

II. La réception du dialogue compétitif en droit positif belge : de Eupen à Kinshasa avec Haren en toile de fond

39. Le dialogue compétitif connaît actuellement un certain essor, à l'échelle européenne et belge, en matière de partenariats publics-privés portant notamment sur des opérations immobilières publiques⁴⁹. Comme le confirme la jurisprudence, cette nouvelle procédure n'a pas rendu obsolète ou exclu le recours à la procédure négociée pour des marchés comparables. Il convient donc, d'une part, de déterminer ce qui, à l'heure actuelle, peut faire glisser le curseur entre l'une ou l'autre procédure et, d'autre part, de montrer comment ce curseur a été manié en Belgique.

i) Pour l'Europe, la procédure négociée est (encore) d'exception tandis que le dialogue compétitif est une procédure « particulière »

40. Le principe a été longuement martelé par la Commission européenne, la Cour de Justice⁵⁰ et la jurisprudence nationale⁵¹ : la procédure négociée avec publicité (tout comme, d'ailleurs, la procédure négociée sans publicité) constituait, dans les secteurs classiques⁵² – et jusqu'à l'entrée en vigueur de la Directive 2014/24 –, une procédure *exceptionnelle*, dont les conditions d'utilisation doivent donc s'interpréter de manière restrictive, en raison des dérogations aux règles de concurrence et de transparence que son usage autorise⁵³.

Dans la perspective de la présente contribution, il nous faut essentiellement revenir sur une hypothèse actuelle de recours à cette procédure, qui s'est trouvée au cœur, tant au niveau européen que belge, de la confrontation entre dialogue compétitif et procédure négociée : le recours autorisé à la procédure négociée avec

files/files/directions_services/daj/marches_publics/conseil_acheteurs/fiches-techniques/preparation-procedure/partenerariat-innovation.pdf. Le projet de loi adopté le 12 mai 2016 à la Chambre, précité, reprend cette procédure non obligatoire en ses articles 40 (secteurs classiques) et 122 (secteurs spéciaux).

⁴⁹ Voyez en ce sens S. VAN GARSE, *op. cit.*, p. 15 et les références citées.

⁵⁰ Voyez notamment C.J.C.E. (Grande chambre) n° C-337/05, 8 avril 2008 (Commission/Italie), C.J.C.E. (2e ch.) n° C-84/03, 13 janvier 2005 (Commission/Espagne) et considérant n° 106 de l'arrêt C-292/07 du 23 avril 2009, *Commission c. Royaume de Belgique*.

⁵¹ Voyez également C.E., n° 212.877, du 29 avril 2011, *s.a. Groupe De Boeck* ; C.E., n° 192.241, du 7 avril 2009, *s.p.r.l. Gauthier Coton Architectures et crts* ; C.E., n° 174.070 du 22 août 2007, *nv Verheyen Graphics*.

⁵² Pour rappel, la procédure négociée avec publicité constitue en revanche une procédure de droit commun en secteurs spéciaux, pour lesquels seule la procédure négociée sans publicité revêt un caractère exceptionnel.

⁵³ S. ARROWSMITH et S. TREUMER, *op. cit.*, p. 41. Voyez C.E., arrêts SA Axa Belgium et société en commandite par actions Befimmo, n° 163.472 du 11 octobre 2006 ; SA Les entreprises Gilles Moury, n° 167.381 du 1^{er} février 2007.

publicité lorsque, « ***dans des cas exceptionnels***⁵⁴, il s'agit de travaux, de fournitures ou de services ***dont la nature ou les aléas ne permettent pas une fixation préalable et globale des prix*** »⁵⁵ (nous soulignons).

Il s'agit donc de situations dans lesquelles le pouvoir adjudicateur ne disposerait pas, pour des raisons indépendantes de sa volonté, d'une vision précise et d'ensemble des travaux à réaliser, de sorte qu'il ne lui serait pas possible d'en fixer le prix global lors du lancement du marché, voire même lors de son attribution.

La Commission européenne a toujours estimé à cet égard, par une interprétation littérale extrêmement stricte, que seules des situations tout-à-fait exceptionnelles tenant à la nature même ou à l'ampleur des travaux à réaliser peuvent justifier l'application de cette hypothèse, à l'exclusion de toute autre forme d'incertitude entourant le projet. Elle rejette, en particulier, la possibilité que les « aléas » invoqués aient trait à la complexité éventuelle du montage juridico-financier à mettre en place⁵⁶.

Les exemples qu'elle en donne sont dès lors très spécifiques et très rares dans la pratique :

- des travaux à réaliser dans une zone instable géologiquement ; ou
- des travaux susceptibles de révéler des sites de fouilles archéologiques ;

pour lesquels il est impossible de déterminer de manière certaine, à l'entame de la procédure, l'ampleur des travaux à réaliser et, partant, leur prix.

Toujours selon la Commission, il doit donc être impossible, pour des raisons techniques, au sens strict du terme, de fixer préalablement le prix de l'ouvrage. Le simple fait qu'il serait souhaitable de ne pas fixer préalablement ce prix, notamment afin de stimuler la concurrence, ne suffit pas⁵⁷.

A défaut dès lors de pouvoir justifier la réunion des conditions exceptionnelles de recours à cette hypothèse de procédure négociée, le pouvoir adjudicateur devrait se tourner vers d'autres modes de passation... et s'il entend malgré tout pouvoir négocier dans le cadre de l'attribution de son marché, l'alternative était, selon la Commission et jusqu'à l'entrée en vigueur de la Directive 2014/24, unique : le dialogue compétitif.

41. On l'a vu, le recours au dialogue compétitif requiert actuellement, de son côté, la démonstration, par le pouvoir adjudicateur, de ce qu'il se trouve face à un marché « *particulièrement complexe* », ce qui suppose qu'il :

⁵⁴ On relèvera donc qu'il s'agit d'une hypothèse exceptionnelle à double titre !

⁵⁵ Article 30.1.b de la Directive 2004/18/CE et article 26, § 2, 1°, b) de la loi du 15 juin 2006 relative aux marchés publics de travaux, de fournitures et de services.

⁵⁶ Livre vert sur les partenariats public-privé et le droit communautaire des marchés publics et des concessions, Bruxelles, 30 avril 2004, COM (2004) 327 final.

⁵⁷ S. ARROWSMITH: *The law of Public and Utilities Procurement*, Londres, Sweet & Maxwell, 1996, p. 268.

- n'est objectivement pas en mesure de définir les moyens techniques pouvant répondre à ses besoins et à ses objectifs, et/ou ;
- n'est objectivement pas en mesure d'établir le montage juridique et/ou financier d'un projet ;

de telle sorte qu'il estime que le recours à la procédure ouverte ou restreinte ne permettra pas d'attribuer le marché.

Le considérant n° 31 de la Directive 2004/18/CE évoque comme exemples de projets particulièrement complexes « *la réalisation d'importantes infrastructures de transport intégrées, la réalisation de grands réseaux informatiques ou la réalisation de projets comportant un financement complexe et structuré, dont le montage financier ou juridique ne peut pas être prescrit à l'avance* ».

Dans sa Fiche explicative, la Commission donne également les exemples suivants de marchés particulièrement complexes, tous en lien avec des opérations immobilières publiques :

- hésitation du pouvoir adjudicateur entre la construction d'un pont et le forage d'un tunnel pour la liaison entre deux rives d'un fleuve ;
- marchés pour lesquels le pouvoir adjudicateur ne peut prévoir si les soumissionnaires seront prêts à supporter les risques qui y sont associés, ce qui ne permet pas de déterminer à l'avance, par exemple, si le contrat se présentera sous la forme d'un marché public ou d'une concession ;
- hypothèses où le pouvoir adjudicateur souhaite voir construire, financer et exploiter pour une longue période des équipements (écoles, prisons, etc.) par un partenaire privé ;
- projet de restructuration d'une école dont le pouvoir adjudicateur entend minimiser les coûts en laissant la faculté aux opérateurs économiques de proposer différentes manières de se rémunérer en utilisant des terrains appartenant au pouvoir adjudicateur pour des fins diverses (construction de logements, facilités sportives, ...), accompagnées ou non de paiements.

La Mission d'appui aux P.P.P. en France illustre la complexité de tels marchés par « *le souhait de restructurer un équipement public au moindre coût en demandant aux partenaires privés de proposer des solutions de valorisation du terrain support de l'opération* ».

La complexité juridique d'un projet peut résulter bien souvent de la difficulté de la personne publique à appréhender ex ante avec suffisamment de précision et de fiabilité la répartition des risques que les opérateurs privés sont prêts à accepter. C'est l'un des principaux intérêts du dialogue compétitif que de permettre au cocontractant public d'apprécier ce que le marché est capable d'accepter en termes de transfert de risques et d'optimiser par là même le coût global du projet »⁵⁸.

⁵⁸ Fiche MAPP/06-06b, « Urgence, complexité et efficience économique », version du 28 septembre 2010.

L'aspect « objectif » paraît signifier que l'incapacité dans laquelle le pouvoir adjudicateur se trouve de définir la solution correspondant à ses besoins ne peut lui être imputable. Cette incapacité doit découler des caractéristiques mêmes du projet ou des circonstances entourant sa conception. Les moyens dont dispose – ou non – le pouvoir adjudicateur doivent également être pris en considération : ainsi, « *si par des moyens raisonnables⁵⁹ il peut être en mesure de définir les moyens techniques nécessaires ou établir le montage juridico-financier, alors le recours au dialogue compétitif n'est pas possible* »⁶⁰. De même, il convient de prendre en considération l'*expérience* que le pouvoir adjudicateur peut avoir acquise de procédures similaires : ainsi, si un marché donné peut être considéré comme complexe dans le chef d'une autorité, d'autres marchés subséquents comparables ne le seront peut-être plus⁶¹.

42. Au vu de ce qui précède, on peut constater que les hypothèses de recours à la procédure de dialogue compétitif ne sont pas strictement délimitées, doivent s'apprécier au cas par cas et laissent, pour cette appréciation, une certaine marge discrétionnaire au pouvoir adjudicateur concerné.

La Commission semblait, d'ailleurs, abonder elle-même en ce sens : alors que jusqu'à la Directive 2014/24, elle qualifiait la procédure négociée d'exceptionnelle, elle indiquait en revanche que le dialogue compétitif est « *une procédure particulière dont le recours est réglementé* » – il semble donc que l'intention avait été d'en rendre l'usage plus facile à justifier que celui de la procédure négociée⁶² –.

Selon S. ARROWSMITH et S. TREUMER, il ne serait dès lors pas approprié d'interpréter les conditions de recours au dialogue compétitif aussi restrictivement qu'on avait

⁵⁹ La Commission précise cependant dans sa Fiche explicative que ces moyens ne peuvent aller jusqu'à exiger du pouvoir adjudicateur qu'il organise une première procédure complète, de concours par exemple, afin de sonder le marché. En revanche, il convient de tenir compte de la possibilité dont disposent désormais officiellement les pouvoirs adjudicateurs de réaliser une prospection préalable du marché, prévue en droit belge par l'article 5 de l'arrêté royal du 15 juillet 2011. Selon J. DEBIEVRE, toutefois, l'absence d'organisation préalable d'une prospection de marché ne peut être considérée comme excluant *ipso facto*, dans le chef du pouvoir adjudicateur concerné, l'invocation de l'impossibilité objective requise par le recours à la procédure de dialogue compétitif ; le bénéfice éventuel d'une prospection préalable du marché doit être appréhendée *in concreto* et au cas par cas (« Markverkenning en concurrentiedialoog : het overbruggen van de kennisloof », in S. VAN GARSE (dir.), *De concurrentiedialoog*, op. cit., p. 40).

⁶⁰ Fiche explicative de la Commission européenne sur le dialogue compétitif, page 2.

⁶¹ Voyez en ce sens, S. VAN GARSE, op. cit., p. 10, citant le commissaire européen Bolkestein : « *An example of where the competitive dialogue might apply is a complex public private partnership where the authority might want to offset part or all of the operational, financing or risk factors of a given project but where the complexities are so great that it does not know how to go about structuring the project. So the first few times such a complex infrastructure project is undertaken, it might come within this category. That may not be the case, however, where there have already been similar projects to learn from* » (Noordijk, 8 novembre 2002).

⁶² M. BURNETT op. cit., p. 65.

coutume de le faire pour les hypothèses d'utilisation de la procédure négociée⁶³. Ainsi, le dialogue compétitif serait applicable, non pas seulement lorsque le pouvoir adjudicateur n'aperçoit *aucune* solution⁶⁴ de réponse à ses besoins, mais simplement s'il ne peut identifier *la meilleure* solution technique, juridique et/ou financière, ne pouvant déterminer *tout ce que le marché a à lui offrir*⁶⁵.

Il ne s'agit donc pas d'une impossibilité *absolue*, mais bien *relative* de définir la solution recherchée par le pouvoir adjudicateur. Les inconvénients qu'emporterait cette recherche par d'autres voies, en termes de temps, de coût, voire de restriction de la concurrence doivent également être appréhendés : en effet, à supposer que le pouvoir adjudicateur n'ait d'autre choix, afin d'identifier la réponse possible à ses besoins, que de scinder sa recherche de solution en deux marchés distincts – l'un d'études préalables, l'autre de réalisation –, une telle démarche comporte le risque non négligeable de devoir exclure tous ou certains des opérateurs économiques – et en particulier, l'adjudicataire – ayant pris part au premier marché de la participation au second, eu égard aux règles d'incompatibilité prévues, elles aussi, par la réglementation⁶⁶.

Aussi, en combinant la *subjectivité*⁶⁷ de la définition du marché complexe à l'appréciation *raisonnable* des capacités objectives du pouvoir adjudicateur de rechercher la définition de ces besoins, ces auteurs aperçoivent dès lors le dialogue compétitif comme une véritable aubaine pour les pouvoirs adjudicateurs en mal de justification du choix du recours à une procédure *avec négociations* : « *a contracting authority enjoys discretion in determining whether open or restricted procedures could be used instead for the contract* »⁶⁸.

On peut en conclure que, contrairement au contrôle des hypothèses de recours à la procédure négociée, qui sont d'interprétation restrictive, le contrôle du juge sur le recours au dialogue compétitif est supposé se limiter à l'existence d'une erreur manifeste d'appréciation, laissant donc une marge discrétionnaire plus importante au pouvoir adjudicateur⁶⁹.

43. Mais l'interprétation du « marché particulièrement complexe » présente également un deuxième effet d'aubaine, cette fois pour la Commission elle-même, en termes de régulation des commandes publiques. En effet, la Commission glisse habilement dans le cadre des exemples qu'elle donne concernant le

⁶³ S. ARROWSMITH et S. TREUMER, *op. cit.*, pp. 41-43. Dans le même sens, S. VAN GARSSE, *op. cit.*, p. 9.

⁶⁴ Sous réserve, bien évidemment, des spécificités nationales (voyez l'exemple portugais relevé plus haut).

⁶⁵ S. ARROWSMITH et S. TREUMER, *op. cit.*, p. 44.

⁶⁶ S. ARROWSMITH et S. TREUMER, *op. cit.*, p. 45. Voyez, dans le même sens, J. DEBIEVRE, *op. cit.*, p. 38.

⁶⁷ S. ARROWSMITH et S. T. TREUMER, *op. cit.*, p. 48.

⁶⁸ *Idem*, p. 47.

⁶⁹ Dans le même sens, C. DUBOIS et J. DUVAL, *op. cit.*, p. 365.

champ d'application de cette procédure dans sa Fiche explicative, l'hypothèse du pouvoir adjudicateur « prudent », qui éprouverait un doute quant à la qualification de celle-ci en marché ou en concession, selon les risques que les opérateurs économiques accepteraient *in fine* de supporter :

« Dans cette situation un pouvoir adjudicateur ayant estimé plus probable que le marché deviendrait une concession et ayant par conséquent appliqué une procédure autre que celle prévue pour les marchés (...) se trouverait devant des choix difficiles si au bout de la procédure il devait s'avérer que le contrat serait malgré tout un marché public et non pas une concession. En effet, le pouvoir adjudicateur pourrait soit conclure le marché et commettre une infraction au droit communautaire avec tous les risques de recours ou procédures en manquement qui s'ensuivent ou bien annuler la procédure et recommencer en appliquant une des procédures prévues pour la passation d'un marché public. Dans de tels cas, le dialogue compétitif permet d'éviter ces problèmes : en effet, les exigences procédurales seraient satisfaites que le contrat résulte en un marché public ou une concession ».

Ainsi, pour tous ces cas « limites », le spectre de la requalification permet à la Commission de faire entrer les concessions⁷⁰ dans le champ des marchés publics, subtilement élargi d'autant⁷¹.

⁷⁰ Au-delà de cette hypothèse, il convient également de relever que – tout comme en ce qui concerne les marchés passés dans les secteurs spéciaux –, en l'état actuel du droit européen, rien n'empêche évidemment un pouvoir adjudicateur ou une entité adjudicatrice de passer une « vraie » concession selon une procédure de mise en concurrence inspirée du dialogue compétitif : s'agissant, en effet, d'un instrument européen visant à garantir l'égalité, la transparence et la concurrence effective entre opérateurs économiques, il est nécessairement de nature à permettre au pouvoir ou à l'entité concernée de justifier du respect des principes fondamentaux du Traité dans le cadre de l'attribution de ses concessions. Il ne pourrait en être autrement que si la législation nationale d'un Etat membre établissait par elle-même un cadre défini pour la passation de tels contrats, excluant le recours à pareille procédure.

⁷¹ Et cet effet d'aubaine n'est pas nécessairement voué à disparaître à l'avenir, même si le nouveau « paquet » de directives « marchés publics » comporte également une directive spécifique à l'attribution des contrats de concessions (Directive 2014/23/UE du 26 février 2014, J.O.U.E., 28 mars 2014, L 94/1). En effet, d'une part, la définition du champ d'application de cette directive laisse penser, au premier coup d'œil, qu'elle aura surtout pour effet de multiplier les doutes quant au départ entre marché et concession ; d'autre part, cette nouvelle directive n'établit aucune procédure précise d'attribution des concessions, mais uniquement les principes généraux à respecter par les pouvoirs et entités attribuant de tels contrats, de sorte que ceux-ci pourraient également opter, dans ce cadre, pour le suivi d'une procédure calquée sur le dialogue compétitif...

ii) En Belgique, un usage « abusif » de la procédure négociée, fustigé par la Commission européenne, entraîne la transposition d'urgence et l'entrée en vigueur anticipée du dialogue compétitif...

44. Comme à son habitude, le législateur belge n'a pas fait montre d'une diligence irréprochable dans la transposition des directives européennes de 2004. Certes, une loi avait été sanctionnée et promulguée « dès » le 15 juin 2006⁷², mais il a fallu attendre sept ans pour la voir entrer en vigueur, le 1^{er} juillet 2013. Dans l'intervalle, la Belgique s'était fait condamner pour manquement à son obligation de transposition (arrêts de la C.J.C.E. C-287/07 et C-292/07 du 23 avril 2009, *Commission c. Royaume de Belgique*) et avait, cahin-caha, introduit progressivement dans ses textes antérieurs des « morceaux » des nouvelles directives⁷³, en vue de se conformer à ces condamnations et d'en éviter d'autres...

Dans ce contexte, la loi du 15 juin 2006 prévoyait, dès son adoption, l'introduction du dialogue compétitif en droit belge. S'agissant en principe d'une procédure dont la transposition était facultative, celle-ci n'avait logiquement vocation à s'appliquer dans notre pays qu'au jour où la nouvelle législation serait rendue effective dans son ensemble, par l'adoption de ses arrêtés d'exécution.

Et pourtant, le dialogue compétitif fit, en septembre 2011, une entrée rocambolesque dans le droit belge.

45. Cette entrée inattendue est la résultante d'une divergence d'interprétations de l'hypothèse de procédure négociée avec publicité déjà évoquée plus haut, concernant les marchés dont la nature ou les aléas ne permettent pas une fixation préalable et globale des prix.

En effet, une part de la doctrine belge a longtemps défendu (et défend encore, du moins partiellement – voyez *infra*) une lecture relativement large de cette exception, ne se limitant pas au champ d'application défini par la Commission européenne à cet égard, et exposé ci-dessus.

⁷² Loi du 15 juin 2006 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services, *M.B.*, 15 février 2007, p. 7355.

⁷³ Voyez notamment l'arrêté royal du 10 février 2010 modifiant certains arrêtés royaux exécutant la loi du 24 décembre 1993 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fourniture et de services, l'arrêté royal du 29 septembre 2009 modifiant la loi du 24 décembre 1993 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fourniture et de services et certains arrêtés royaux pris en exécution de cette loi, l'arrêté royal du 31 juillet 2008 modifiant certains arrêtés royaux pris en exécution de la loi du 24 décembre 1993 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fourniture et de services, l'arrêté royal du 23 novembre 2007 modifiant la loi du 24 décembre 1993 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fourniture et de services et certains arrêtés royaux pris en exécution de cette loi, ainsi que la loi du 23 décembre 2009 introduisant un nouveau livre relatif à la motivation, à l'information et aux voies de recours dans la loi du 24 décembre 1993 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fourniture et de services.

Ainsi, selon cette doctrine, cette exception pouvait/pourrait s'appliquer à de nombreux contrats de construction pour lesquels il ne serait pas possible de déterminer de manière précise et détaillée le prix – ou les prix (unitaires) – afférent(s) à la réalisation de l'ouvrage⁷⁴.

Les exemples généralement évoqués sont ceux des « contrats cadres » et des projets de partenariat public-privé (« P.P.P. ») :

- projet de rénovation d'un complexe scolaire impliquant la rationalisation de l'utilisation des parcelles concernées et leur réaffectation à d'autres usages (appartements, plaines de jeux, parkings souterrains, etc.), au choix du soumissionnaire recevant la propriété des parcelles ainsi dégagées ;
- projet de construction d'un tunnel dans d'éventuelles conditions géologiques incertaines dont la prise en charge du risque doit être négociée ou dont il est impossible de préciser le taux probable de fréquentation ;
- projet de construction d'une prison dont on ne peut déterminer de manière certaine, à l'avance, combien de cellules seront effectivement nécessaires.

Le raisonnement est que, dans le cadre des grands projets d'infrastructure réalisés selon ces schémas contractuels, le partage des risques entre le pouvoir adjudicateur et le développeur du projet joue un rôle crucial dans la détermination de son prix qui ne peut être établi ni estimé de manière unilatérale dans le cahier spécial des charges.

De même, la définition précise des contours du projet à réaliser doit également pouvoir être soumise à négociation afin d'optimiser le partage des risques et le coût global de l'ouvrage.

Il est, dès lors, souhaitable de permettre aux soumissionnaires de dégager et discuter les variations possibles du projet afin de mettre le pouvoir adjudicateur en mesure de prendre la meilleure décision quant à l'exécution finale du marché⁷⁵.

En jurisprudence, et jusqu'en 2011 en tous cas, on trouvait toutefois peu de décisions relatives à cette hypothèse. On notera essentiellement les deux exemples suivants :

- la récupération et l'élimination d'épaves au fond d'un canal (C.E., arrêt n° 77.749, du 21 décembre 1998, *nv Hydrex*) ;
- le DBFM pour la jonction « Oosterweel » à Anvers (C.E., arrêt n° 166.264, du 21 décembre 2006, *nv Ondernemingen Jan De Nul*).

⁷⁴ Voyez notamment S. VAN GARSSE, « Wijzen van gunnen », in *De gunning van overheidsopdrachten*, D. D'HOOGHE (dir.), Bruges, die Keure, 2009, pp. 282-283 ; dans le même sens, D. D'HOOGHE et N. KIEKENS, « Valt de knoop van concurrentiedialoog en onderhandelingsprocedure ooit te ontwarren ? », in S. VAN GARSSE (dir.), *De concurrentiedialoog*, Bruges, Die Keure, 2014, pp. 145 et s. ainsi que D. D'HOOGHE et N. KIEKENS (dir.), *De gunning van overheidsopdrachten*, Bruges, Die Keure, 2016, pp. 232 et s.

⁷⁵ Cet argument rejoignant la doctrine de S. ARROWSMITH, *The law of Public and Utilities Procurement*, Londres, Sweet & Maxwell, 1996, pp. 566-567.

La Commission fédérale des marchés publics précisait de son côté que cette hypothèse de procédure négociée avec publicité correspondait au cas « où l'Administration maître d'ouvrage se trouve dans l'impossibilité d'élaborer une étude complète des travaux à exécuter, en raison à la fois de l'insuffisance de ses moyens et de la nécessité de procéder à l'adaptation constante de l'étude et de l'exécution des travaux au fur et à mesure de leur réalisation, et ce en raison de la complexité de l'ouvrage et des sujétions techniques inconnues aussi multiples qu'importantes que seule la réalisation de l'entreprise permet de découvrir »⁷⁶.

46. C'est sans doute sur la base de cette lecture souple que la Communauté germanophone a lancé, en 2010, une procédure négociée avec publicité pour l'attribution d'un marché de travaux portant sur la conception, la remise à neuf, la construction, le financement et l'entretien de locaux appartenant à des établissements de son réseau d'enseignement.

Par un avis motivé préalable au lancement d'une procédure en manquement, la Commission européenne a toutefois critiqué ce qu'elle estimait être une utilisation abusive de la procédure négociée pour attribuer le marché en l'espèce. Son Communiqué de Presse relatif à cet avis motivé, daté du 24 novembre 2010 (IP-10-1598), laissait ainsi transparaître toute sa méfiance à l'égard de la procédure négociée⁷⁷.

⁷⁶ Documents 549-550, évoqués par M.-A. FLAMME et al., *Commentaire pratique de la réglementation des marchés publics 1996-1997*, Confédération nationale de la construction, Bruxelles, 1997, Tome 1, p. 340.

⁷⁷ « Passation de marchés publics : la Commission demande à la Belgique d'appliquer des procédures justes et transparentes pour les contrats concernant des bâtiments d'enseignement à Eupen

La Commission européenne a demandé à la Belgique de veiller à ce que les règles de l'UE en matière de marchés publics – c'est-à-dire l'achat de biens ou de services par les pouvoirs publics – soient convenablement appliquées, notamment dans le cas d'un contrat de travaux publics pour la conception, la remise à neuf, la construction, le financement et l'entretien d'établissements d'enseignement à Eupen. La Commission estime que le Belgique a enfreint la réglementation de l'UE en matière de marchés publics en adjugeant ce contrat à l'issue d'une procédure négociée non justifiée en l'espèce (cette procédure n'est autorisée que dans des circonstances exceptionnelles). Les règles de l'Union visent à garantir une concurrence juste et transparente en matière de marchés publics en Europe, de façon à ouvrir des possibilités aux entreprises européennes tout en garantissant une utilisation optimale des deniers publics. Le risque, dans le cas où ces règles ne sont pas respectées, est d'aboutir à un marché fermé et à un gaspillage d'argent public. La demande de la Commission à la Belgique prend la forme d'un avis motivé. Si la Belgique n'y répond pas de façon satisfaisante dans les deux mois, la Commission pourra saisir la Cour de justice de l'Union européenne.

(...)

Ce marché, qui porte sur un montant supérieur à 100 millions d'euros, a été attribué par le truchement d'une procédure négociée avec publication d'un avis de marché. Bien que cette procédure soit en principe ouverte à toutes les entreprises intéressées, le fait que les négociations se déroulent entre les pouvoirs publics et les différents soumissionnaires induit davantage de risques d'inégalité de traitement des soumissionnaires que la procédure ouverte ou la procédure restreinte, qui sont les procédures normales en vertu du droit de l'UE. En outre, la procédure négociée est beaucoup moins transparente.

(...) ».

Ce communiqué de presse n'évoque pas, de lui-même, l'alternative du dialogue compétitif au recours jugé abusif à la procédure négociée... C'est toutefois l'option qui sera retenue par le gouvernement belge, qui a pourvu à l'entrée en vigueur « anticipée » du dialogue compétitif, parmi les dispositions de la loi du 15 juin 2006, sans doute en vue de préserver aux pouvoirs adjudicateurs une capacité de négociation que les procédures « normales » évoquées par la Commission ne lui offriraient pas.

Cette interprétation de l'avis motivé de la Commission pouvait par ailleurs également s'appuyer sur la Fiche explicative du dialogue compétitif émise par cette dernière, qui sous-entendait déjà que le choix de la procédure de dialogue compétitif *s'imposait*, en quelque sorte, dans des cas semblables⁷⁸.

Quoi qu'il en soit, la Commission classera sans suite la procédure d'infraction initiée contre la Belgique le 24 novembre 2011⁷⁹, soit près de deux mois après l'entrée en vigueur dans notre pays de la procédure de dialogue compétitif...

47. Afin d'interrompre la procédure d'infraction initiée par la Commission européenne, l'Etat belge a donc adopté, le 12 septembre 2011, un arrêté royal « fixant, en ce qui concerne la procédure de dialogue compétitif, l'entrée en vigueur de la loi du 15 juin 2006 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services, et de ses règles d'exécution, ainsi que les modalités particulières d'application de cette procédure »⁸⁰.

Le Rapport au Roi précédant cet arrêté souligne que, en tant que tel, il ne pouvait être reproché à la Belgique de ne pas avoir déjà mis en œuvre le dialogue compétitif, mais que son « *entrée en vigueur anticipée* » est envisagée « *uniquement pour trouver une solution au problème d'application* » erronée de la procédure négociée avec publicité⁸¹.

⁷⁸ Fiche explicative, page 4, note infrapaginale n° 8, visant les utilisations abusives de l'hypothèse de procédure négociée relative à l'impossible fixation préalable et globale des prix, et concluant de la sorte : « *la procédure négociée avec publication n'est donc pas une alternative au dialogue compétitif dans des cas similaires* »...

⁷⁹ Décision du 24 novembre 2011 dans le cadre de la procédure « BE 2009/2339 – GERMAN-SPEAKING COMMUNITY – SCHOOLS PROJECT », citée par mention sous http://ec.europa.eu/eu_law/eulaw/decisions/dec_20111124.htm.

⁸⁰ M.B., 23 septembre 2011, p. 60.823.

⁸¹ Cet arrêté compose, en fonction des textes juridiques disponibles au moment de son adoption, un régime transitoire d'application « immédiate » de la procédure de dialogue compétitif, reposant sur :

- les dispositions de la loi du 15 juin 2006 nécessaires à son application, qu'il fait ainsi entrer en vigueur « *pour ce qui concerne la procédure de dialogue compétitif* » (article 2) ;
- l'arrêté royal, heureusement adopté quelques semaines plus tôt, du 15 juillet 2011 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques (M.B., 9 août 2011, p. 44.862), dans ses dispositions nécessaires à son application, qu'il fait donc également entrer en vigueur « *pour ce qui concerne la procédure de dialogue compétitif* » (article 3) ;

Le dialogue compétitif put donc être utilisé pour la passation de marchés publics en Belgique, selon ce régime hybride, à partir du 28 septembre 2011⁸². Comme le soulignait le Rapport au Roi, « *le présent arrêté est donc destiné à apporter une solution transitoire et n'a certainement pas pour but d'établir une réglementation qui perdure* »...

iii) Le régime « complet » de la nouvelle réglementation des marchés publics, tel qu'applicable à ce jour

48. Depuis le 1^{er} juillet 2013, la procédure de dialogue compétitif est, comme toutes les procédures de passation de marchés publics applicables en droit belge, intégralement soumise au nouveau cadre législatif et réglementaire, composé, pour les secteurs classiques, des lois du 15 juin 2006 et du 17 juin 2013⁸³ et des arrêtés royaux du 15 juillet 2011 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques⁸⁴ et du 14 janvier 2013 établissant les règles générales d'exécution des marchés publics et des concessions de travaux publics⁸⁵.

Conformément à l'arrêté royal du 2 juin 2013 fixant la date d'entrée en vigueur de la loi du 15 juin 2006 relative aux marchés publics et à certains marchés de

– les dispositions du Livre IIbis de la loi du 24 décembre 1993 concernant les recours, moyennant adaptation au regard des décisions susceptibles d'être adoptées au cours d'une procédure de dialogue compétitif (articles 5 à 13) ;

– les dispositions de l'arrêté royal du 26 septembre 1996 établissant les règles générales d'exécution des marchés publics et des concessions de travaux publics et le cahier général des charges en annexe à celui-ci. Concernant ce dernier texte, l'article 4, alinéa 2, de l'arrêté royal du 12 septembre 2011 permet toutefois d'y déroger – intégralement – par décision motivée, dans la mesure rendue indispensable par les exigences particulières d'un marché déterminé à passer dans le cadre d'un dialogue compétitif et dans le respect des règles impératives découlant du droit européen.

Cette dernière règle a ainsi permis au dialogue compétitif de présenter, transitoirement, un avantage pratique par comparaison à la procédure négociée avec publicité : cette dernière, en effet, permettrait l'attribution de marchés soumis par principe au Cahier général des charges, sauf dérogation expresse préalable et, dans les cas visés par l'article 3, § 1^{er}, alinéa 2, de l'arrêté royal du 26 septembre 1996, formellement motivée.

L'arrêté omet par ailleurs délibérément, comme s'en explique le Rapport au Roi, la possibilité d'appliquer le dialogue compétitif aux « *marchés subdivisés en lots ou fractionnés en tranches fermes et conditionnelles, ou encore ceux qui dès leur conclusion prévoient des reconductions, sont exclus du recours à la procédure de dialogue compétitif* », sur avis de la Commission belge des marchés publics, estimant qu'il pourrait « *être déduit d'une subdivision ou d'un fractionnement que le pouvoir adjudicateur est à même d'évaluer dans une certaine mesure le marché, et notamment les solutions permettant de le réaliser, et qu'il ne s'agit donc pas vraiment d'un marché très complexe* »...

En revanche, aucun seuil minimal, quant au montant du marché, n'a été retenu pour déterminer le champ d'application de cette procédure.

⁸² Date d'entrée en vigueur de l'arrêté royal du 12 septembre 2011 (article 14).

⁸³ Loi relative à la motivation, à l'information et aux voies de recours en matière de marchés publics et de certains marchés de travaux, de fournitures et de services, *M.B.*, 21 juin 2013, p. 39.949.

⁸⁴ *M.B.*, 9 août 2011, p. 44.862.

⁸⁵ *M.B.*, 14 février 2013, p. 8752.

travaux, de fournitures et de services, et de ses arrêtés royaux d'exécution⁸⁶, cette nouvelle réglementation s'applique aux marchés *publiés* à compter du 1^{er} juillet 2013.

Relevons que l'arrêté royal du 15 juillet 2011, pour sa part, n'exclut pas du champ d'application du dialogue compétitif les « *marchés subdivisés en lots ou fractionnés en tranches fermes et conditionnelles, ou encore ceux qui dès leur conclusion prévoient des reconductions* ». L'entrée en vigueur de la nouvelle réglementation élargit donc, en Belgique, les hypothèses matérielles de recours à cette procédure par rapport au régime transitoire du 12 septembre 2011.

Enfin, en ce qui concerne les règles d'exécution des marchés passés par dialogue compétitif, l'article 9, § 4, de l'arrêté royal précité du 14 janvier 2013 prévoit que :

« Il ne peut être dérogé aux dispositions obligatoires autres que celles énumérées aux paragraphes 2 et 3 du présent article que dans la mesure rendue indispensable par les exigences particulières du marché considéré. La liste des dispositions auxquelles il est dérogé figure de manière explicite au début du cahier spécial des charges. »

Les dérogations aux articles 10, 12, 13, 18, 25 à 30, 44 à 63, 66, 68 à 73, 78 à 81, 84, 86, 96, 123 et 154 du présent arrêté font l'objet d'une motivation formelle dans le cahier spécial des charges. A défaut de motivation dans le cahier spécial des charges, la dérogation en question est réputée non écrite. Cette sanction n'est pas applicable dans le cas d'une convention signée par les parties ».

Et le Rapport au Roi de préciser :

« (...) En outre, l'absence de motivation formelle attachée à la dérogation aux articles fondamentaux y énumérés est désormais sanctionnée par la nullité de la dérogation. Cette dernière sanction ne s'applique cependant pas dans le cas d'une convention signée par les parties. Il y a en effet lieu de considérer que, dans le cadre d'une procédure négociée ou d'un dialogue compétitif les parties ont pu apprécier dûment la portée de leur engagement lors des négociations ou du dialogue. Il serait en effet disproportionné d'appliquer la sanction de la nullité lorsque les parties se sont accordées sur une dérogation déterminée, même si celle-ci n'a pas été motivée explicitement ».

Ainsi, il est désormais possible, tant en dialogue compétitif qu'en procédure négociée – *pourvu que cette dernière aboutisse à la conclusion d'un contrat*⁸⁷ – de déroger à toute disposition des règles générales d'exécution, sans devoir formellement

⁸⁶ M.B., 5 juin 2013, p. 35.534.

⁸⁷ Ce qui n'est, contrairement au dialogue compétitif, pas systématiquement le cas en procédure négociée avec publicité : l'article 110, alinéa 1^{er}, de l'arrêté royal du 15 juillet 2011 prévoit en effet que le marché passé par procédure négociée *avec publicité* est conclu soit par la notification à l'adjudicataire de l'approbation de son offre telle qu'éventuellement modifiée à l'issue des négociations, soit par la signature d'une convention par les parties. Nous y reviendrons.

motiver cette dérogation. L'exonération de sanction prévue par le dernier alinéa de l'article 9, § 4, n'est toutefois supposée porter que sur l'obligation de motivation formelle, et non sur l'obligation d'énumérer les dispositions auxquelles il est dérogé.

A cet égard, cependant, on peut également souligner qu'en procédure de dialogue compétitif, les conditions applicables à l'exécution du marché sont fixées non pas dans le document descriptif, en début de procédure, mais bien dans le cadre de l'invitation à remettre offre, soit après la clôture du dialogue⁸⁸. Le pouvoir adjudicateur pourra donc tirer toutes les conclusions utiles du processus de dialogue avec les participants afin de déterminer la portée et l'ampleur (de la liste) des dérogations qu'il conviendra d'apporter aux règles générales d'exécution au moment de la conclusion du marché.

iv) *Les premiers usages de la nouvelle procédure et les premières appréciations jurisprudentielles en droit belge*

49. Au jour de la consultation lancée par la Commission européenne en vue de la refonte du droit des marchés publics (voyez *supra*), la Belgique ne disposait donc d'aucune expérience encore en la matière. Ceci explique sans doute, au moins en partie, l'accueil assez tiède du dialogue compétitif transparaissant dans ses réponses⁸⁹, généralement plus favorables à une extension des hypothèses de procédure négociée.

⁸⁸ Article 114, § 1^{er}, alinéa 4, de l'arrêté royal du 15 juillet 2011, voyez *infra*.

⁸⁹ En 2009 déjà, en réponse à un rapport de la Cour des comptes déplorant qu'il ne soit pas encore possible, pour la conclusion de partenariats public-privé, de recourir à la procédure de dialogue compétitif, le Premier Ministre indiquait qu'il était tout à fait possible, pour de tels marchés, de recourir à la procédure négociée, et que celle-ci présentait d'indéniables avantages par rapport au dialogue compétitif :

« En fait, l'on peut affirmer que la procédure négociée offrant plus de souplesse - en effet, des règles moins formelles que pour le dialogue compétitif s'appliquent à l'introduction et au choix des offres, et, surtout, une négociation est possible jusqu'à la fin -, cette procédure est probablement tout aussi efficace que le dialogue compétitif pour atteindre la solution souhaitée.

D'un autre côté, il est loin d'être certain qu'en dialogue compétitif, même avec l'apport des entreprises, le pouvoir adjudicateur pourra établir un cahier spécial des charges précis et cohérent permettant aux entreprises de remettre une offre qui réponde pleinement à ses besoins. Et, comme aucune négociation n'est possible, les offres ne pourront plus être adaptées.

Les risques et inconvénients potentiellement liés au dialogue compétitif ne peuvent du reste pas être ignorés. Il va sans dire que la pratique le dira, mais une question récurrente est de savoir si les entreprises seront bel et bien disposées à proposer des solutions lors de la phase préparatoire et à consentir les efforts et investissements nécessaires, sans avoir la garantie de remporter le marché ultérieurement. De surcroît, les soumissionnaires concurrents pourront prendre connaissance des solutions proposées par les entreprises, même si cette prise de connaissance ne pourra avoir lieu que moyennant leur autorisation. En tout état de cause, il est clair qu'en dépit des règles formelles qui encadreront le dialogue compétitif, cette procédure devra être utilisée avec toute la prudence qui s'impose. (...) » (Chambre, Questions et réponses écrites, 2 juin 2009, Document QRVA n° 52/63, s.o. 2008-2009, pp. 90-91).

Ainsi, la Commission belge des marchés publics⁹⁰ répondait notamment :

- Aux questions 15, 16 et 19 : « *La CMP réitère sa proposition de généraliser la procédure négociée avec publicité, éventuellement aussi sous une forme simplifiée, c'est-à-dire selon le schéma de la procédure ouverte (en une phase)* » ;
- À la question 17 : « *A supposer que la procédure négociée avec publicité soit également généralisée dans les secteurs classiques (...), la CMP plaide en faveur de la suppression du dialogue compétitif* » ;
- A la question 21 : « *La CMP estime que le cadre existant suffit, notamment vu les obligations en matière d'information et de motivation* ».

L'Autorité fédérale belge partageait la réponse aux questions 16 et 21 fournies par la CMP, mais ne la suivait pas sur la suppression du dialogue compétitif⁹¹. De son côté, l'Autorité flamande répondait à la question 17 également qu'il n'est pas nécessaire de conserver la procédure de dialogue compétitif⁹² et plaidait, parallèlement, pour la généralisation de la procédure négociée avec publicité⁹³.

⁹⁰ Document disponible sur le site de la Commission européenne reprenant les résultats de la consultation sur le Livre vert, https://circabc.europa.eu/sd/d/1f8e37b8-3b8f-4e74-8c2e-08bd9ad728ee/cbmp_fr.pdf.

⁹¹ https://circabc.europa.eu/sd/d/4e1ae88c-eefa-46b1-8a17-66d707a95680/premierfedbe_fr.pdf.

⁹² « *De nieuwe procedures die ingevoerd zijn door de Richtlijn 2004/18/EG kunnen behouden blijven, op de concurrentiegerichtede dialoog na.*

Mijn entiteit ziet niet in welke voordelen deze procedure zou kunnen bieden boven de onderhandelingsprocedure met voorafgaande bekendmaking (in twee stappen). De handicap van de concurrentiegerichtede dialoog is immers dat die na het sluiten van de dialoog verloopt volgens de niet-openbare procedure, waardoor er geen onderhandelingen mogelijk zijn over de ingediende offertes. Weliswaar kan men in bepaalde uitzonderlijke situaties na de niet-openbare procedure overstappen naar een onderhandelingsprocedure zonder voorafgaande bekendmaking, maar dit betekent opnieuw een verlenging en complicatie van de procedure.

En voor het uitwerken van een passende technische oplossing is de concurrentiegerichtede dialoog niet onmisbaar, want die uitwerking kan even perfect gebeuren samen met de in het kader van de onderhandelingsprocedure gekozen combinatie van ondernemers. Bovendien biedt ook de marktverkenning of – raadpleging hier mogelijkheden » - Réponse adressée à la Commission européenne le 15 avril 2011 par le Departement Bestuurszaken, Afdeling Overheidsopdrachten – Cluster adviesverlening en beleid (https://circabc.europa.eu/sd/d/fbda95c6-b2e5-4c4a-8bbe-90d69fbf5378/bz_nl.pdf).

⁹³ « *Het onderhandelingsinstrument wordt meer en meer noodzakelijk om een goede opdracht te kunnen sluiten :*

- *Het biedt een tegenwicht voor het alsmaar toenemende complexe karakter van de opdrachten ;*
- *Het laat toe om adequaat te reageren op sommige mankementen in offertes en gunningsdocumenten enerzijds, en op de vaak vlug wijzigende detailsaspecten van de overheidsbehoeften anderzijds ;*
- *Het maakt het mogelijk om de ingediende offertes te perfectioneren en optimaal af te stemmen op de behoeften van de overheid, met respect voor de beginselen van gelijke behandeling en transparantie.*

De soepelheid die de onderhandelingsprocedure met bekendmaking kenmerkt, gaat ook niet ten koste van de mededinging, die te volle gegarandeerd blijft.

Het verwijt dat deze procedure een grotere keuzevrijheid zou meebrengen en tot meer subjectiviteit in de beoordeling zou leiden, is niet terecht :

- *Dat risico bestaat evenzeer in de niet-openbare procedure met hantering van meerdere gunningscriteria ;*

Enfin, la Confédération Construction estimait, quant à elle, que « *la procédure de dialogue compétitif est adaptée aux marchés complexes mais doit être mieux encadrée : les pouvoirs adjudicateurs doivent veiller à ne pas faire supporter des frais d'études et de négociation excessifs par les soumissionnaires. Il convient de procéder dès que possible à une sélection et ne négocier les points de détail qu'avec le « preferred bidder ». Il serait plus favorable à une concurrence saine et de qualité de prévoir un remboursement sous certaines conditions des frais d'études des soumissionnaires valables mais non retenus (...) »*⁹⁴ ; parallèlement, elle estimait, en ce qui concerne la procédure négociée, que « *les garde-fous prévus par les directives en vigueur nous paraissent suffisants pour autant que les pouvoirs adjudicateurs fassent l'objet par ailleurs d'un contrôle de gestion conformément aux règles généralement admises de bonne gouvernance* ».

C'est dans ce climat qu'est donc entrée en vigueur la procédure de dialogue compétitif en Belgique et qu'elle a été « proposée » aux pouvoirs adjudicateurs belges.

50. En préparant cette contribution, nous avons recensé sur le portail informatique du Supplément au Journal officiel de l'Union européenne⁹⁵, du 28 septembre 2011 au 31 octobre 2015, une cinquantaine de marchés publics, atteignant les seuils de publicité européenne, lancés par procédure de dialogue compétitif par des pouvoirs adjudicateurs belges contre 60 fois plus de procédures négociées.

Ces dernières portent principalement sur les marchés suivants :

- des opérations de promotion immobilière portant sur la conception, la construction et la maintenance d'infrastructures scolaires, culturelles ou sportives ;
- la rénovation et l'entretien du tunnel Léopold II à Bruxelles et la construction d'autres ouvrages d'art et de génie civil ;
- la conception, la construction, le financement et l'exploitation de diverses infrastructures et équipements contribuant au réaménagement urbain du Plateau du Heysel à Bruxelles (marchés « NEO », première et deuxième tranches) ;
- le projet de réaménagement urbain du site de Coronmeuse à Liège ;
- le développement de nouveaux complexes de logements ou quartiers résidentiels ;
- la construction ou la rénovation selon des critères de développement durable et de performance énergétique avancés de complexes de bureaux ;

- *Was het niet de bedoeling van de Rechtsbeschermingsrichtlijn 2007/66/EG om aan eventuele misbruiken paal en perk te stellen ? ».*

⁹⁴ « Réponses au Livre vert sur la modernisation de la politique de l'Union européenne en matière de marchés publics », www.confederationconstruction.be

⁹⁵ <http://ted.europa.eu/TED/main/HomePage.do>

- la conception, la réalisation et l’assistance à l’exploitation de centres de traitement de déchets ;
- la fourniture d’équipements et produits médicaux ou informatiques divers ;
- la prestation de services financiers relatifs à l’émission, à l’achat, à la vente et/ou au transfert de titres ou d’instruments financiers, de services d’assurance ou de gestion de fonds de pension ou de services de collecte de déchets.

Eu égard à la longueur du processus, les procédures de dialogue compétitif ainsi lancées et qui n’ont pas encore été avortées sont, pour la plupart d’entre elles, encore en cours. La jurisprudence n’a donc pas encore eu moult occasions, dans notre pays, de se prononcer sur les mérites des procédures imaginées et menées par les pouvoirs adjudicateurs qui ont, à ce jour, tenté l’aventure⁹⁶.

Les premiers arrêts rendus par le Conseil d’Etat portent davantage sur les champs d’application respectifs des procédures négociée avec publicité et de dialogue compétitif⁹⁷. La haute juridiction administrative a en effet été saisie, au début de l’été 2013, de deux recours successifs visant à la suspension de décisions prises, toutes deux, dans le cadre de procédures négociées avec publicité lancées sur pied de l’hypothèse de travaux dont la nature ou les aléas ne permettent pas une fixation préalable et globale des prix et contestées, toutes deux, quant à la motivation du choix du recours à pareille procédure et à la motivation, émise par le pouvoir adjudicateur, du non-choix du dialogue compétitif.

Il s’agissait, respectivement :

- de la décision de sélection qualitative adoptée par l’Etat belge dans le cadre du marché de « Conception et construction de la nouvelle Chancellerie de l’Ambassade de Belgique à Kinshasa » ;
- de la décision de désignation du soumissionnaire préférentiel adoptée par la Régie des Bâtiments dans le cadre du marché « DBFM Conception, construction, financement et entretien d’un nouveau complexe pénitentiaire à Haren ».

Dans les deux affaires, le requérant prenait notamment un moyen d’un usage qu’il estimait abusif et non adéquatement motivé de la procédure négociée avec publicité, mis en regard, notamment, de la possibilité d’utilisation en lieu et place de celle-ci de la procédure de dialogue compétitif.

⁹⁶ Ainsi, par exemple, l’arrêt n° 227.771 du 19 juin 2014, *Hammerson Plc et crts*, portant sur le projet de réaménagement urbain du Plateau du Heysel « NEO 1 », porte sur un litige classique de motivation de l’évaluation des critères d’attribution, sans fournir d’éclairage particulier sur le déroulement de la procédure, si ce n’est par la relation de ses différentes étapes et le relevé du « travail considérable » que cette procédure a pu représenter pour tous les intervenants à celle-ci.

⁹⁷ Sur ce point, voyez aussi K. MORIC, « Le dialogue compétitif : les pouvoirs adjudicateurs peuvent-ils choisir de recourir à la procédure négociée avec publicité en lieu et place de la procédure de dialogue compétitif pour les projets de partenariat public-privé (de type DBFM) ? », in *La réforme du droit des marchés publics* (dir. A.-L. DURVIAUX et N. THIRION), Commission royale droit et vie des affaires, Bruxelles, Bruylant, 2014, pp. 315 et s.

Le sort que le Conseil d'Etat a réservé à ce moyen, dans chaque cas, diffère cependant et mérite, dès lors, qu'on s'y attarde.

51. Dans son premier arrêt, du 11 juin 2013, n° 223.822, concernant le marché « Kinshasa », le Conseil d'Etat a accueilli le moyen, sous le bénéfice de la procédure d'extrême urgence, sur pied des motifs suivants :

« La partie adverse prend soin d'explicitier de manière circonstanciée, aux pages 4 à 7 du « Guide de sélection », les motifs qui lui paraissent justifier, en l'espèce, le choix de la procédure négociée avec publicité.

On ne voit cependant pas qu'elle se soit attachée à établir en quoi l'ouvrage relevait d'un cas exceptionnel, comme le requiert pourtant l'article 17, § 3, 2° de la loi du 24 décembre 1993⁹⁸.

La partie adverse devait faire ressortir encore, pour respecter le même article 17, § 3, 2°, de la loi du 24 décembre 1993, qu'il s'agissait de travaux « dont la nature ou les aléas ne permettent pas une fixation préalable et globale des prix ».

La partie adverse a certes fait apparaître qu'elle devait compter avec des contraintes particulières qui ne sont pas contestées.

On n'aperçoit pas cependant en quoi ces contraintes affectaient les travaux et services eux-mêmes et empêchaient une fixation préalable et globale des prix.

Les éléments invoqués par la partie adverse, à savoir la difficulté de prévoir les exigences des autorités locales et les impératifs de représentativité et de sécurité, n'apparaissent pas, prima facie, comme des aléas inhérents aux travaux et services, seuls envisagés par le législateur dans l'article 17, § 3, 2° de la loi du 24 décembre 1993.

La partie adverse a certes entendu se réserver la faculté de négocier en vue d'affiner les offres sur des points dont elle affirme qu'ils ne pouvaient être prévus avant leur dépôt.

Cette faculté apparaît moins liée à la nature ou aux aléas des travaux et services en cause qu'à la volonté du pouvoir adjudicateur de déterminer progressivement l'ouvrage à réaliser.

Au surplus, le « Guide de soumission » versé parmi les pièces réputées confidentielles par la partie adverse, fait ressortir que, parmi les critères d'attribution, 60 points sur 100 sont affectés au prix et 40 points sur 100 à la qualité de la proposition, étant précisé que « les prix forfaitaires globaux proposés par les soumissionnaires seront évalués par le pouvoir adjudicateur sur la base mathématique d'une règle de trois ».

⁹⁸ Formant l'équivalent, dans l'ancienne législation, de l'article 26, § 2, 1°, b), de la loi du 15 juin 2006.

Prima facie, la fixation préalable et globale des prix n'est donc pas apparue impossible au pouvoir adjudicateur, comme l'exige cependant l'article 17, § 3, 2°, de la loi du 24 décembre 1993 ».

Ainsi, cet arrêt semble s'inscrire dans le prolongement de l'interprétation stricte de la Commission européenne à l'égard du recours à la procédure négociée avec publicité. Assez logiquement, eu égard aux limites du contrôle exercé par le Conseil d'Etat, il ne poursuit pas l'analyse au point d'indiquer si, oui ou non, une procédure de dialogue compétitif aurait été plus adaptée aux motifs invoqués par le pouvoir adjudicateur quant au choix de sa procédure et si le « refus » d'y recourir était, ou non, justifié. Les termes de l'arrêt mènent plutôt à penser que le Conseil d'Etat ne s'est pas laissé convaincre qu'un appel d'offres n'aurait pas permis tout aussi bien l'attribution du même marché.

52. Près d'un mois plus tard, et il est vrai dans un cas d'espèce où le marché était d'une nature exceptionnelle et d'une complexité très importante, le Conseil d'Etat est, en revanche, revenu à une position plus clémentine pour les pouvoirs adjudicateurs – ou plus rebelle (à l'égard de la Commission) – à l'égard du recours à la procédure négociée. Dans son arrêt n° 224.298, du 8 juillet 2013, rendu cette fois à propos du marché du complexe pénitentiaire de Haren, le Conseil d'Etat commence par énoncer qu'il serait « vain de déceler une prétendue contradiction entre deux motifs, dont l'un justifie la décision de ne pas recourir au dialogue compétitif, alors que le moyen critique la décision de recourir à la procédure négociée avec publicité préalable ». Se penchant ensuite uniquement sur les motifs du recours à la procédure négociée, le Conseil d'Etat valide celui-ci, considérant :

« [L'article 17, § 3, 2°, de la loi du 24 décembre 1993] ne paraît pas pouvoir être interprété en ce sens que serait nécessairement incompatible avec l'hypothèse qu'elle vise, la passation de tout marché public relevant du modèle dit « D.B.F.M. » (Design, Build, Finance & Maintain).

(...)

En effet, d'une part, dans l'extrait, cité par les requérantes, du « Livre vert sur les partenariats public-privé », la Commission européenne considère que le recours à la procédure négociée avec publicité préalable, admis dans l'hypothèse d'un marché dont la nature et les aléas ne permettent pas une fixation préalable et globale du prix, n'est, en revanche, pas admissible lorsque les incertitudes résultent d'autres causes. Au titre de celles-ci, elle vise notamment l'hypothèse d'incertitudes causées par la complexité du montage juridique et financier mis en place. Si cette position doit s'analyser en ce sens que les incertitudes ne peuvent pas résulter uniquement du montage juridique et financier mis en place, il n'est pas exclu de considérer que, si elles résultent également de la complexité des travaux et services (au regard des objets, nature et caractéristiques de ceux-ci), le

recours à la procédure négociée avec publicité préalable peut être admis.

D'autre part, à l'audience du 28 juin 2013, il a été question de l'avis motivé de la Commission européenne du 24 novembre 2010, relatif à un marché de travaux portant sur la conception, la remise à neuf, la construction, le financement et l'entretien de locaux appartenant à des établissements d'enseignement à Eupen, pour un montant estimé supérieur à 100 millions d'euros. La Commission a certes considéré que, dans le cas d'espèce, le recours à la procédure négociée avec publicité préalable n'était, à son estime, pas conforme à la réglementation européenne. La communication relative à cet avis ne permet toutefois pas d'identifier les motifs de fait et de droit sur lesquels a reposé, en cette affaire, l'opinion de la Commission. Rien n'autorise à considérer que celle-ci s'y serait prononcée, de manière générale, sur le fait que la procédure négociée avec publicité préalable serait nécessairement exclue pour tout marché de type « D.B.F.M. » portant sur un ouvrage par ailleurs intrinsèquement complexe.

Dès lors (...) en droit, il ne semble pas nécessairement exclu, pour la passation de tout marché de type « D.B.F.M. », de recourir à la procédure négociée avec publicité préalable, sur le fondement de l'article 17, § 3, 2° (...).

Il paraît, à première vue, difficile de contester que le marché litigieux relève d'un cas exceptionnel. Ce caractère résulte non seulement de son objet, en ce qu'il porte tant sur la conception et la construction d'un ouvrage, que sur la prestation de divers services de maintenance et sur le financement de l'ensemble de ces travaux et services, mais également de ce qu'il implique une collaboration de longue durée entre la partie adverse et le Service public fédéral Justice, d'une part, et le(s) partenaire(s) privé(s), d'autre part. L'ouvrage qui doit être conçu et construit présente également un caractère exceptionnel, à raison de sa destination, de son ampleur, de sa complexité, de son caractère innovant et des enjeux liés à la concrétisation de ce projet.

Dans les circonstances de l'espèce, telles qu'elles ressortent des écrits de procédure et du dossier administratif, il ne paraît pas déraisonnable de considérer qu'une fixation préalable et globale des prix est impossible, et ce d'autant plus que ceux-ci, en raison de la composante « financement » du marché qui porte à la fois sur des travaux et des services, seront également influencés par la situation des marchés financiers. Les requérantes contestent d'ailleurs moins cette impossibilité que son origine. Pour le surplus, il ne ressort pas de l'examen effectué en extrême urgence que l'impossibilité de fixation préalable et globale des prix serait manifestement démentie en fait.

Enfin, s'agissant de l'origine de l'impossibilité de fixer préalablement et globalement les prix, les requérantes (...) s'abstiennent cependant d'avoir égard à la référence, que contient la motivation ci-dessus reproduite, aux « impératifs techniques et de sécurité particuliers qui sont spécifiques à la conception, la construction, l'entretien d'un nouvel et important complexe pénitentiaire avec plusieurs sections (section hommes, section femmes, etc.) et peuvent contraindre à adapter les propositions formulées par les soumissionnaires et, partant, influencer également sur la structure D.B.F.M. ». Or, il ne paraît pas déraisonnable de considérer que de tels impératifs peuvent ressortir à l'objet, à la nature et aux caractéristiques du marché, et ce, indépendamment des contraintes inhérentes à la structure juridique et financière choisie par la partie adverse. Il n'est pas davantage contestable, ni contesté, que la fixation des prix sera notamment influencée par les réponses apportées à ces impératifs au terme des négociations, de sorte que l'impossibilité de fixation préalable et globale des prix peut résulter, à tout le moins partiellement, de la nature des travaux ou services.

Dès lors, d'une part, qu'il n'apparaît pas avec certitude que le recours à la procédure négociée avec publicité préalable, fondé sur l'article 17, § 3, 2°, devrait être exclu à l'égard de tout marché public de type « D.B.F.M. », et, d'autre part, qu'en l'espèce, aucune des conditions énoncées par l'article 17, § 3, 2°, ne paraît, « prima facie », avoir été manifestement méconnue, le moyen, qui considère les motifs du recours à ce mode de passation, comme étant « manifestement inadéquats et insuffisants », ne permet pas, à la faveur d'un examen effectué en extrême urgence, d'établir une illégalité manifeste. Il ne peut, en conséquence, être déclaré sérieux » (nous soulignons).

53. Plus récemment, le Conseil d'Etat a de nouveau été saisi d'une contestation du choix de la procédure négociée, pour des motifs qui, selon le requérant, se seraient plutôt rattachés aux critères de la procédure de dialogue compétitif. Il s'agissait cette fois d'un marché de réalisation d'un centre d'arts martiaux et de travaux connexes, lancé par l'*Autonom Gemeentebedrijf De Kouter* et contesté au stade de la sélection qualitative. Comme à l'accoutumée, le recours à la procédure négociée était fondé sur l'hypothèse de l'impossibilité de déterminer préalablement le prix du marché. Les motifs de recours à cette procédure n'étant pas, quant à leur contenu, contestés, il était donc demandé au Conseil d'Etat si ceux-ci avaient, en quelque sorte, reçu la bonne *qualification*. Le Conseil d'Etat a rejeté ce moyen, sur la base des considérations suivantes⁹⁹ :

« Op het eerste gezicht lijkt de verwerende partij in de voormelde motivering niet uitdrukkelijk aan te geven dat zij objectief niet in staat zou zijn de technische middelen te bepalen die aan haar behoeften kunnen voldoen of te beoordelen wat de markt te bieden heeft op het vlak van technische, financiële of juridische oplossingen, in de zin van artikel 27, eerste lid, 1°, van de wet, dat betrekking heeft op

⁹⁹ C.E., n° 230.550, du 17 mars 2015, *nv Algemene Ondernemingen Himpe et crts*.

de concurrentiedialoog. Zij lijkt slechts aan te geven dat zij bij aanvang van de procedure geen precies en vaststaand programma van eisen kan vaststellen aangezien de uiteindelijke realisatie van de opdracht afhangt van de voorstellen van de inschrijver, doch ervoor gekozen heeft om een functioneel bestek uit te schrijven.

Zoals reeds werd opgemerkt bij de beoordeling van het eerste onderdeel van het eerste middel, laat artikel 7, § 2, b), van het koninklijk besluit Plaatsing de aanbestedende overheid uitdrukkelijk toe om de technische specificaties aan te geven in termen van prestatie-eisen of functionele eisen.

Met de verwerende partij lijkt ook te moeten worden aangenomen dat het feit dat het programma van eisen op bepaalde punten evolutief is, geen afbreuk lijkt te doen aan de verplichting van de inschrijvers om te voldoen aan de functionele eisen van het bestek die wel vooraf werden vastgesteld.

Voorts dient erop te worden gewezen dat de onderhandelingsprocedure met bekendmaking overeenkomstig artikel 3, 8°, van de wet van 15 juni 2006 wordt gedefinieerd als een gunningsprocedure waarbij “over de voorwaarden van de opdracht kan worden onderhandeld met de inschrijvers”.

(...) Voorts lijkt het standpunt van de verzoekende partijen dat indien voldaan is aan de toepassingsvoorwaarden van de concurrentiedialoog een beroep op de onderhandelingsprocedure uitgesloten zou zijn, evenmin te kunnen worden gevolgd.

Op het eerste gezicht moet worden vastgesteld dat de mogelijkheid om een beroep te doen op de onderhandelingsprocedure uitsluitend gekoppeld lijkt aan het voorhanden zijn van de toepassingsvoorwaarden en dat niet vereist lijkt dat daarenboven uit de motivering ook moet blijken dat een beroep op de concurrentiedialoog niet mogelijk is ».

À la lumière de ces positions contrastées, il sera intéressant de suivre l'évolution de cette jurisprudence. Celle-ci devrait, toutefois, perdre son intérêt pratique au lendemain de la transposition de la Directive 2014/24, dès lors que les deux procédures auront, à l'avenir, un seul et même champ d'application... laissant donc définitivement libre choix au pouvoir adjudicateur de recourir tantôt à l'une, tantôt à l'autre procédure, sur la base de considérations plus liées aux potentialités offertes par leur déroulement respectif¹⁰⁰.

¹⁰⁰ En droit positif, cette question devra également être résolue, lorsqu'il ressort des caractéristiques du marché à lancer que celui-ci répondrait tout autant aux conditions de recours au dialogue compétitif qu'à une hypothèse de recours à la procédure négociée avec publicité. Dans ce cas, comme l'exposent D. D'HOOGHE et N. KIEKENS, il reviendra essentiellement au pouvoir adjudicateur de déterminer à quel moment et sur quoi doivent préférentiellement porter les *négociations* à mener avec les soumissionnaires : s'il s'agit des conditions techniques mêmes du marché, qu'il serait impossible de figer préalablement à la négociation, le dialogue compétitif doit être préféré. S'il s'agit essentiellement de négocier les modalités d'exécution (contractuelles notamment) d'un cadre technique prédéfini, la procédure négociée pourra être privilégiée (D. D'HOOGHE et N. KIEKENS, « Valt de knoop van concurrentiedialoog en onderhandelingsproce-