

Sous-section III. – Dialogue compétitif

Article 27. *[Le pouvoir adjudicateur ne peut recourir à la procédure du dialogue compétitif que dans le cas d'un marché particulièrement complexe lorsqu'il:*

- 1° n'est objectivement pas en mesure de définir les moyens techniques aptes à satisfaire ses besoins ou d'évaluer ce que le marché peut offrir en termes de solutions techniques, financières ou juridiques, et*
- 2° estime que le recours à la procédure ouverte ou restreinte ne permettra pas de passer le marché.]¹*

Le Roi fixe les règles à respecter lors d'un dialogue compétitif. Celles-ci imposent notamment:

- l'égalité de traitement de tous les participants au cours du dialogue;*
- la non-divulgation aux participants des solutions proposées ou d'autres informations confidentielles communiquées par un participant au dialogue sans l'accord de celui-ci.*

GENÈSE DE LA LOI

Article 27 de la loi du 15 août 2006, tel que modifié par l'article 23 de la loi du 5 août 2011 modifiant la loi du 15 juin 2006 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services.

AUTEURS

Sarah BEN MESSAOUD
Marie VASTMANS

DOCTRINE

BERTRAND, V., « La réforme européenne des marchés publics dans les secteurs classiques », *J.T.D.E.*, 2005.

BRACONNIER, S., *Précis du droit des marchés publics*, 2^e éd., Paris, Éd. Le Moniteur, 2007.

D'HOOGHE, D. et JOCHEMS, S., « De 'concurrentiegericht dialogoog': much ado about nothing? », *T.B.P.*, 2005, pp. 511-522.

DURVIAUX, A.-L., *Logique de marché et marché public en droit communautaire. Analyse critique d'un système*, Larcier, 2006, 616 p.

1. Loi du 5 août 2011. En vigueur le 8 septembre 2011.

DE KONINCK, C., FLAMEY, P. et RONSE, K., « Nieuwigheden in de overheidsopdrachtenrichtlijn 2004/18/EG betreffende de klassieke sectoren. Een korte vooruitblik op de nieuwe wet overheidsopdrachten », *C.D.P.K.*, 2005.

DE KONINCK, C., *Overheidsopdrachtenrecht (Klassieke sectoren)*, Boek I, Anvers, Maklu, 2004.

DE KONINCK, C., « Nieuwigheden in het voorstel tot richtlijn van het Europees Parlement en de Raad betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor leveringen, diensten en werken », *Actuele vraagstukken van het overheidsopdrachtenrecht*, Anvers, Maklu, 2002.

FLAMME, P., FLAMME, M.-A. et DARDENNE, C., *Les marchés publics européens et belge. L'irrésistible européenneisation du droit de la commande publique*, 2^e éd. revue et augmentée par Ph. FLAMME, Larcier, 2009.

MATTERA, A., « Vers un code européen des marchés publics: simplification, modernisation et clarification de la réglementation existante », *Rev. dr. Union eur.*, 2000.

THIEL, P. et DOR, V., *Le nouveau régime des marchés publics: Principales innovations introduites par les lois des 15 et 16 juin 2006*, Waterloo, Kluwer, 2007.

THIEL, P., *Mémento 2011 des marchés publics et des PPP 2011*, Waterloo, Wolters Kluwer, 2010.

VAN GARSSE, S., « Nieuwe richtlijn overheidsopdrachten », *N.J.W.*, 2004.

VAN GARSSE, S., « Een vooruitblik op de nieuwe procedure van concurrentiege-richte dialoog », *T. Gem.*, 2005/2.

COMMENTAIRE DE L'ARTICLE

- I. Définition et *ratio legis*
- II. Champ d'application : un marché particulièrement complexe
 - A. Complexité objective
 - B. Complexité technique
 - C. Complexité juridique ou financière
 - D. Le recours à la procédure ouverte ou restreinte ne permet pas de passer le marché
- III. Conduite de la procédure
 - A. Publicité
 - B. Sélection des candidats admis au dialogue
 - C. Phase du dialogue
 - D. L'objet du dialogue est donc différent de l'objet de la négociation

- E. Remise des offres
- F. Attribution du marché au soumissionnaire ayant remis l'offre économiquement la plus avantageuse
- G. Paiement d'un prix aux soumissionnaires évincés

I. Définition et ratio legis

1. Le législateur a introduit pour la première fois la notion de dialogue compétitif en droit interne aux termes de l'article 27 de la loi du 15 août 2006, tel que modifié par l'article 23 de la loi du 5 août 2011 modifiant la loi du 15 juin 2006 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services, constitue une disposition nouvelle.

Ce nouveau mode d'attribution des marchés publics est issu de l'article 29 de la directive 2004/18/CE du Parlement européen et du Conseil du 31 mars 2004 relative à la coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, de fournitures et de services.

Les articles 111 à 114 de l'arrêté royal du 15 juillet 2011 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques exécutent la disposition commentée.

La mise en place de ce nouveau mode de passation vise à pallier le manque de souplesse des procédures classiques lorsque le pouvoir adjudicateur est confronté à un marché complexe.

Le 31^e considérant de la directive 2004/18/CE précise ainsi que « *dans la mesure où le recours à des procédures ouvertes ou restreintes ne permettrait pas l'attribution de tels marchés – les marchés particulièrement complexes – il convient donc de prévoir une procédure flexible qui sauvegarde à la fois la concurrence entre opérateurs économiques et le besoin des pouvoirs adjudicateurs de discuter avec chaque candidat tous les aspects du marché* ».

La Commission européenne a adopté, le 2 février 2008, une communication interprétative concernant l'application du droit communautaire des marchés publics et des concessions aux partenariats public-privé institutionnalisés dans laquelle elle précise que, lorsque « *la création d'un PPPI implique l'attribution d'un marché public entièrement soumis à la directive 2004/18/CE, il se peut que, compte tenu de la complexité financière ou juridique de tels montages, les procédures ouvertes et restreintes définies dans cette directive n'offrent pas une flexibilité suffisante. Pour de telles situations, la directive 2004/18/CE a introduit une procédure innovatrice – le dialogue compétitif – dont le but est, tout en sauvegardant la concurrence entre opérateurs économiques, de prendre en compte le besoin des entités adjudicatrices de discuter avec chaque candidat tous les aspects du marché* »¹.

1. Communication interprétative de la Commission européenne concernant l'application du droit communautaire des marchés publics et des concessions aux partenariats public-privé institutionnalisés (PPPI) du 5 février 2008, C(2007) 6661, p. 6.

La Commission européenne a également reconnu le caractère insuffisant des différents outils qu'offraient déjà les directives « marchés public » permettant au pouvoir adjudicateur de passer un marché pour lequel ses besoins n'étaient pas encore parfaitement défini. Le pouvoir adjudicateur pouvait ensuite recourir à la procédure du dialogue technique en interrogeant une ou plusieurs entreprises afin de définir les spécifications de la future commande au regard des besoins du pouvoir adjudicateur. Il était également possible d'attribuer un contrat de services (conception de l'objet de la commande envisagée par le pouvoir adjudicateur) suivi d'un contrat de fournitures ou encore de lancer un concours pour la conception suivi de l'attribution d'un contrat de services, de fournitures ou de travaux. La Commission relève toutefois que *« comme précisé dans le débat consécutif au Livre vert et souligné par le Parlement européen durant l'adoption des directives 97/52/CE et 98/4/CE, ces possibilités ne sont pas toujours suffisantes. En effet, dans l'hypothèse d'un dialogue technique, l'entreprise aidant le pouvoir adjudicateur à définir les spécifications par «un dialogue technique» avec ce dernier ne peut pas participer à la procédure d'adjudication ultérieure basée sur de telles spécifications, dans la mesure où ceci serait contraire à une saine concurrence, comme exprimé dans le 10^e considérant de la directive 97/52/CE. L'hypothèse de marchés scindés (contrat d'études ou concours) ne permet pas non plus qu'une même entreprise soit concepteur et réalise le projet »*¹.

Ce sont ces considérations qui ont conduit le législateur européen à prévoir une procédure de passation dont le déroulement permet au pouvoir adjudicateur de mener un véritable dialogue avec les soumissionnaires au sujet des modalités techniques du marché.

C'est également en ce sens que le Comité économique et social européen a pris position dans son avis rendu sur la proposition de directive du Parlement européen et du Conseil relative à la coordination des procédures de passation des marchés publics de fournitures, de services et de travaux dans lequel il exprime l'opinion suivante: *« le dialogue compétitif entre pouvoir adjudicateur et candidats est une innovation heureuse car les pouvoirs adjudicateurs doivent pouvoir examiner des solutions innovantes lorsqu'ils ne connaissent pas ou sont objectivement dans l'incapacité d'évaluer ce que le marché peut offrir en termes de solutions techniques ou financières. La jurisprudence de la Cour de Justice ne permet pas un tel dialogue dans le cadre des procédures ouvertes et restreintes actuelles et les dispositions existantes concernant le recours à la procédure négociée avec publication préalable d'un avis sont limitées à des situations exceptionnelles »*².

La Commission avait d'ailleurs, dans un premier temps, souhaité remplacer la procédure négociée par celle du dialogue compétitif pour ensuite, décider d'élargir les cas dans lesquels le pouvoir adjudicateur pouvait recourir à la procédure négociée avec publicité en l'y autorisant lorsque le marché était considéré comme particulièrement complexe et ce, sans

1. Directive du Parlement européen et du conseil relative à la coordination des procédures de passation des marchés publics de fournitures, de services et de travaux, COM, 2000/275, p. 6.
2. Avis du Comité économique et social sur la proposition de directive du Parlement européen et du Conseil relative à la coordination des procédures de passation des marchés publics de fournitures, de services et de travaux, COM, 2000/275, final – 2000/0115, COD disponible sur http://eesc.europa.eu/documents/opinions/avis_fr.asp (4 avril 2008).

créer de nouvelle procédure. Aucune de ces deux solutions n'a été suivie et la Commission a finalement décidé de faire du dialogue compétitif une procédure à part entière¹.

Dans son *Livre vert* du 30 avril 2004 sur les partenariats public-privé et le droit communautaire des marchés publics et des concessions, la Commission européenne avait déjà constaté que l'avantage de cette nouvelle procédure de passation sera d'assurer la flexibilité nécessaire aux discussions avec les candidats de tous les aspects du marché tout en veillant à ce que ces discussions soient menées dans le respect des principes de transparence et d'égalité de traitement².

Cet élément avait également été mis en évidence par la Commission européenne dans son *Livre blanc* du 11 mars 1998, dans lequel elle constate que *« dans des marchés particulièrement complexes et en évolution constante, les acheteurs connaissent leurs besoins mais ignorent à l'avance la meilleure solution technique pour les satisfaire. Par conséquent, dans de tels cas, une discussion du contrat et un dialogue entre acheteurs et fournisseurs s'avère nécessaire. Or, les procédures de droit commun prévues par les directives « classiques » ne laissent qu'une marge très réduite pour la discussion au cours de la procédure d'adjudication et sont perçues comme trop rigides pour ce type de situation »*³.

Comme cela a été mis en évidence par la Commission, les procédures classiques ne permettent pas au pouvoir adjudicateur de négocier avec les soumissionnaires à propos des différents aspects du marché, à l'exception des hypothèses limitativement énumérées qui justifient le recours à la procédure négociée avec ou sans publicité. Il faut ajouter que la procédure négociée ne présente pas exactement les mêmes atouts que la procédure négociée dans la mesure où cette dernière exige que le pouvoir adjudicateur dispose d'un projet initial, notamment en ce qui concerne les caractéristiques techniques de la commande, que les offres soient déposées et que celles-ci soient soumises à la négociation avec les entreprises sélectionnées. Par contre, dans le cadre du dialogue compétitif, les entreprises ne sont pas appelées à déposer une offre dès le début de la procédure dans la mesure où le pouvoir adjudicateur n'a, par hypothèse, pas pu préalablement définir la prestation attendue⁴.

Les procédures classiques ne permettent pas davantage au pouvoir adjudicateur d'interroger les soumissionnaires sur les spécifications techniques de la commande qu'il entend passer dans la mesure où celles-ci doivent être déterminées unilatéralement par le pouvoir adjudicateur dans le cahier spécial des charges.

Sous réserve des variantes éventuellement admises, les soumissionnaires n'ont dès lors pas la possibilité de s'écarter des spécifications techniques prévues par le cahier spécial

1. D. D'HOOGHE et S. JOCHEMS, « De 'concurrentiegericht dialogoog': much ado about nothing? », *T.B.P.*, 2005, p. 520 ; S. VAN GARSSE, « Nieuwe richtlijn overheidsopdrachten », *N.J.W.*, 2004, p. 947.
2. *Livre vert de la Commission européenne du 30 avril 2004 sur les partenariats public-privé et le droit communautaire des marchés publics et des concessions*, pp. 10-11.
3. Commission européenne, Les marchés publics dans l'Union européenne, communication du 11 mars 1998, COM(98)143, p. 7.
4. FLAMME, P., FLAMME, M.-A. et DARDENNE, C., *Les marchés publics européens et belge. L'irrésistible européenneisation du droit de la commande publique*, 2^e éd. revue et augmentée par Ph. FLAMME, Larcier, 2009, p. 203.

des charges pour offrir un service alternatif qui permettrait de répondre, de manière équivalente, aux objectifs poursuivis par le pouvoir adjudicateur.

Les procédures classiques ne permettent donc pas de profiter de l'inventivité des soumissionnaires et peuvent s'avérer insuffisantes lorsque le pouvoir adjudicateur est confronté à un marché à ce point complexe qu'il est dans l'impossibilité de déterminer, sans l'aide des soumissionnaires actifs dans le secteur concerné, les modalités techniques qui permettraient de répondre à ses besoins.

2. Le dialogue compétitif est défini par l'article 3, 9° de la loi du 15 juin 2006 comme « *la procédure de passation à laquelle tout entrepreneur, fournisseur ou prestataire de services peut demander à participer et dans laquelle le pouvoir adjudicateur conduit un dialogue avec les candidats sélectionnés à cette procédure, en vue de développer une ou plusieurs solutions aptes à répondre à ses besoins et sur la base de laquelle ou desquelles les candidats retenus seront invités à remettre une offre* ».

II. Champ d'application : un marché particulièrement complexe

3. À l'instar de la procédure négociée, le dialogue compétitif ne constitue pas un mode de passation auquel le pouvoir adjudicateur peut recourir librement. Offrant une certaine souplesse de nature à rendre plus délicat le respect des principes de transparence et d'égalité entre les soumissionnaires, le dialogue compétitif ne peut être utilisé que pour les marchés particulièrement complexes lorsque le pouvoir adjudicateur n'est objectivement pas en mesure de définir les moyens techniques aptes à satisfaire ses besoins ou d'évaluer ce que le marché peut offrir en termes de solutions techniques, financières ou juridiques et qu'il estime que le recours à la procédure ouverte ou restreinte ne permettra pas de passer le marché.

Ni la loi du 15 juin 2006 ni la directive européenne 2004/18/CE ne définissent la notion de marché particulièrement complexe ou ne dressent de liste exhaustive des hypothèses de marché complexe.

La Commission européenne a d'ailleurs précisé – et on le comprend aisément – qu'il était impossible d'énumérer tous les cas de marchés particulièrement complexes ou d'en donner une définition permettant de couvrir toutes les hypothèses pouvant se présenter¹.

Le Comité économique et social européen a, dans son avis concernant la directive européenne, souligné qu'« *il n'est pas souhaitable de délimiter de façon trop étroite la notion de marché public particulièrement complexe tant les évolutions économiques et techniques rendent l'appréciation de cette notion difficile* »².

1. Avis de la Commission, COM(2003)503, p. 7.

2. Avis du Comité économique et social sur la proposition de directive du Parlement européen et du Conseil relative à la coordination des procédures de passation des marchés publics de fournitures, de services et de travaux, COM(2000) 275 final – 2000/0115 COD, disponible sur http://eesc.europa.eu/documents/opinions/avis_fr.asp (4 avril 2008).

L'article 27 de la loi du 15 juin 2006 vise trois situations qui peuvent justifier le recours à la procédure du dialogue compétitif et qui viennent délimiter la notion de complexité du marché. Il est, en effet, prévu que le pouvoir adjudicateur peut recourir au dialogue compétitif dans le cas d'un marché complexe :

- lorsque le pouvoir adjudicateur n'est objectivement pas en mesure de définir les moyens techniques aptes à satisfaire ses besoins.. Cette hypothèse peut être qualifiée de « complexité technique » ;
- lorsque le pouvoir adjudicateur n'est objectivement pas en mesure d'établir le montage juridique et/ou financier d'un projet, c'est-à-dire d'évaluer ce que le marché peut offrir en termes de solutions techniques, financières ou juridiques. Il s'agit de l'hypothèse de la « complexité juridique ou financière » ;
- et lorsque le pouvoir adjudicateur estime que le recours à la procédure ouverte ou restreinte ne permet pas de passer le marché¹.

A. Complexité objective

Avant de préciser ce que recouvre cette complexité, il convient de rappeler que la complexité du marché doit revêtir un caractère objectif². Il ne suffit donc pas que le pouvoir adjudicateur déclare se trouver dans l'impossibilité de déterminer précisément quels sont les moyens aptes à satisfaire ses besoins ou d'évaluer ce que le marché peut offrir en termes de solutions juridiques et/ou financières.

La fiche explicative relative au dialogue compétitif établie par la Commission européenne nuance tout de même cette conception objective en rappelant que l'examen doit se faire au cas par cas en fonction de la nature du marché en question et en tenant compte des capacités du pouvoir adjudicateur concerné. Le pouvoir adjudicateur devra en réalité démontrer qu'en mettant en œuvre des moyens raisonnables il n'a pas été en mesure de déterminer les moyens techniques aptes à répondre à ses besoins ou à identifier la meilleure solution juridico-financière pour le marché envisagé³.

Si l'on peut admettre que l'appréciation du caractère complexe d'un marché peut être relative⁴, limiter l'exigence de complexité à une approche subjective aurait permis au pouvoir adjudicateur de recourir au dialogue compétitif, procédure qui revêt un caractère exceptionnel, sans avoir à démontrer que la condition de complexité était bel et bien rencontrée⁵.

À cet égard, le rôle de l'autorité de contrôle sera de déterminer si le pouvoir adjudicateur a correctement appliqué la notion de marché complexe. Il reviendra au juge d'examiner, au cas par cas, si le pouvoir adjudicateur se trouvait bien dans l'impossibilité, sans qu'une cri-

1. L'article 23 de la loi du 5 août 2011 complète l'article 27 de la loi du 15 juin 2006 pour le mettre en parfaite conformité avec la directive – Exposé des motifs, *Doc. parl.*, Chambre, 2010-2011, n° 1590/1, p. 11.

2. V. BERTRAND, « La réforme européenne des marchés publics dans les secteurs classiques », *J.T.D.E.*, 2005, p. 7 ; P. THIEL et V., DOR, *Le nouveau régime des marchés publics: Principales innovations introduites par les lois des 15 et 16 juin 2006*, Waterloo, Kluwer, 2007, p. 132 ; C. DE KONINCK, *Overheidsopdrachtenrecht (Klassieke sectoren)*, Boek I, Anvers, Maklu, 2004, p. 115.

3. Commission européenne, Fiche explicative – Dialogue compétitif – Directive classique, CC/2005/04/FR, p. 2.

4. A.-L. DURVIAUX, *Logique de marché et marché public en droit communautaire. Analyse critique d'un système*, Bruxelles, Larcier, 2006, p. 512.

5. D. D'HOOGHE et S. JOCHEMS, *op.cit.*, p. 513.

tique ne puisse lui être adressée, de déterminer les modalités techniques ou le montage juridico-financier du marché¹.

Lors de cet examen, il devra être tenu compte des capacités propres du pouvoir adjudicateur notamment au regard des moyens humains et matériels dont il dispose. Ainsi, en ce qui concerne la complexité technique, il nous semble qu'il ne devrait pas être requis que le marché concerne nécessairement un secteur technologique de pointe. Le pouvoir adjudicateur peut, dans certains cas, être dans l'impossibilité de déterminer avec précision les caractéristiques techniques du produit ou du service apte à répondre de manière optimale à ses besoins tout simplement parce qu'il n'est pas équipé pour le faire. À titre d'exemple, on peut penser à un pouvoir adjudicateur confronté à la nécessité de réaliser des travaux d'isolation dans un bâtiment qui lui appartient. S'il s'avérait que le pouvoir adjudicateur ne dispose pas de la possibilité d'avoir une connaissance suffisante du marché des matériaux et des techniques d'isolation thermique, le recours à la procédure du dialogue compétitif pourrait éventuellement se justifier puisqu'elle serait de nature à permettre au pouvoir adjudicateur de dialoguer avec les entreprises du secteur et de déterminer la solution technique la plus efficiente pour répondre à son besoin.

B. Complexité technique

La fiche explicative relative au dialogue compétitif publiée par la Commission nous éclaire sur la notion de complexité technique.

La Commission distingue à cet égard deux possibilités :

- soit le pouvoir adjudicateur n'est pas en mesure de déterminer les moyens techniques qui satisferont ses besoins même pas en termes de fonctionnalités ou de performances conformément à l'article 41 de la loi ;
- soit il n'est pas en mesure de déterminer la meilleure solution parmi les différentes options possibles, ce dernier cas étant, selon la Commission, le plus fréquent².

La complexité technique se rencontrera probablement de manière récurrente pour des marchés passés dans un secteur qui évolue rapidement, comme le secteur informatique ou celui des soins de santé³ ou encore qui justifie que le pouvoir adjudicateur soit à la recherche de solutions innovantes⁴.

On retrouve également certains exemples de marchés particulièrement complexes dans le préambule de la Directive 2004/18/CE, à savoir la réalisation d'importantes infrastructures de transport intégrées ou encore la réalisation de grands réseaux informatiques.

1. P. THIEL et V. DOR, *op.cit.*, p. 131 ; Fiche explicative de la Commission européenne relative au dialogue compétitif, CC/2005/04 FR, p. 2.

2. Fiche explicative de la Commission européenne relative au dialogue compétitif, CC/2005/04 FR, p. 3.

3. C. DE KONINCK, « Nieuwigheden in het voorstel tot richtlijn van het Europees Parlement en de Raad betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor leveringen, diensten en werken », *Actuele vraagstukken van het overheidsopdrachtenrecht*, Anvers, Maklu, 2002, p. 78.

4. D. D'HOOGHE et S. JOCHEMS, *op.cit.*, p. 511.

C. Complexité juridique ou financière

Cette hypothèse vise le cas dans lequel le pouvoir adjudicateur veut réaliser un projet comportant un financement complexe et structuré, dont le montage financier et juridique ne peut pas être prescrit à l'avance.

La complexité juridique ou financière recouvre principalement les projets de partenariat public-privé pour lesquels la forme du financement privé n'est pas connue l'avance. Une telle complexité peut, par exemple, exister lorsque l'autorité publique ne sait pas encore si la meilleure solution implique un financement public, un partage des risques financiers ou un système dans lequel le particulier supporte tous les risques¹. Dans ce cas, le pouvoir public n'est pas en mesure de déterminer si la collaboration qu'il entend entamer avec un partenaire privé prendra la forme d'un marché public ou d'une concession.

Avant l'introduction du dialogue compétitif en droit belge, cette incertitude pouvait conduire le pouvoir adjudicateur à passer le contrat sans respecter les règles applicables à la passation de marchés publics. Si le pouvoir public s'apercevait ultérieurement que l'opérateur économique n'était pas prêt à assumer un risque financier, il devait obligatoirement, sauf à violer le droit communautaire, recommencer la procédure conformément au droit des marchés publics².

Le recours à la procédure du dialogue compétitif permet d'éviter cet écueil dans la mesure où cette procédure offre non seulement la possibilité de dialoguer avec les opérateurs économiques afin de savoir dans quelle mesure ils sont prêts à assumer les risques financiers du marché (et donc de déterminer la nature du montage juridico-financier du projet) mais permet également de répondre aux exigences du droit des marchés publics s'il s'avérait finalement que le marché devait prendre la forme d'un marché public³.

D. Le recours à la procédure ouverte ou restreinte ne permet pas de passer le marché

L'article 23 de la loi du 5 août 2011 modifiant la loi du 15 juin 2006 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services a modifié le paragraphe premier de l'article 27 de la loi du 15 juin 2006 afin d'y ajouter que pour recourir à la procédure du dialogue compétitif, le pouvoir adjudicateur doit non seulement se trouver confronté à un marché complexe mais également – et c'est là que la loi du 5 août 2011 apporte une nouveauté – que le pouvoir adjudicateur estime que le recours à la procédure ouverte ou restreinte ne permettra pas de passer le marché.

L'objectif de cette modification législative est de mettre cette disposition en parfaite conformité avec l'article 29 de la directive 2004/18/CE⁴. La procédure du dialogue compétitif est, en effet, conçue par la directive précitée comme un mode de passation destiné à être mis en œuvre en cas de carence des procédures ouvertes et restreintes.

1. D. D'HOOGHE et S. JOCHEMS, *op.cit.*, p. 512.

2. Fiche explicative de la Commission européenne relative au dialogue compétitif, CC/2005/04 FR, p. 3.

3. *Ibidem*.

4. Exposé des motifs, *Doc. parl.*, Chambre, 2010-2011, n° 1590/1, p. 11.

L'article 27 de la loi du 15 juin 2006 ainsi modifié fait usage de la conjonction de coordination « et » lorsqu'il énonce les conditions qui doivent être réunies pour justifier de passer le marché selon la procédure du dialogue compétitif. La complexité du marché et la conviction du pouvoir adjudicateur selon laquelle les procédures classiques ne pourraient permettre de passer le marché sont donc bien deux conditions cumulatives. Pour justifier le recours à une telle procédure, le pouvoir adjudicateur devra donc démontrer que la complexité objective technique ou juridico-financière qu'il a constaté et de nature à rendre inefficace les procédures ouvertes ou restreintes. Il suffit toutefois que le pouvoir adjudicateur ait, à juste titre, estimé que cette complexité empêchait le recours aux procédures classiques. Il ne faut, par contre, pas qu'une procédure ouverte ou restreinte ait été lancée et n'ait pas pu aboutir. Une telle exigence reviendrait à priver la procédure du dialogue compétitif d'une grande partie de son utilité.

III. Conduite de la procédure

4. La loi du 15 juin 2006 se borne à fixer certains principes qui devront être respectés lors de la procédure de passation. Il s'agit de l'égalité de traitement de tous les participants au cours du dialogue et de la non divulgation aux participants des solutions proposées ou d'autres informations confidentielles communiquées par un participant au dialogue sans l'accord de celui-ci.

Pour le surplus, le législateur confie au Roi le soin de déterminer concrètement quelle sera la procédure à suivre par le pouvoir adjudicateur lors de la passation d'un marché selon la procédure du dialogue compétitif.

La procédure étant décrite en détail par les articles 111 et suivants de l'arrêté royal du 15 juillet 2011 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques, nous examinerons uniquement de manière schématique les différentes étapes telles qu'elles sont prévues par la directive 2004/18/CE.

A. Publicité

L'article 29, paragraphe 2, de la directive européenne 2004/18/CE précise que « *les pouvoirs adjudicateurs publient un avis de marché dans lequel ils font connaître leurs besoins et exigences, qu'ils définissent dans ce même avis et/ou dans un document descriptif* ».

Quel que soit le mode de passation choisi par le pouvoir adjudicateur – à l'exception de la procédure négociée sans publicité – toute procédure d'attribution d'un marché public implique la publication d'un avis de marché¹.

En ce qui concerne le contenu de l'avis de marché passé selon la procédure du dialogue compétitif, celui-ci devra mentionner le type de procédure suivie, les conditions à remplir par les candidats pour être admis au dialogue, la description des besoins à satisfaire et des

1. Article 19 de la loi du 15 juin 2006.

exigences du pouvoir adjudicateur, ainsi que les critères d'attribution qui seront utilisés pour comparer les offres lors de l'attribution du marché¹.

Les éléments substantiels de l'avis et du document descriptif ne peuvent pas faire l'objet de modification au cours de la procédure². Ainsi les besoins à satisfaire, exprimés par le pouvoir adjudicateur dans l'avis de marché, sont des éléments substantiels du marché et sont donc intangibles.

Les critères d'attribution peuvent également être mentionnés dans le document descriptif, document que l'on peut assimiler à un cahier spécial des charges, mais dont le contenu peut être moins détaillé³.

En ce qui concerne les conditions à remplir par les candidats pour accéder à la phase de dialogue, le projet initial de la directive 2004/18/CE offrait deux possibilités au pouvoir adjudicateur: celui-ci pouvait soit décider de limiter ces conditions à des critères de sélection qualitative, soit combiner ces critères avec l'obligation de déposer une esquisse de solution pouvant être accompagnée d'une estimation du coût de la dite esquisse⁴. Cette seconde possibilité a finalement été abandonnée par la Commission européenne en raison des critiques relatives au respect de la propriété intellectuelle dont elle a fait l'objet tant de la part des entreprises que des pouvoirs adjudicateurs⁵.

B. Sélection des candidats admis au dialogue

L'article 29, paragraphe 3, de la directive européenne 2004/18/CE est libellé ainsi: « *les pouvoirs adjudicateurs ouvrent, avec les candidats sélectionnés conformément aux dispositions pertinentes des articles 44 à 52, un dialogue dont l'objet est l'identification et la définition des moyens propres à satisfaire au mieux leurs besoins* ».

À la suite de la publication de l'avis de marché, les différentes entreprises déposent leur candidature afin de participer au dialogue. En possession des différentes demandes de participation, le pouvoir adjudicateur sélectionne les candidats qui seront invités à participer au dialogue.

L'article 29, paragraphe 3, de la directive 2004/18/CE précise que cette sélection qualitative préalable doit se faire « *conformément aux dispositions pertinentes des articles 44 à 52* ». La sélection des candidats admis au dialogue doit donc se faire conformément aux règles de sélection qualitative classiques. Il appartient donc au pouvoir adjudicateur de vérifier si les candidats ne se trouvent pas dans l'une des causes d'exclusion énumérées par la loi et s'ils ont la capacité économique, technique et financière pour réaliser le marché.

1. P. THIEL et V. DOR, *op.cit.*, p. 134.

2. Fiche explicative de la Commission européenne relative au dialogue compétitif, CC/2005/04 FR, p. 6.

3. Fiche explicative de la Commission européenne relative au dialogue compétitif, CC/2005/04 FR, p. 4.

4. P. THIEL et V. DOR, *op.cit.*, p. 134 ; C. DE KONINCK, « Nieuwigheden in het voorstel tot richtlijn van het Europees Parlement en de Raad betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor leveringen, diensten en werken », *op.cit.*, p. 81 ; A. MATTERA, « Vers un code européen des marchés publics : simplification, modernisation et clarification de la réglementation existante », *Rev. dr. U.E.*, 2000, p. 543.

5. D. D'HOOGHE et S., JOCHEMS, *op.cit.*, p. 514.

C. Phase du dialogue

L'article 29, paragraphe 3, de la directive européenne 2004/18/CE précise que l'objet du dialogue est l'identification et la définition des moyens propres à satisfaire au mieux les besoins du pouvoir adjudicateur. Le dialogue peut porter sur tous les aspects du marché.

Dans le cadre d'une procédure négociée, la négociation a lieu une fois les offres remises par les soumissionnaires. La négociation fait suite à la remise des offres et porte sur leur contenu. Au contraire, le dialogue qui prend place dans une procédure de dialogue compétitif a lieu à un moment où les candidats n'ont pas encore remis leur offre et le dialogue a précisément pour objet d'élaborer, avec le pouvoir adjudicateur, les spécifications techniques sur lesquelles les candidats se baseront pour remettre leur offre après la clôture du dialogue.

D. L'objet du dialogue est donc différent de l'objet de la négociation¹.

L'article 27 de la loi précise que la procédure du dialogue compétitif telle qu'elle doit être organisée par le Roi, doit veiller à garantir l'égalité de traitement de tous les soumissionnaires. Cela implique notamment l'interdiction de donner à certains candidats, de manière discriminatoire, des informations susceptibles de les avantager par rapport à d'autres candidats.

La procédure du dialogue compétitif doit encore assurer le caractère confidentiel des solutions proposées par les candidats au cours du dialogue. Ainsi, les pouvoirs adjudicateurs ne peuvent révéler aux autres participants les solutions proposées ou d'autres informations confidentielles communiquées par un candidat participant au dialogue, sans l'accord de celui-ci.

Afin de respecter le principe de confidentialité des solutions proposées, le pouvoir adjudicateur doit dialoguer individuellement avec chaque candidat. Il y a donc autant de dialogues que de candidats, sauf si les candidats acceptent que leurs propositions soient connues des autres candidats.

La fiche explicative relative au dialogue compétitif adoptée par la Commission européenne précise d'ailleurs que « *le dialogue devra se faire individuellement avec chacun des participants sur la base des idées et solutions de l'opérateur économique concerné* ». Cela doit permettre d'éviter qu'un candidat puisse faire siennes les idées et solutions de son concurrent. Bien entendu cette exigence sera de nature à rendre plus difficile la poursuite d'un dialogue efficace puisqu'il sera impossible, sauf accord des soumissionnaires, de combiner des solutions proposées par différents soumissionnaires ou encore d'améliorer celles-ci en permettant les échanges des idées. De plus, la confidentialité pourrait s'avérer très difficile à respecter en raison du caractère nécessaire complexe du marché. Comment le pouvoir adjudicateur pourra s'assurer qu'il ne révèle aux soumissionnaires aucune information fondamentale de l'offre d'un concurrent alors qu'il n'a nécessairement aucune connaissance du secteur concerné et des produits et solutions disponibles ?

1. P. THIEL et V. DOR, *op.cit.*, p. 135.

Le pouvoir adjudicateur et les candidats peuvent mener un dialogue à propos de tous les aspects du marché. En effet, la discussion pourra porter non seulement sur les éléments techniques du marché, mais également sur ses éléments économiques et juridiques. Le Parlement européen a proposé un amendement ayant pour objet de limiter le dialogue aux seuls aspects non économiques du marché. Cet amendement n'a pas été retenu dans le texte final notamment car une telle limitation ne permettait plus un dialogue pleinement efficace¹.

Si le dialogue peut porter sur tous les aspects du marché, il ne peut pas avoir pour effet de modifier l'objet du marché ou un des éléments fondamentaux de celui-ci. Le dialogue ne peut donc pas conduire le pouvoir adjudicateur à modifier ses besoins tels qu'il les a annoncés dans l'avis de marché ou le document descriptif.

La loi du 15 juin 2006 ne donne aucune indication sur la manière dont le dialogue devra se dérouler. Elle se borne à imposer le respect du principe d'égalité de traitement entre les candidats et l'interdiction de la communication de la solution proposée par un candidat ou d'autres informations confidentielles aux autres candidats participant au dialogue, mais ne précise pas comment réaliser ces objectifs.

Le pouvoir adjudicateur peut décider que le dialogue se déroule par phases successives. Cette méthode consiste pour le pouvoir adjudicateur à éliminer progressivement, au fil du dialogue, les solutions proposées qui ne correspondent pas à ses besoins et, partant, d'éliminer des solutions proposées et non des candidats².

S'il opte pour un dialogue en phases successives, le pouvoir adjudicateur doit le préciser dans l'avis de marché ou dans le document descriptif.

Le dialogue se poursuit « jusqu'à ce qu'il soit en mesure d'identifier la ou les solutions, au besoin après les avoir comparées, qui sont susceptibles de répondre à ses besoins »³.

Lorsque le pouvoir adjudicateur est en mesure de déterminer la ou les solution(s) apte(s) à répondre au mieux à ses exigences et besoins, il clôt le dialogue et invite les candidats à remettre une offre finale sur la base de la ou des solution(s) présentée(s) et spécifiée(s) au cours du dialogue.

Une question importante subsiste quant à la manière dont cette étape de la procédure doit concrètement s'organiser. La directive indique qu' : « après avoir déclaré la conclusion du dialogue et en avoir informé les participants, les pouvoirs adjudicateurs les invitent à remettre leur offre finale sur la base de la ou des solution(s) présentée(s) et spécifiée(s) au cours du dialogue ». Elle ne précise pas cependant ce qu'il faut entendre par l'expression « solutions présentées et spécifiées au cours du dialogue ».

On peut donc se demander s'il existe une obligation pour le pouvoir adjudicateur de rédiger un cahier spécial des charges, ou tout autre document exposant les spécifications

1. D. D'HOOGE et S. JOCHEMS, *op.cit.*, p. 514.

2. S. BRACONNIER, *Précis du droit des marchés publics*, 2^e éd., Paris, Éd. Le Moniteur, 2007, p. 298.

3. Article 29 de la directive 2004/18/CE.

techniques du marché, dans lequel seraient reprises les solutions présentées au cours du dialogue ou si une offre finale doit être remise tout simplement à la suite des discussions menées avec le pouvoir adjudicateur, sans que le résultat de ces négociations ne soit inscrit formellement dans un document clôturant la phase du dialogue. La législation européenne reste muette à ce sujet.

Il nous semble que la rédaction d'un cahier des charges, ou à tout le moins d'un document contenant un certain nombre de précisions pourrait être utile dans la mesure où les candidats ont certes connaissance des critères d'attribution – qui ont été fixés dans l'avis de marché ou le document descriptif – mais ne connaissent pas encore les spécifications techniques du projet puisque, par hypothèse, celles-ci étaient inconnues au moment du lancement de la procédure¹.

Si le pouvoir adjudicateur n'avait pas l'obligation d'établir le moindre document à l'issue du dialogue, il ne serait pas aisé en pratique de distinguer la fin de la phase de dialogue et le début de l'examen des offres finales. Or, cette distinction est très importante dans la mesure où la négociation n'est plus permise une fois le dialogue clos.

En tout état de cause, la question se pose de savoir si le pouvoir adjudicateur doit adopter un document unique ou, au contraire, un document propre à chaque candidat. La deuxième solution nous paraît préférable dans la mesure où la rédaction d'un document unique – que celui-ci reprenne une seule solution ou une combinaison de plusieurs propositions – pourrait porter atteinte à la règle de la confidentialité des solutions des candidats.

Le projet initial de la directive 2004/18/CE prévoyait qu'à la fin du dialogue, le pouvoir adjudicateur devait déterminer, dans un cahier de charges, les spécifications techniques soit en optant pour l'une des solutions proposées, soit en combinant plusieurs de ces solutions.

Cette proposition de la Commission a fait l'objet de nombreuses critiques notamment de la part du Comité économique et social européen. En effet, ce dernier estime qu'il y a là une violation de la confidentialité des offres et que les candidats ne proposeront pas de solutions sérieuses s'ils savent que celles-ci pourront être révélées à la concurrence lors de l'invitation à soumissionner. À cet égard, le Comité s'est exprimé en ces termes : « *si après la phase de négociation, chaque candidat est appelé à remettre sa meilleure offre définitive, sur la base des propositions qu'il a émises auparavant, le projet de directive serait conforme avec la loi type sur la passation des marchés publics de biens, de travaux et de services de la Commission des Nations Unies pour le Droit Commercial International. Le Comité considère en conséquence que les dispositions relatives aux marchés complexes doivent être modifiées et précisées dans le sens indiqué ci-dessus, afin d'assurer un meilleur équilibre entre les intérêts des pouvoirs adjudicateurs et ceux des opérateurs économiques* »².

1. P. THIEL et V. DOR, *op.cit.*, p. 137.

2. D. D'HOOGHE et S. JOCHEMS, *op.cit.*, p. 516 ; Avis du Comité économique et social sur la proposition de directive du Parlement européen et du Conseil relative à la coordination des procédures de passation des marchés publics de fournitures, de services et de travaux, COM(2000) 275 final – 2000/0115 COD.

Néanmoins, la solution qui consiste pour le pouvoir adjudicateur à rédiger un document propre à chaque candidat comporte, elle aussi, plusieurs inconvénients.

Premièrement, il lui sera difficile, dans cette hypothèse, d'assurer l'égalité de traitement entre les candidats. De plus, il ne sera pas aisé de procéder à la comparaison d'offres basées sur des cahiers spéciaux des charges différents et répondant donc à des spécifications techniques différentes. La solution proposée par la Commission européenne, dans sa fiche explicative relative au dialogue compétitif, qui consiste à fixer dans l'avis de marché des critères d'attribution qui sont susceptibles de s'appliquer quelles que soient les spécifications techniques, n'est pas toujours aisée à réaliser en pratique. Enfin, empêcher le pouvoir adjudicateur de combiner plusieurs solutions peut rendre la procédure du dialogue compétitif moins attrayante pour ce dernier.

E. Remise des offres

Averti de la clôture du dialogue, chaque candidat doit remettre son offre finale qui, selon la directive, « *doit comprendre tous les éléments requis et nécessaires pour la réalisation du projet* ».

Si ces offres peuvent faire l'objet de clarifications, précisions ou perfectionnements, il est interdit de modifier des éléments fondamentaux sous peine de fausser la concurrence. Il n'est donc plus question à ce stade de négociation.

Selon Anne-Lawrence Durviaux, l'interdiction de négocier après la clôture du dialogue rend le dialogue compétitif plus rigide que la procédure négociée¹. Nous ne partageons pas cet avis dans la mesure où l'objectif du dialogue est d'aider le pouvoir adjudicateur à déterminer les moyens techniques aptes à répondre à ses besoins ou à l'éclairer sur les solutions juridico-financières envisageables. Or, au moment où il clôt le dialogue, le pouvoir adjudicateur a en principe atteint ce but. Il n'existe donc aucune raison de permettre la négociation ultérieurement.

F. Attribution du marché au soumissionnaire ayant remis l'offre économiquement la plus avantageuse

L'article 29, paragraphe 7, de la directive 2004/18/CE précise que « *les pouvoirs adjudicateurs évaluent les offres reçues en fonction des critères d'attribution fixés dans l'avis de marché ou dans le document descriptif et choisissent l'offre économiquement la plus avantageuse conformément à l'article 53* ».

Le pouvoir adjudicateur doit donc examiner les offres qu'il a reçues, écarter les offres entachées d'une irrégularité et attribuer le marché au mieux disant en fonction des critères d'attribution préalablement établis.

La Commission européenne a tenu compte de la difficulté que peut présenter l'obligation de fixer, préalablement au dialogue, les critères d'attribution du marché, difficulté résultant

1. A.-L. DURVIAUX, *op.cit.*, p. 517.

du caractère complexe du marché, et de l'impossibilité pour le pouvoir adjudicateur de déterminer à ce stade de la procédure les moyens aptes à satisfaire ces besoins ou le montage juridico-financier du projet¹. Dans sa fiche explicative, elle prévoit, en effet, la possibilité de fixer des critères qui pourront être appliqués quelle que soit la solution technique proposée. La Commission nous fournit l'exemple suivant: pour un marché ayant pour objet une infrastructure de transport intégrée, « *des critères d'attribution pourraient être le coût d'établissement et de gestion pour le pouvoir adjudicateur, l'impact environnemental du système, le niveau de confort offert, la fréquence de desserte, la capacité de transport du système, l'accessibilité au système pour les personnes handicapées, la sécurité du système, etc* ».

À propos de la flexibilité dont peut bénéficier le pouvoir adjudicateur pour appliquer les critères d'attribution, le Conseil d'État français a jugé que « *l'article 29 de la directive 2004/18/CE ne fait pas obstacle à ce que, à l'issue de la phase du dialogue, et avant d'inviter les candidats à remettre leur offre finale, le pouvoir adjudicateur précise, compte tenu de la ou des solutions présentées et spécifiées au cours du dialogue, les conditions dans lesquelles il entend faire application des critères d'attribution définis dans l'avis de marché ou le document descriptif, pourvu qu'il ne modifie ni les critères ainsi définis, ni leur pondération, et qu'il porte ces précisions à la connaissance des candidats de manière transparente et non discriminatoire* »².

G. Paiement d'un prix aux soumissionnaires évincés

La directive 2004/18/CE prévoit enfin, en son article 29, paragraphe 8, la possibilité pour le pouvoir adjudicateur d'accorder des prix ou des paiements aux participants du dialogue.

Il s'agit d'une indemnisation des frais supportés par les participants au dialogue, qui peut être versée tant aux candidats qui n'ont pas obtenu le marché qu'au soumissionnaire sélectionné.

Au cours des discussions précédant l'adoption de la directive, il a été question de faire de cette possibilité une obligation pour le pouvoir adjudicateur. Cela a été proposé, d'une part, afin de dissuader le pouvoir adjudicateur de recourir trop rapidement au dialogue compétitif et, d'autre part, afin d'encourager les entreprises à proposer des solutions innovantes³. Cette proposition n'a cependant pas été suivie principalement pour des raisons financières. En effet, une telle obligation aurait dissuadé, voire empêché, les pouvoirs adjudicateurs, faute de moyens, de passer leur marché selon la procédure du dialogue compétitif.

1. P. THIEL et V. DOR, *op.cit.*, p. 135.

2. C.E., 29 octobre 2004, n° 269.814.

3. D. D'HOOGHE et S. JOCHEMS, *op.cit.*, p. 517 ; S. VAN GARSSE, « Nieuwe richtlijn overheidsopdrachten : Codificatie van het Europees aanbestedingsrecht in de klassieke sectoren », *N.J.W.*, 2004, p. 948.