

**Commande publique :**  
**Ne plus hésiter à faire des propositions**  
**aux collectivités**

L  
E  
T  
T  
R  
E  
  
D'  
A  
U  
B  
Y  
  
C  
O  
N  
S  
E  
I  
L  
  
N°  
8

✿ Pendant très longtemps, les règles de la commande publique – marchés publics, délégations de service public – ont imposé aux entreprises susceptibles de fournir leurs services aux collectivités de ne pas leur faire de véritables propositions. La culture des collectivités s’y opposait, la plupart d’entre elles considérant qu’il leur appartenait de déterminer leurs besoins et la manière de les satisfaire, les fournisseurs ou prestataires n’ayant qu’à répondre à des consultations définissant très strictement les prestations à fournir.

Les règles relatives à la commande publique, et spécialement le Code des Marchés Publics, n’offraient guère de processus permettant d’associer les partenaires à la définition des besoins , et à tout le moins, à la réponse à ces besoins. Les entreprises qui avaient pu participer aux études préalables étant le plus souvent écartées de la fourniture de la prestation elle-même (sauf dispositions très spécifiques , comme les anciens marchés de définition).

Les structures publiques étaient même parfois tentées d’aller au-delà des textes eux-mêmes dans la restriction envers les entreprises ayant participé à un projet, au nom du principe de l’égalité concurrentielle.

Cette situation a fait que les collectivités étaient le plus souvent privées de l’apport des prestataires privés, sous forme d’innovations dans la réponse aux besoins, voire dans l’identification des besoins, même si ce cadre juridique n’empêchait nullement que des conversations puissent se dérouler entre responsables.

✿ Sur ce point, les choses évoluent. Le Code des Marchés Publics de 2004 a introduit l'idée selon laquelle il appartient à la collectivité de définir ses besoins, des procédures étant là pour définir la meilleure manière d'y répondre. Des procédures nouvelles ont été introduites permettant de comparer les réponses à ces besoins, réponses qui peuvent être de nature différente. C'est tout l'esprit du dialogue compétitif introduit par la réforme de 2004 et qui devrait être encore amélioré par la réforme de 2006.

L'ordonnance sur les contrats de partenariat du 17 juin 2004, dans son article 10, indique que « 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, s'il y a effectivement engagement de la procédure, l'auteur de la proposition doit être autorisé à concourir ».

La formule de l'appel à projet est désormais utilisée par un certain nombre d'entités publiques.

Le juge lui-même reconnaît que le fait d'avoir été associé aux études préalables ne peut être un facteur pour éliminer une entreprise d'une compétition relative à ce projet (Cour de Justice des Communautés Européennes. Fabricom 3 mars 2005).

✿ Ainsi, le champ juridique s'ouvre et permet désormais aux entreprises de faire des propositions ou de participer à des études préalables relatives à un projet sans être placées dans l'impossibilité ultérieures de concourir pour la réalisation de ce projet.

Bien entendu, il ne saurait être question que, du fait de ces études préalables pour la présentation d'un projet, celui qui en a été l'auteur bénéficie d'un droit à réaliser ce projet. Ce droit ne peut être accordé qu'à l'issue d'une procédure de publicité et de mise en compétition. Mais il faut convenir que, dans bien des cas, la possession d'un actif relatif à ce projet – un terrain, un bâtiment, un savoir-faire – conduira à ce que le candidat auteur du projet ait de fait un avantage compétitif certain vis-à-vis de ses concurrents.

✿ Ainsi, l'évolution du droit de la commande publique facilite-t-elle désormais la possibilité pour des entreprises de formuler des propositions, d'établir des projets, sans être pénalisées si la collectivité qui a la responsabilité correspondante décide de s'engager dans sa réalisation.

C'est un progrès important et qui doit conduire à ce que les entreprises françaises de service public et de fourniture publique, dont on connaît la qualité et le savoir-faire, soient plus audacieuses pour faire ces propositions et faire bénéficier le service public de ce savoir-faire.