

L'ordonnance n° 2004-559 du 17 juin 2004 sur les contrats de partenariat (CP) a prévu en son article 10, repris à l'article L. 1414-11 du code général des collectivités territoriales (CGCT), la possibilité pour une entreprise ou un groupement d'entreprises de proposer à une personne publique une offre dite « spontanée », ayant pour objet de l'inciter à réaliser un projet sous forme de CP.

Rappel

Aux termes de l'article 10 de l'ordonnance de 2004 sur les CP (L. 1414-11 du CGCT) :

« Lorsque la personne publique est saisie d'un projet par une entreprise ou un groupement d'entreprises et qu'elle envisage d'y donner suite en concluant un contrat de partenariat, elle conduit la procédure de passation dans les conditions prévues par les articles 2 à 9 de la présente ordonnance.

Dès lors qu'il ne se trouve dans aucun des cas d'exclusion mentionnés à l'article 4 et qu'il dispose des capacités techniques, professionnelles et financières appropriées, l'auteur du projet est admis à participer aux procédures prévues à l'article 7 de la présente ordonnance.

*La communication à la personne publique d'une **idée innovante**, qui serait suivie du lancement d'une procédure de contrat de partenariat, **peut** donner lieu au versement d'une prime forfaitaire ».*

La mise en œuvre de cet article nécessite préalablement de définir l'offre spontanée (1), la forme qu'elle peut prendre (2) ainsi que les modalités de l'indemnisation de l'idée innovante (3) d'une part, et, dès lors qu'elle est suivie du lancement d'une procédure, les conditions permettant de garantir la confidentialité des informations transmises et l'égalité de traitement des candidats (4) d'autre part.

1) Définition d'une offre spontanée innovante et indemnité forfaitaire

Une offre spontanée consiste à saisir une personne publique d'un projet de contrat de partenariat en vue de réaliser un investissement qui doit être le support de l'exercice de sa ou ses missions de service public.

L'offre spontanée peut être :

- soit « classique », c'est-à-dire une offre visant à la réalisation d'un investissement en CP ne présentant aucun caractère innovant en termes de fonctionnalités techniques ou économiques.
- soit « innovante », c'est-à-dire une offre visant à la réalisation d'une opération présentant des fonctionnalités nouvelles, des services nouveaux ou des innovations techniques au niveau d'un marché ou d'un secteur donné. Cela fut notamment le cas au début des CP dans le domaine de l'éclairage public associant de la vidéo-surveillance, de la génération d'électricité photovoltaïque et des bornes Wi-Fi.

La personne publique sollicitée devra apprécier le caractère innovant ou non de l'idée d'un investissement à réaliser en CP.

2) Présentation formelle de l'offre spontanée

L'opérateur privé devra par écrit, et avant la remise d'une offre spontanée, s'assurer auprès de la personne publique que l'investissement projeté entre dans ses priorités et qu'elle n'est pas opposée à ce qu'il se réalise dans le cadre d'un contrat de partenariat. La personne publique répond par écrit dans un délai raisonnable.

Une fois l'offre spontanée transmise, la personne publique répond également dans un délai raisonnable sur le caractère innovant ou non de l'offre et sur le principe du versement ou non d'une prime forfaitaire.

L'offre spontanée doit être suffisamment étayée. La collectivité s'appropriera l'offre puis, sur le fondement de celle-ci, réalisera le rapport d'évaluation préalable prévu par l'ordonnance de 2004 (elle pourra en modifier le contenu et le périmètre afin de prendre en compte la faisabilité tant budgétaire que technique du projet).

L'offre spontanée doit mettre en exergue le caractère innovant des idées soumises en termes de fonctionnalités nouvelles, de services nouveaux ou d'innovations techniques. Les caractéristiques techniques de l'offre spontanée ne sont détaillées que si elles sont partie intégrante du caractère innovant de l'offre. Si tel n'est pas le cas, les détails techniques de la proposition seront présentés dans le cadre de la procédure de passation d'un contrat de partenariat en dialogue compétitif^d, si une telle procédure devait être retenue.

Il est souhaitable qu'une indication du montant prévisionnel de l'investissement et du fonctionnement apparaisse. L'opérateur privé peut apporter à la personne publique toutes les précisions que celle-ci pourrait souhaiter tant que le principe de recours au CP n'a pas été retenu (par précaution, tant que l'AAPC portant sur la sélection des conseils n'a pas été publié).

L'offre spontanée ne se résume donc pas à la communication d'une plaquette commerciale. En aucun cas elle n'exonère la personne publique de son obligation de procéder à une évaluation préalable et à la rédaction d'un programme fonctionnel des besoins.

3) Indemnisation de l'idée innovante

Si la personne publique reconnaît que « l'idée » est innovante et qu'elle décide de la faire réaliser en contrat de partenariat, la personne publique peut décider du versement d'une prime forfaitaire à la personne privée qui lui aura communiqué une telle idée. Elle ne doit pas être calculée par application d'un pourcentage à la valeur estimée du contrat (cf. le caractère « forfaitaire » de la prime prévu par l'ordonnance).

Elle n'est versée qu'à l'issue de la procédure de sélection du titulaire du contrat de partenariat. En effet, si l'initiateur de l'offre spontanée est retenu comme attributaire, on peut supposer qu'une partie du coût de son offre sera dans son prix et qu'il n'est pas besoin de le dédommager.

S'il n'est pas retenu, la prime forfaitaire mentionnée à l'article L. 1414-11 du CGCT est versée à condition que l'idée présentée ait été considérée comme innovante par la personne publique avant le lancement de la procédure et que cette dernière ait fait le choix du versement d'une prime (cf. supra §2) ; elle peut s'ajouter à la prime à caractère indemnitaire à laquelle il a droit si un investissement significatif a été fourni suite aux demandes de la personne publique dans le cadre d'un dialogue compétitif (cf. art. L 1414-7 dernier alinéa du CGCT).

4) Confidentialité de certains éléments de l'offre spontanée et égalité de traitement entre les candidats si la personne publique donne suite à l'offre spontanée

L'opérateur privé dont l'offre spontanée est suivie du lancement d'un contrat de partenariat peut librement soumissionner à une procédure de contrat de partenariat dès lors qu'il ne se trouve dans aucun des cas d'exclusion d'accès à la commande publique et qu'il dispose des capacités appropriées.

Les dispositions de l'ordonnance s'inscrivent dans le droit-fil de la jurisprudence nationale et communautaire qui n'interdisent pas, par principe, la soumission à un contrat de la commande publique, d'une entreprise ayant réalisé en amont d'un marché, une étude préalable (cf. CE 29-07-98 GENICORP ; CJCE, 3 mars 2005 FABRICOM SA c/Etat Belge). A cet égard, la jurisprudence rappelle que les prestations réalisées en amont ne doivent pas avoir été l'occasion pour l'entreprise d'obtenir des informations de nature à fausser le jeu de la concurrence.

La personne publique définira son besoin dans le programme fonctionnel (procédure en dialogue compétitif) en fonction de l'offre innovante qui lui aura été transmise. La personne privée pourra légitimement demander à la personne publique de s'engager à protéger certains éléments de son offre spontanée couverts par le secret des affaires.

L'offre spontanée constitue en soi une procédure originale au regard du droit commun de la commande publique, qui au prix d'une démarche maîtrisée par les personnes publiques, peut leur offrir de réelles opportunités d'exercer leurs missions de services publics dans les meilleures conditions

ⁱ En appel d'offres le cahier des charges établi par la personne publique décrit aussi bien le besoin que la solution technique permettant de le satisfaire.