

IV. En guise de conclusion : *de lege ferenda*, à la lumière de l'expérience belge et étrangère

75. Pour l'heure, le législateur belge s'est exprimé en se bornant à « copier-coller » la Directive de 2014. Sa seule « création » réside dans le neuvième et dernier paragraphe de l'article 39 de la loi du 17 juin 2016, qui habilite le Roi à « *fixer les modalités procédurales additionnelles applicables au dialogue compétitif* ».

Dès lors, si une quelconque originalité survient de la transposition, elle sera le fait des arrêtés d'exécution, en particulier celui qui est destiné à fixer les modalités procédurales évoquées. Ces arrêtés pourraient avantageusement traiter d'un certain nombre de points dont la pratique a démontré qu'ils demeuraient les parents pauvres du dialogue compétitif et que la zone d'ombre dans laquelle ils sont laissés peut porter atteinte à la sécurité juridique en termes de déroulement de la procédure.

76. Ainsi le déroulement de la procédure pourrait être mieux balisé par la réglementation à venir, en vue de protéger le pouvoir adjudicateur comme les participants des risques liés à l'insécurité et parfois à une certaine improvisation.

L'idée n'est sans doute pas de faire du dialogue compétitif une procédure très formelle dont tous les aspects sont régis strictement sans que la moindre marge de manœuvre soit réservée au pouvoir adjudicateur. Tel serait le cas, par exemple, si les règles visant à assurer la transparence de la procédure (écrits constatant le déroulement du dialogue) pêchaient par excès, en allant jusqu'à obliger le pouvoir adjudicateur à assurer la *transmission* de « procès-verbaux » de chaque dialogue. Cela en tuerait la flexibilité et, par ailleurs, augmenterait les risques de « fuites ». Il serait donc plus opportun que le pouvoir adjudicateur doive se réserver la preuve du déroulement du dialogue dans le dossier administratif qui serait rendu accessible seulement en cas de recours.

Il s'agirait plutôt de donner au pouvoir adjudicateur plus de repères et de lignes de conduite pour l'aider à assurer l'égalité et la transparence. A cet égard, la réglementation future pourrait définir plus précisément ce qui peut être discuté dans les documents de dialogue et ce qui ne le peut pas, mieux déterminer comment définir les critères d'attribution en les adaptant au dialogue (possibilité de modulation/évolution en cours de procédure), concilier les exigences de confidentialité et de nécessité de progression vers une définition des besoins en s'inspirant des solutions proposées par les participants, et enfin préciser quelle marge de négociation subsiste après la fin du dialogue.

De ce dernier point de vue, cela n'a évidemment pas de sens de revenir en fin de (long) parcours sur ce qui a été longuement discuté. Il n'empêche, des sujets peuvent rester à négocier au dernier moment parce que les offres sont les seuls documents engageants des participants, qui pourraient avoir gardé « par devers eux » jusque-là certaines subtilités de leur proposition juridique ou financière en particulier. Notamment parce que la « due diligence » des bailleurs de fonds n'intervient généralement qu'en vue des offres finales, pas avant. Une marge raisonnable de négociation doit donc subsister, à tout le moins pour éviter que le pouvoir adjudicateur se fasse piéger, ou qu'on aboutisse à un blocage au moment de conclure.

77. Enfin au niveau européen, on peut espérer – et entrevoir – une évolution, au moins à terme, vers une rationalisation des procédures.

Depuis 20 ans, l'Union européenne s'est engagée dans un mouvement de multiplication des procédures d'attribution dans les directives relatives aux marchés publics. Le dialogue compétitif a été créé à côté des procédures négociées, pour faire face à des hypothèses d'application en théorie différentes. Puis s'est encore ajouté, dans les Directives de 2014, le Partenariat d'innovation, de transposition facultative mais inséré en Belgique dans la loi du 17 juin 2016.

Parallèlement les Directives de 2014 semblent amorcer une évolution différente. Les champs d'application des différentes procédures qui permettent la négociation – procédure concurrentielle avec négociation, dialogue compétitif et partenariat d'innovation – se sont rapprochés et même confondus. De même, les règles présidant au déroulement des procédures se rapprochent de plus en plus ; en

particulier, si le dialogue compétitif admet la négociation des offres après la clôture de la phase de dialogue (laquelle ressemble fort à une négociation), en quoi se différencie-t-il encore essentiellement des procédures concurrentielles avec négociation ? Le législateur européen semble donc admettre que ces procédures sont alternatives en ce sens qu'elles peuvent être utilisées dans les mêmes hypothèses (en telle sorte que les pouvoirs adjudicateurs peuvent librement faire des choix entre elles) et qu'elles sont soumises à des règles et garanties analogues. Face à ce constat, on peut se demander si le « paquet marchés publics de 2014 » ne constitue pas une phase transitoire en ce qui concerne ces procédures. Le rapprochement entamé n'a-t-il pas vocation à mener à une fusion des procédures « avec négociations » ? L'élargissement bienvenu des hypothèses de recours autorisé à la procédure concurrentielle avec négociation, dans les Directives de 2014, permet en effet d'espérer, à notre sens, une simplification de ces procédures. Depuis belle lurette, les acteurs de la commande publique (Etats, acheteurs, secteur économique) réclament d'une seule voix une (seule) procédure négociée d'accès plus large, simple et bien balisée. Dans cette perspective, le dialogue compétitif pourrait un jour être supprimé au profit d'une telle procédure négociée généralisée à tous les marchés complexes. Il aurait alors été une étape, mais aurait permis une belle évolution. A suivre dans les prochaines directives... en 2024 ?