

LIGNES DIRECTRICES POUR LA GESTION DES OFFRES SPONTANÉES EN CONTRAT DE PARTENARIAT

Une offre spontanée est une « proposition à l'initiative d'un opérateur privé relative à l'exécution de contrat de partenariat qui n'est pas soumise en réponse à un appel à concurrence publié par l'autorité contractante » (Article 1 de la loi n° 2014-09 sur les contrats de partenariats).

Un opérateur privé a la possibilité de soumettre une offre spontanée à une autorité contractante (État ou autre personne morale de droit public). L'autorité contractante n'est pas tenue de donner suite à l'offre spontanée et des conditions de recevabilité restrictives s'appliquent à celle-ci.

Conditions de recevabilité des offres spontanées

Une offre spontanée ne peut pas porter sur un projet pour lequel une procédure d'appel d'offres est en cours, ni sur un projet inscrit, totalement ou partiellement, dans le Plan triennal d'investissements publics de l'État.

En outre, une offre spontanée ne peut porter sur un projet dont les études ont été réalisées par l'autorité contractante, sauf dans le cas où ces études datent de 60 mois au moins ou sont réputées manifestement caduques. La caducité renvoie au cas d'une étude de moins de 60 mois rendue obsolète par des décisions ou des incidents qui modifient sensiblement la situation géographique, le périmètre et/ou le dimensionnement financier, technique du projet.

De plus, le porteur du projet doit s'engager à réserver une part significative à l'emploi de la main d'œuvre locale, à favoriser le transfert de technologie et la sous-traitance aux opérateurs économiques nationaux.

L'autorité contractante doit vérifier que le porteur de l'offre spontanée :

- possède des références démontrant sa capacité technique à conduire le projet ;
- présente des engagements de financement relatifs à son projet ;
- possède la capacité juridique de contracter avec l'État.

L'autorité contractante doit également s'assurer que les principaux dirigeants de l'entreprise porteuse de l'offre spontanée n'ont pas fait l'objet de condamnation pénale liée à leur activité professionnelle.

Enfin, pour que l'offre spontanée puisse être évaluée et considérée recevable par l'autorité contractante, le porteur de l'offre spontanée doit soumettre à l'autorité contractante l'ensemble des documents et informations listés ci-dessous :

- une note décrivant l'étendue et la durée des travaux à réaliser ;
- la description des solutions techniques proposées ;
- la compétitivité du projet (étude comparative, parangonnage...) ;
- les avantages économiques et financiers attendus du projet ;
- une analyse des risques liés au projet ;
- un schéma de répartition et d'atténuation de ces risques entre les parties ;
- le coût estimatif global du projet ;
- un plan de financement du projet assorti d'un modèle financier prévisionnel ;
- le détail des études complémentaires à réaliser ainsi que leur coût estimatif et leur mode et source de financement ;
- un avant-projet de contrat.

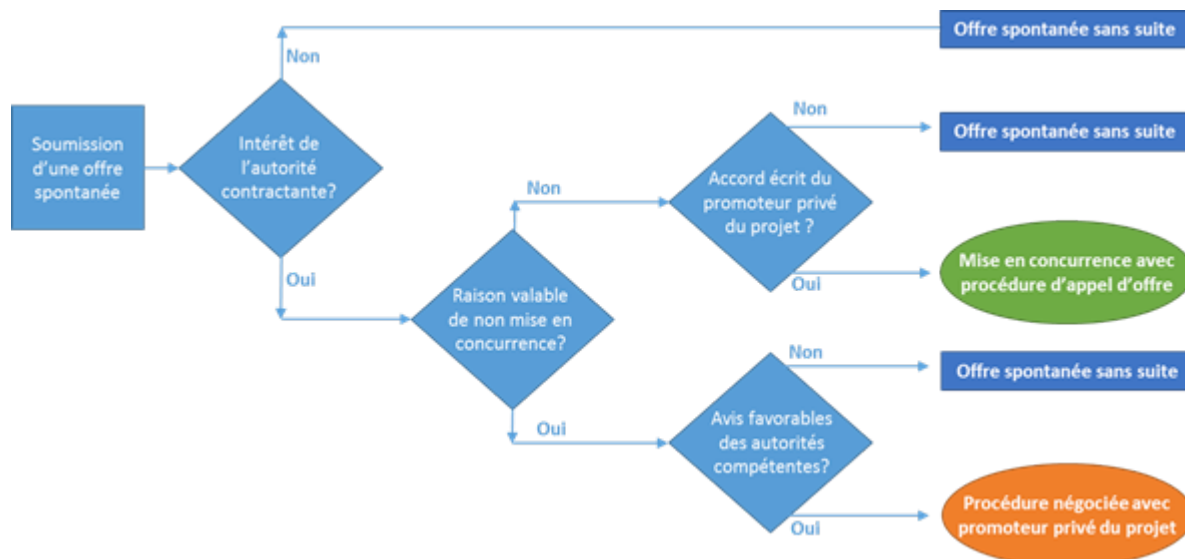
Processus d'évaluation et suites à donner aux offres spontanées

L'autorité contractante n'est, en aucun cas, tenue de donner suite à une offre spontanée, et peut décider de décliner la proposition quelle que soit la raison.

Par ailleurs, si l'autorité contractante n'est pas certaine de l'intérêt d'une offre spontanée ou qu'elle juge le dossier soumis incomplet, elle peut également demander des informations complémentaires au promoteur privé du projet, auteur de l'offre spontanée, qui est lui-même entièrement libre d'accéder ou non à cette requête.

Ainsi, selon l'intérêt porté par l'autorité contractante au projet, et en fonction des autorisations données par les différentes parties prenantes des projets en PPP au Sénégal, différentes issues sont envisageables (voir schéma ci-dessous).

En tout état de cause, l'autorité contractante ne doit prendre aucune initiative sans l'accord préalable des avis préalable du CNAPPP et du ministère chargé des finances.



Processus de contractualisation

a. Privilégier la mise en concurrence

Pour garantir la qualité des offres et favoriser la transparence, l'autorité contractante cherchera à privilégier la mise en concurrence de l'offre spontanée.

Pour donner suite à une offre spontanée, l'autorité contractante peut, sous réserve de l'accord du promoteur privé de l'offre initiale, mettre en place une procédure d'appel d'offres ouverte (voir transaction).

Le dossier d'appel d'offres est élaboré sur la base des études préalables réalisées par l'auteur de l'offre spontanée. Ce dernier aura précisé par écrit à l'autorité contractante les données confidentielles ou de propriété intellectuelle qui ne peuvent être divulguées dans le DAO.

Le porteur de l'offre spontanée participe à la procédure d'appel d'offres dans les mêmes conditions que les autres candidats. Dans le cadre de la loi sur les contrats de partenariat, il peut néanmoins bénéficier d'une marge de préférence (avantage sur le score d'évaluation de l'offre).

L'attribution d'une marge de préférence aux porteurs d'offre spontanée dans le cadre d'une mise en concurrence est pratiquée dans de nombreux pays. L'avantage donné à l'auteur de l'offre spontanée prend la forme d'un bonus généralement compris entre 5 et 10 % du score d'évaluation final (technique et financier) de l'offre. Par opposition à d'autres formes d'avantages pratiquées à travers le monde, cette formule représente un bon moyen de favoriser la mise en concurrence sans décourager les sociétés privées de s'engager dans la préparation d'offres spontanées sérieuses.

Sur la base d'une demande motivée de l'autorité contractante avant le lancement de la procédure d'appel d'offre, la marge de préférence est accordée par le Comité national d'appui aux partenariats public-privé (CNAPPP) qui en précise le niveau et les modalités d'application.

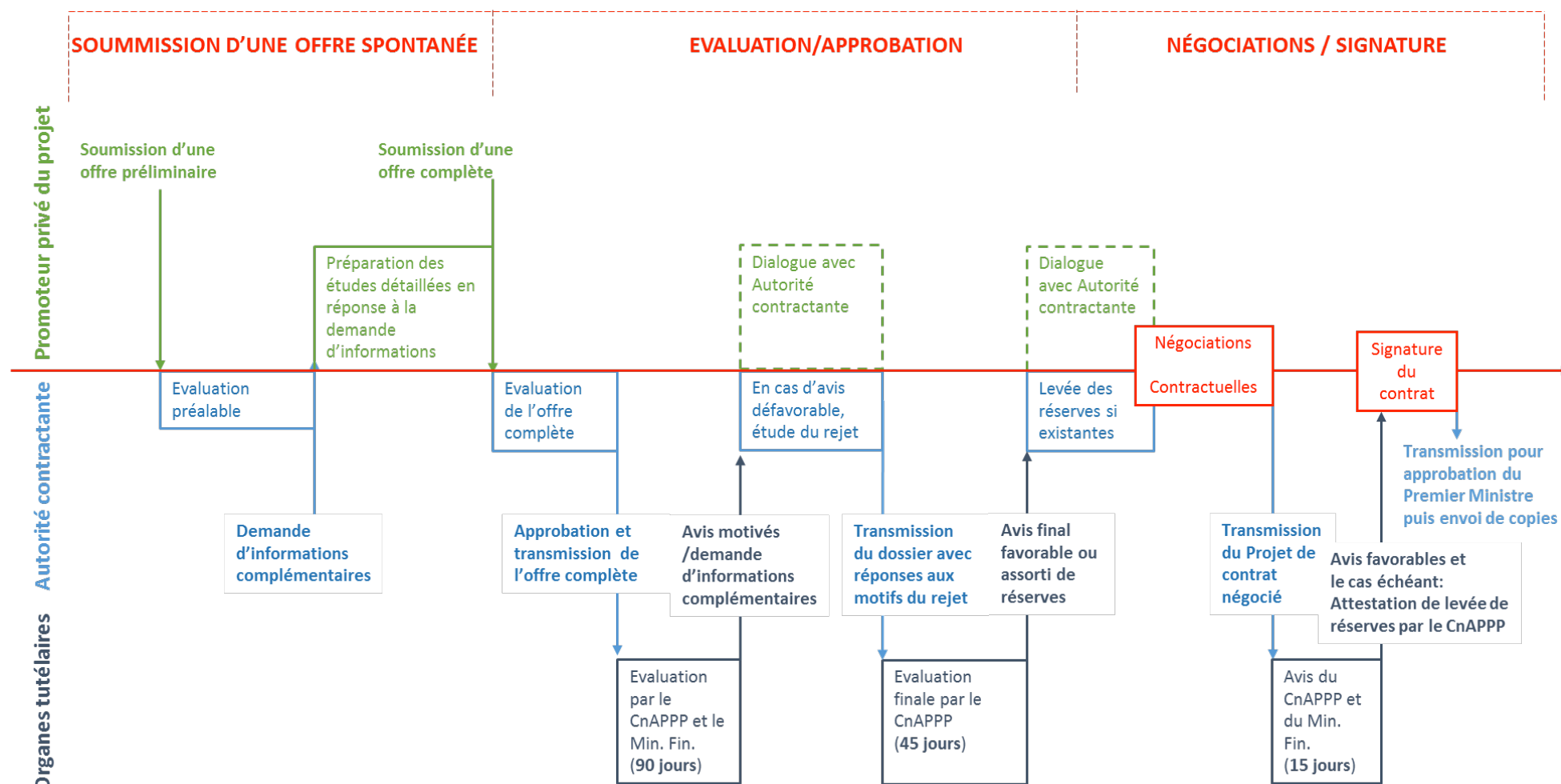
b. Gérer le recours à la procédure négociée

Dans certains cas, le recours à une procédure de négociation directe avec le promoteur privé de l'offre se justifie.

Le schéma ci-dessous présente une synthèse des différentes étapes de la procédure de négociation directe (ces étapes sont précisées dans la loi sur les contrats de partenariat et explicitées ci-après).

Pendant toute la procédure, l'interlocuteur unique de l'opérateur privé porteur de l'offre spontanée est l'autorité contractante. L'opérateur privé ne doit en interagir ni avec le ministère des Finances, ni avec le CNAPPP.

Les différentes étapes de la procédure négociée selon la loi sur les contrats de partenariat :



Conditions du recours à une procédure négociée

Le recours à la procédure négociée avec le promoteur privé du projet (sans mise en concurrence) ne peut pas être considéré comme une issue évidente.

Avant de saisir le CNAPPP et le ministre chargé des finances pour examen et avis, l'autorité contractante doit elle-même vérifier la conformité de l'offre aux conditions d'acceptation de la procédure négociée, précisées dans l'article 25 de la loi relative aux contrats de partenariat. Les points de conformité à vérifier sont les suivants.

- L'offre spontanée correspond à tous les critères de recevabilité présentés dans la section précédente.
- Le coût estimatif global de l'offre spontanée est supérieur ou égal à 50 milliards FCFA pour les projets portés par l'État (Article 13 du décret portant application de la loi 2014-09 du 20 février 2014 relative au contrats de partenariat) ou supérieur à un seuil fixé par décret pour les autres organismes publics.
- L'offre spontanée remplit au moins deux des trois conditions suivantes :
 - la part de financement privé du projet représente au moins 70 % des coûts d'investissements initiaux du projet. Dans ce cas, le porteur de l'offre spontanée doit donner des preuves concrètes que le projet est financièrement viable pendant toute la durée de vie du projet ;
 - le projet est compétitif par rapport aux conditions générales du marché : les coûts du projet sont proches de ceux présentés dans des bordereaux associés à des marchés similaires, les coûts réel de financement du projet (taux d'intérêt, durée d'amortissement et échéanciers de remboursement...) correspondent aux coûts de financements constatés sur des projets similaires ;
 - le projet constitue une innovation technologique ou technique de pointe et fournit des solutions économiques et écologiques viables indispensables à l'autorité contractante.

Évaluation et Approbation de l'offre spontanée

Si l'offre spontanée est acceptée par l'autorité contractante et recevable selon la procédure négociée, elle est soumise au CNAPPP et au ministre chargé des finances. Ces derniers évaluent l'offre et, en s'appuyant éventuellement sur des expertises indépendantes, émettent un avis motivé.

L'avis du CNAPPP porte sur les points suivants :

- la conformité de l'offre avec les conditions de recours à la procédure négociée ;
- la cohérence globale du projet et sa conformité à la politique de l'Etat ;
- la qualité et la pertinence des solutions techniques ;
- l'analyse coûts/avantages du projet ;
- le taux de rentabilité économique du projet ;
- la compétitivité du mode de financement ;
- la répartition rationnelle des risques entre les parties ;
- le potentiel de création d'emplois ;
- les modalités de transfert de technologie ;
- la qualité du montage contractuel et financier proposé ;

L'avis du ministère des Finances porte exclusivement sur la « soutenabilité » budgétaire des engagements de l'État au titre du projet (viabilité économique et financière du projet).

Le CNAPPP et le ministre chargé des finances disposent de 90 jours ouvrables pour donner leurs avis motivés à l'autorité contractante (une non réponse valant accord tacite). Ces entités ont également la possibilité de demander des informations complémentaires sur le dossier avant l'échéance des 90 jours. Le délai compris entre la demande d'informations complémentaires et leur réception n'est pas pris en compte dans le délai réglementaire de 90 jours.

L'avis du ministère des Finances doit être conforme et ne peut faire l'objet d'aucun recours.

L'avis du CNAPP peut être favorable, assorti de réserves ou défavorable.

En cas d'avis défavorable du CNAPPP, l'autorité contractante peut à nouveau transmettre le dossier avec corrections aux motifs du rejet au CNAPPP qui dispose alors d'un nouveau délai de 45 jours pour émettre un nouvel avis.

En cas d'avis assorti de réserves (incluant par exemple des remarques sur les ajustements ou les améliorations à apporter au projet, les coûts, les études complémentaires à réaliser, les positions de négociations à adopter par l'autorité contractante) ou en cas d'avis favorable du CNAPPP, l'autorité contractante peut passer à l'étape suivante.

Autorisation de procéder à la négociation du contrat

Avant d'engager les négociations directes avec le porteur de l'offre spontanée, l'autorité contractante sollicite l'autorisation de procéder à la négociation du contrat de partenariat auprès du Premier ministre ou de l'organe délibérant habilité.

Cette autorisation est donnée, sur la base des avis du CNAPPP et du ministre chargé des finances, par :

- le Premier ministre si l'autorité contractante est l'État, ou
- l'organe délibérant des autres personnes morales de droit public si l'autorité contractante est une collectivité locale, un établissement public, une agence, une société anonyme à participation publique majoritaire, une société nationale ou une association ou un groupement de ces personnes morales.

En cas d'obtention de l'autorisation, l'autorité contractante peut entamer les négociations contractuelles avec le porteur de l'offre spontanée.

Si cette autorisation n'est pas donnée, l'autorité contractante peut décider de poursuivre le processus de sélection de l'offre spontanée en négociant avec le porteur de l'offre spontanée la mise en concurrence de l'offre.

Négociation et Signature

L'échec des négociations doit être sanctionné par un procès-verbal de clôture signé par l'autorité contractante et le partenaire privé. Dans le cas où cela n'est pas fait, il ne peut plus être accepté aucune offre portant sur le même projet.

En cas de négociations fructueuses, le projet de contrat négocié, ses annexes et le procès-verbal de clôture des négociations sont transmis au CNAPPP et au ministre des Finances, qui disposent d'un délai de 15 jours pour émettre des avis ou observations.

Si des avis assortis de réserve ont été émis à l'étape précédente, le CNAPPP doit alors vérifier que les points soulevés ont bien été traités pendant la négociation du contrat et avant la signature de ce dernier. À cet effet, l'autorité contractante doit soumettre au CNAPPP un dossier complet comprenant les documents contractuels et le dossier technique et financier du projet, au moins 20 jours avant la signature du contrat.

- Le cas échéant, le CNAPPP délivre une attestation de levée de réserves à l'autorité contractante qui peut alors procéder à la signature du contrat.
- S'il n'y a pas levée des réserves et que l'attestation n'est pas délivrée, la procédure de négociation directe est annulée sans aucune possibilité de rémunération du porteur de l'offre spontanée. Dans ce cas, avec accord écrit du porteur de l'offre spontanée, l'autorité contractante peut entamer une nouvelle procédure d'appel d'offres (procédure ouverte).

De manière générale, si à l'issue des négociations le CNAPPP juge que les conditions qui ont motivé son acceptation de l'offre en procédure négociée ne sont plus réunies, il peut statuer sur la suite à donner au projet après avoir informé le Premier ministre ou l'organe ayant autorisé la procédure négociée.

En cas d'avis favorables du CNAPP et du ministère des Finances sur les projets de contrats et les procès-verbaux de négociation, le contrat est signé par les parties et soumis à l'approbation du Premier ministre.

Dans les quinze jours suivant l'approbation par le Premier ministre du contrat signé, l'autorité contractante doit transmettre une copie du contrat signé et approuvé au CNAPPP et au Conseil des infrastructures.