

I. Le dialogue compétitif dans les textes européens : alternative, complément ou substitut à la procédure négociée ?

a). L'introduction du dialogue compétitif dans la Directive 2004/18/CE : un « palliatif des excès » de la procédure négociée

26. Le dialogue compétitif a été introduit dans la réglementation européenne des marchés publics par la Directive du Parlement européen et du Conseil n° 2004/18/

CE du 31 mars 2004, relative à la coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, de fournitures et de services.

Selon son article 1.11, il s'agissait à l'origine d' « une procédure, à laquelle tout opérateur économique peut demander à participer et dans laquelle le pouvoir adjudicateur conduit un dialogue avec les candidats admis 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 sélectionnés seront invités à remettre une offre.

Aux fins du recours à la procédure visée au premier alinéa, un marché public est considéré comme « particulièrement complexe » lorsque le pouvoir adjudicateur :

- n'est objectivement pas en mesure de définir, conformément à l'article 23, paragraphe 3, point b), c) ou d), 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 ».

27. La genèse du dialogue compétitif a fait couler beaucoup d'encre, tant au niveau des institutions européennes qu'en doctrine².

Rappelons simplement ici que, à l'époque de la révision des anciennes directives « marchés publics », en vue d'établir une réglementation consolidée pour les secteurs classiques (et pour les secteurs spéciaux), se cristallisait un certain consensus autour du constat d'une multiplication des marchés complexes (développement informatique, outsourcing et partenariats de longue durée avec le secteur privé, nouvelles approches de financement d'infrastructures publiques – sans qu'il puisse s'agir pour autant de concessions –) et d'une inadéquation des procédures de passation existantes pour y faire face³. Certains Etats avaient d'ailleurs, déjà, tenté d'« aménager » les procédures « classiques » afin d'appréhender ces marchés et montages complexes⁴.

L'« alternative » consistait à multiplier les recours à la procédure négociée avec publicité, fondés, de manière toutefois incertaine⁵, sur l'impossibilité de fixer préalablement les prix (pour les marchés de travaux et de services) ou de définir les spécifications du marché (pour les marchés de services). La procédure négociée étant toutefois réservée par principe à un usage exceptionnel, une telle pratique

² Voyez notamment à cet égard C. DUBOIS et J. DUVAL, « Le dialogue compétitif. Une nouvelle procédure de passation pour des marchés complexes », *C.D.P.K.*, 2012, pp. 360 et s. ; également N. BRAECKEVELT, A. LOGGHE et F. ONGENA, *op. cit.*, pp. 882 et s. ; M. BURNETT, « PPP and EU Public Procurement Reform – Time to Change the Rules for Competitive Dialogue ? », *E.P.P.P.L.*, 2011/2, p. 64.

³ S. ARROWSMITH et S. TREUMER, *op. cit.*, pp. 16-17.

⁴ *Idem*, pp. 17-18, évoquant notamment l'appel d'offres sur performances français et les libertés prises par le législateur britannique avec le cadre européen.

⁵ Voyez à cet égard également *infra* et les péripéties vécues par la Belgique.

ne pouvait que susciter recours et récriminations, en particulier de la part de la Commission européenne⁶.

La Commission est demeurée dans cette logique, lors de la préparation du « paquet » de directives européennes de 2004, tout en reconnaissant la nécessité d'offrir dans certaines circonstances plus de flexibilité⁷ aux pouvoirs adjudicateurs pour la conduite de leurs procédures de marchés. Elle s'est ainsi opposée à l'élargissement des hypothèses de recours à la procédure négociée, qu'elle trouvait également inadéquate pour une attribution « optimale » des marchés complexes, et a privilégié la confection d'une procédure nouvelle, « sur mesure »⁸.

Ainsi, selon M. BURNETT⁹, « *the Negotiated Procedure with notice had often been applied in a manner not calculated to optimize value for money for the public sector ie with the fast track selection of a "preferred bidder" on the basis of heavily conditional offers, or, in some cases, indicative offers. In particular, this arose, in the case of PPP contracts, from the fact that lenders were not sufficiently engaged with the process until the winning bidder was selected ie that they did not undertake due diligence and had not signed off on the terms of the contract between the Contracting Authority and the bidders. This in turn meant that bidders could not come to final tender stage with committed finance (...) and thus, driven by lender requirements which did not emerge until after the selection of the preferred bidder, subsequently sought to introduce qualifications and conditions associated with the matters included in the bidder's offer which had been stated to be unconditional and which were thus relied upon by the Contracting Authority in selecting the preferred bidder. Thus lengthy post-tender negotiations with the "preferred supplier" often occurred after competition had been eliminated, often on significant elements of the contract* », ceci augmentant dès lors les risques de recours longs, coûteux et embarrassants, voire de devoir renoncer à la procédure pour éviter de commettre une illégalité, la conclusion du marché avec le soumissionnaire préférentiel, dans des conditions respectueuses des règles de concurrence, s'avérant impossible¹⁰.

⁶ S. ARROWSMITH et S. TREUMER, *op. cit.*, pp. 20-21.

⁷ Voyez la Fiche explicative de la Commission européenne sur le dialogue compétitif, Document CC/2005/04 FR – Révision du 5.10.2005.

⁸ S. ARROWSMITH et S. TREUMER, *op. cit.*, p. 22.

⁹ *Op. cit.*, p. 65.

¹⁰ *Idem*, pp. 65-66. Comparez « Livre vert sur la modernisation de la politique de l'UE en matière de marchés publics – Vers un marché européen des contrats publics plus performant » du 27 janvier 2011, COM (2011) 15/4, page 15 : « *Les avantages qui pourraient résulter de cette plus grande souplesse et d'une éventuelle simplification doivent être mis en balance avec un risque accru de favoritisme et, plus généralement, d'un excès de subjectivité dans les décisions, lié à la marge d'appréciation plus grande laissée aux pouvoirs adjudicateurs par la procédure négociée. En cas d'exercice d'une telle subjectivité, il serait plus difficile de prouver que le marché ne comporte pas d'aide d'État. De surcroît, il n'est utile de laisser plus de latitude aux pouvoirs adjudicateurs que s'ils possèdent l'expertise technique, la connaissance du marché et les compétences nécessaires pour bien négocier avec les fournisseurs* ».

Toutes ces raisons –plus ou moins bonnes ou cohérentes, nous y reviendrons– ont donc justifié à l'époque l'introduction de la procédure de dialogue compétitif et le maintien « en l'état » de la procédure négociée avec publicité, quant à son déroulement et quant aux conditions de son utilisation.

28. Aussi, la nouvelle procédure était, selon le considérant n° 31 de la Directive 2004/18/CE, supposée répondre aux objectifs suivants :

« Les pouvoirs adjudicateurs qui réalisent des projets particulièrement complexes peuvent, sans qu'une critique puisse leur être adressée à cet égard, être dans l'impossibilité objective de définir les moyens aptes à satisfaire leurs besoins ou d'évaluer ce que le marché peut offrir en termes de solutions techniques et/ou de solutions financières/juridiques. Cette situation peut notamment se présenter pour 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 et juridique ne peut pas être prescrit à l'avance. Dans la mesure où le recours à des procédures ouvertes ou restreintes ne permettrait pas l'attribution de tels marchés, 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. Toutefois, cette procédure ne doit pas être utilisée de manière à restreindre ou fausser la concurrence, en particulier par des modifications d'éléments fondamentaux des offres ou en imposant des éléments nouveaux substantiels au soumissionnaire retenu, ou en impliquant tout autre soumissionnaire que celui ayant remis l'offre économiquement la plus avantageuse ».

Malgré toute la conviction de la Commission en faveur de ce nouveau mode de passation, celui-ci n'a pas été imposé aux Etats membres, mais uniquement proposé à titre *facultatif* ; à cet égard, le considérant n° 16 de la Directive 2004/18/CE précise : « Afin de tenir compte des diversités existant dans les Etats membres, il convient de laisser à ces derniers le choix de prévoir la possibilité pour les pouvoirs adjudicateurs de recourir à des accords-cadres, à des centrales d'achat, à des systèmes d'acquisition dynamiques, à des enchères électroniques et au dialogue compétitif, tels que définis et réglementés par la présente directive ».

L'article 29.1 de la Directive 2004/18 disposait dès lors que les Etats membres *peuvent* prévoir que le pouvoir adjudicateur puisse, dans les conditions énoncées par cette même disposition, recourir au dialogue compétitif¹¹.

La procédure de dialogue compétitif n'était pas formellement prévue, en revanche, par la Directive 2004/17/CE du Parlement européen et du Conseil du 31 mars 2004 portant coordination des procédures de passation des marchés dans

¹¹ On examinera ci-dessous si et dans quelle mesure les Etats ont fait usage de cette faculté et, singulièrement, le parcours de mise en œuvre du dialogue compétitif en Belgique.

les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux¹². Comme la Commission le relève justement dans sa Fiche explicative relative au dialogue compétitif, le recours à la procédure négociée avec mise en concurrence n'était effectivement pas limité à des cas exceptionnels dans le cadre de ces secteurs et il y est permis de modifier les documents de marché en cours de négociation. La Commission ajoute toutefois que « rien n'empêche une entité adjudicatrice, ayant choisi une procédure négociée avec mise en concurrence préalable, de stipuler dans le cahier des charges que la procédure se déroulera comme le prévoit la directive classique pour le dialogue compétitif »¹³.

29. Le « cadre » établi par la Directive 2004/18/CE pour la transposition du dialogue compétitif se résumait à un seul article :

« Article 29.1 (...) »

L'attribution du marché public est faite sur la seule base du critère d'attribution de l'offre économiquement la plus avantageuse.

2. 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.

3. 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. Au cours de ce dialogue, ils peuvent discuter tous les aspects du marché avec les candidats sélectionnés.

Au cours du dialogue, les pouvoirs adjudicateurs assurent l'égalité de traitement de tous les soumissionnaires. En particulier, ils ne donnent pas, de manière discriminatoire, d'information susceptible d'avantager certains soumissionnaires par rapport à d'autres.

¹² Dans les lignes qui suivent, nous concentrons dès lors notre analyse sur la comparaison entre la procédure négociée et le dialogue compétitif dans les secteurs classiques, et laissons essentiellement de côté les secteurs spéciaux, par rapport auxquels la comparaison n'a pas encore de vécu pratique.

¹³ Voyez la Fiche explicative précitée, note infrapaginale n° 2, première page. On pourrait toutefois s'interroger sur l'utilité pratique d'un tel recours indirect au dialogue compétitif pour les entités adjudicatrices soumises à la réglementation des secteurs spéciaux. La Commission réitère, pour sa part, cette observation dans son Livre vert sur la modernisation de la politique de l'UE en matière de marchés publics – Vers un marché européen des contrats publics plus performant, publié le 27 janvier 2011 – Document COM (2011) 15/4, page 48 et note infrapaginale 95 (sur ce document, voyez également *infra*). On notera par ailleurs que les institutions européennes n'ont pas suivi le même raisonnement en matière de marchés de défense et de sécurité, la procédure de dialogue compétitif ayant bel et bien été insérée dans la directive relative à ces marchés, alors même que ceux-ci peuvent également être passés librement par procédure négociée avec publicité (voyez, sur les raisons peu convaincantes de cette différence d'approche, S. VAN GARSE, « De concurrentiedialoog : een inleidende situering », in S. VAN GARSE (dir.), *De concurrentiedialoog*, Bruges, die Keure, 2014, p. 7).

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.

4. Les pouvoirs adjudicateurs peuvent prévoir que la procédure se déroule en phases successives de manière à réduire le nombre de solutions à discuter pendant la phase du dialogue en appliquant les critères d'attribution indiqués dans l'avis de marché ou dans le document descriptif. Le recours à cette faculté est indiqué dans l'avis de marché ou dans le document descriptif.

5. Le pouvoir adjudicateur poursuit le dialogue 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.

6. 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 solutions présentées et spécifiées au cours du dialogue. Ces offres doivent comprendre tous les éléments requis et nécessaires pour la réalisation du projet.

Sur demande du pouvoir adjudicateur, ces offres peuvent être clarifiées, précisées et perfectionnées. Cependant, ces précisions, clarifications, perfectionnements ou compléments ne peuvent avoir pour effet de modifier des éléments fondamentaux de l'offre ou de l'appel d'offres, dont la variation est susceptible de fausser la concurrence ou d'avoir un effet discriminatoire.

7. 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.

À la demande du pouvoir adjudicateur, le soumissionnaire identifié comme ayant remis l'offre économiquement la plus avantageuse peut être amené à clarifier des aspects de son offre ou à confirmer les engagements figurant dans celle-ci, à condition que ceci n'ait pas pour effet de modifier des éléments substantiels de l'offre ou de l'appel d'offres, de fausser la concurrence ou d'entraîner des discriminations.

8. Les pouvoirs adjudicateurs peuvent prévoir des prix ou des paiements aux participants au dialogue ».

À titre de comparaison, l'article 30 de la même Directive énonçait uniquement, en matière de procédure négociée avec publicité préalable :

« Article 30 (...) »

2. Dans les cas visés au paragraphe 1, les pouvoirs adjudicateurs négocient avec les soumissionnaires les offres soumises par ceux-ci afin de les adapter aux exigences qu'ils ont indiquées dans l'avis de marché, dans le cahier des charges et dans les documents complémentaires éventuels et afin de rechercher la meilleure offre conformément à l'article 53, paragraphe 1.

3. *Au cours de la négociation, les pouvoirs adjudicateurs assurent l'égalité de traitement de tous les soumissionnaires. En particulier, ils ne donnent pas, de manière discriminatoire, d'information susceptible d'avantager certains soumissionnaires par rapport à d'autres.*

4. *Les pouvoirs adjudicateurs peuvent prévoir que la procédure négociée se déroule en phases successives de manière à réduire le nombre d'offres à négocier en appliquant les critères d'attribution indiqués dans l'avis de marché ou dans le cahier des charges. Le recours à cette faculté est indiqué dans l'avis de marché ou dans le cahier des charges ».*

Les deux procédures présentaient donc, dans cette Directive de 2004, la caractéristique commune d'un énoncé laconique de leur cadre et de leurs modalités de déroulement. En revanche, dans l'esprit de la Commission européenne, tout devait les séparer quant à leur champ d'application et, visiblement, à leur essor respectif...

b). Réception et interprétation par les Etats membres¹⁴

30. La plupart des Etats membres ont, chacun à son propre rythme, transposé la procédure de dialogue compétitif et, ce, de façon très respectueuse du texte des directives dont les législations nationales s'écartèrent peu et se gardèrent bien, le plus souvent, de compléter le contenu¹⁵.

Selon les premières études réalisées sur la transposition du « paquet 2004 », les Etats membres les plus enthousiastes pour le dialogue compétitif étaient la

¹⁴ Pour plus de détails sur les particularités de transposition du dialogue compétitif dans les Etats membres, il est globalement renvoyé aux chapitres consacrés aux « principaux » Etats européens par S. ARROWSMITH et S. TREUMER, *op. cit.*

¹⁵ J. VAN DER SNICKT, *op. cit.*, pp. 914 et s. Certains ont toutefois, à cette occasion, saisi la faculté qui leur était donnée d'en restreindre le champ d'application, comme les législateurs anglais et allemand, qui ont fixé des seuils spécifiques minima pour le recours à cette procédure (*idem*, pp. 915 et 918). Par ailleurs, la Pologne et le Portugal ont opté pour une transposition plus rigide du dialogue compétitif que ce que préconisait la Directive :

- la première, en interdisant le dialogue phasé (*idem*, p. 924) ;
- le second, en restreignant les hypothèses de recours à cette procédure (exigeant l'impossibilité absolue de recourir à une procédure ouverte ou restreinte, et l'impossibilité de définir les besoins/performances à satisfaire), en interdisant le dialogue phasé, et en ne permettant pas la pluralité de solutions par participant et la clarification et précision des offres finales – mais en permettant, paradoxalement, un certain “fine-tuning” après attribution du marché (*idem*, p. 925 – Voyez également N. BRAECKEVELT, A. LOGGHE et F. ONGENA, *op. cit.*, p. 897).

France¹⁶ et le Royaume-Uni¹⁷. Ainsi, chacun de ces deux Etats lancerait – et mènerait à terme – respectivement 40 %¹⁸ des procédures de dialogue compétitif recensées au Supplément au Journal Officiel de l'Union européenne, laissant donc l'ensemble des autres Etats membres se partager les 20 % restants¹⁹.

Les exemples de mise en œuvre que l'on peut déduire, notamment, des publications au Journal Officiel de l'Union européenne portent la plupart du temps sur des travaux de construction de bâtiments ou d'aménagement de sites à fonctionnalités multiples (loisirs, sports, culture, hébergement et restaurants, bâtiments « liés à la santé », établissements d'enseignement et centres de recherche, gymnase et immeubles de bureaux imbriqués, projets de régénération urbaine – Birmin-

¹⁶ Celle-ci ayant notamment utilisé la figure du dialogue compétitif immédiatement, sans attendre l'expiration du délai de transposition de la Directive 2004/18/CE, pour valider sa formule de « contrat de partenariat » (ordonnance n° 2004-559 du 17 juin 2004, évoquée par J. VAN DER SNICKT, *op. cit.*, pp. 916-917).

¹⁷ Ce dernier allant jusqu'à souhaiter le remplacement de la procédure négociée par la procédure de dialogue compétitif dans le cadre des marchés complexes pour lesquels les procédures ouvertes et restreintes ne sont pas adaptées. Une utilisation trop large et trop systématique de la procédure de dialogue compétitif dans ce pays a toutefois suscité la critique de la doctrine, notamment quant à son coût en temps et en argent, afin d'appeler à un usage plus mesuré de ce nouvel outil (voyez en ce sens, S. VAN GARSE, *op. cit.*, p. 14).

¹⁸ Sur le détail des chiffres, voyez S. ARROWSMITH et S. TREUMER, *op. cit.*, p. 51.

¹⁹ Pour le Royaume-Uni, voyez J. VAN DER SNICKT *op. cit.*, p. 916, et le détail de la répartition de ces marchés entre autorités britanniques (principalement les pouvoirs locaux, secteur de la santé, autorité fédérale, enseignement et aménagement du territoire). Pour la France, voyez J. VAN DER SNICKT, *op. cit.*, pp. 917-918 et le détail de la répartition de ces marchés parmi les pouvoirs adjudicateurs français (pouvoirs locaux, autorité fédérale, secteur de la santé et de la construction) ; également N. BRAECKEVELT, A. LOGGHE et F. ONGENA, *op. cit.*, p. 896.

L'Allemagne (J. VAN DER SNICKT, *op. cit.*, p. 919), l'Espagne (N. BRAECKEVELT, A. LOGGHE et F. ONGENA, *op. cit.*, p. 898), le Portugal (N. BRAECKEVELT, A. LOGGHE et F. ONGENA, *op. cit.*, p. 897). Ceci s'explique sans doute en bonne partie par l'ensemble des restrictions imposées, dans cet Etat, pour l'utilisation de cette procédure : Rijksoverheid Nederland, « De concurrentiegerichtedialoog : een handreiking op basis van de ervaringen tot nu toe van de Rijksgebouwendienst, Rijkswaterstaat en Defensie », www.pianoo.nl, Octobre 2009, 46 pages. Sur la pratique du dialogue compétitif dans ce pays, voyez également M. NAGELKERKE, « De concurrentiegerichtedialoog in Nederland », in S. VAN GARSE, *De concurrentiedialoog*, *op. cit.*, pp. 85 et s.

Voyez encore J. VAN DER SNICKT, *op. cit.*, p. 923, en ce qui concerne le Luxembourg ; la consultation du Supplément au Journal Officiel de l'Union européenne permet également de noter une utilisation (modeste) du dialogue compétitif par l'Autriche, la Bulgarie, la République Tchèque, le Danemark, l'Estonie, la Finlande, la Grèce, la Croatie, la Hongrie, l'Irlande, la Lituanie, la Lettonie, Malte, la Roumanie, la Slovaquie, la Slovénie et la Suède. Seule Chypre semble donc, à ce jour, ne pas encore avoir adopté cette procédure.

gham, Rotterdam, aménagement de ZAC, etc.)²⁰ ; sur des services d'architecture, de santé ou sur la conception et l'implémentation d'outils informatiques divers²¹ ; et, en matière de fournitures, sur du matériel médical, informatique, audiovisuel ou de surveillance, principalement.

Quelques arrêts récents des juridictions administratives françaises « valident » par ailleurs le recours au dialogue compétitif dans les hypothèses suivantes :

- l'attribution d'un marché de services portant sur l'assurance collective en matière de prévoyance et sur les frais de soins de santé des personnels des établissements relevant du réseau des chambres de commerce et d'industrie, visant à remplacer les divers contrats existants dans ce domaine qui s'appliquaient aux différents établissements du réseau consulaire (C.E. Fr., 11 mars 2013, req.n° 364551, *Assemblée des chambres françaises de commerce et d'industrie*) ;
- un marché public de mise en conformité d'une usine de traitement des déchets ménagers, lancé par la communauté d'agglomération Amiens Métropole (Cour administrative d'appel de Douai, 29 janvier 2015, n° 13DA01529, *SA Litwin*) ;
- un marché public (globalement qualifié par le Conseil d'Etat comme un marché de services) portant sur la conception, la fourniture, l'entretien, la maintenance et l'exploitation publicitaire de kiosques de presse et quelques kiosques à autre usage ainsi qu'à la gestion de l'activité des kiosquiers, lancé par la Ville de Paris (C.E. Fr., 26 juin 2015, req.n° 389682, *Ville de Paris c. Société Exterion Media France*).

31. Selon certaines études²², la procédure de dialogue compétitif aurait notamment présenté les avantages suivants pour les pouvoirs adjudicateurs :

- elle aurait effectivement réduit la période allant de la désignation du soumissionnaire préférentiel au *financial close* des marchés de style PPP, rencontrant ainsi l'objectif de la Commission de restreindre les risques de re-négociation du contrat après clôture de la phase concurrentielle ;
- elle aurait effectivement amélioré la qualité des solutions globalement proposées par les participants, par comparaison à des processus de procédure négociée « classiques » ;
- elle permettrait d'améliorer la communication et la compréhension entre le pouvoir adjudicateur et les soumissionnaires ;

²⁰ On relèvera encore que le dialogue compétitif est applicable, en France, aux procédures d'attribution des baux emphytéotiques hospitaliers et des baux emphytéotiques administratifs.

²¹ Ce sont d'ailleurs ces derniers contrats qui sont concernés par la plupart des procédures de dialogue compétitif lancées en France, tandis qu'ils arrivent au coude à coude avec les travaux d'infrastructure et de réaménagement de territoire en Angleterre et largement derrière ces derniers aux Pays-Bas (J. VAN DER SNICKT, *op. cit., passim*).

²² M. BURNETT, *op. cit.*, pp. 66-67 et les études citées.

- elle créerait plus de compétition sur tous les aspects contractuels sensibles et financiers du marché, en incitant les participants à fournir leurs meilleurs efforts pour rester dans la course, la phase « concurrentielle » étant de plus longue haleine.

On est toutefois loin de l'enthousiasme de la Commission européenne qui présentait, lors de l'élaboration des directives de 2004, son nouveau « bijou » comme la panacée en matière de passation des marchés publics complexes. Le nombre de procédures de dialogue compétitif est resté modeste à l'échelle européenne et de nombreux projets publics complexes ont encore été mis en concurrence selon des procédures négociées avec publicité.

32. Dans la perspective d'une refonte du droit européen des marchés publics, le 27 janvier 2011, la Commission a publié un « Livre vert sur la modernisation de la politique de l'UE en matière de marchés publics – Vers un marché européen des contrats publics plus performant »²³. Celui-ci fut notamment l'occasion, pour elle, de faire un premier bilan sur l'utilisation de sa « procédure star ».

En soi, la Commission dut déplorer que, « *selon des statistiques récentes* », cette procédure n'ait été utilisée que « *dans moins de 0,4 % des cas* »²⁴. Elle dut également constater que les voix en faveur d'un recours accru à la négociation, qu'elle avait ignorées en 2000-2004, se faisaient toujours entendre et qu'il convenait dès lors, cette fois, d'examiner cette option « *de manière approfondie* »²⁵.

Le Livre vert s'accompagnait d'une consultation des Etats membres, opérateurs économiques et toutes entités intéressées, sur l'avenir des marchés publics.

Dans ce cadre, et sur la base des deux constats relevés ci-dessus, la consultation soulevait notamment les questions suivantes, en lien avec les rapports entre dialogue compétitif²⁶ et procédure négociée :

- Question 15 : Pensez-vous que les procédures actuellement prévues par les directives permettent aux pouvoirs adjudicateurs d'obtenir le meilleur résultat possible ? Dans la négative, comment améliorer ces procédures afin d'alléger la charge administrative et de réduire les coûts de transaction et la durée des procédures, tout en garantissant aux pouvoirs adjudicateurs le meilleur rapport qualité-prix ?

²³ COM (2011) 15/4.

²⁴ Livre vert, page 14, note infrapaginale n° 33.

²⁵ *Idem*, page 16.

²⁶ La Commission demandait également, en question 65, s'il pouvait être considéré que « certaines des procédures prévues par les directives actuelles (dialogue compétitif, concours...) conviennent tout particulièrement pour prendre en considération les politiques environnementale, sociale, d'accessibilité et d'innovation »... Hormis les autorités britanniques, il semble toutefois que les autres entités interrogées n'aient pas jugé utile de repêcher cette « bouteille à la mer » en faveur du dialogue compétitif, considérant généralement qu'une procédure déterminée n'est pas, en soi, plus apte à soutenir pareilles préoccupations.

- Question 16 : D'autres types de procédures, ne figurant pas dans les directives actuelles, vous paraissent-ils susceptibles d'améliorer le rapport coût-efficacité des procédures de passation ?
- Question 17 : Les procédures et outils prévus par les directives pour répondre à certains besoins spécifiques et faciliter la participation du secteur privé grâce à des partenariats public-privé (systèmes d'acquisition dynamiques, dialogue compétitif, enchères électroniques, concours) devraient-ils selon vous être conservés en l'état, modifiés (et comment) ou supprimés ?
- Question 19 : Vous paraît-il souhaitable d'autoriser un recours accru à la négociation dans le cadre des procédures de passation de marchés publics, et/ou de généraliser la procédure négociée avec publication préalable ?
- Question 21 : Pensez-vous qu'un recours généralisé à la procédure négociée comporterait des risques d'abus ou de discrimination ? Outre les garde-fous déjà prévus par les directives pour la procédure négociée, faudrait-il imposer des obligations supplémentaires en matière de transparence et de non-discrimination pour contrebalancer ce pouvoir discrétionnaire accru ? Quelles pourraient être ces obligations ?

Les réponses à cette consultation, même de la part des plus fervents utilisateurs de la jeune procédure, avaient de quoi ébranler les certitudes de la Commission...

Nos voisins français²⁷ ont, par exemple, choisi de placer les deux procédures sur un pied d'égalité dans le cadre de leurs réponses :

- Aux questions 15 et 16 : « (...) Les autorités françaises ne sont pas favorables à la création d'une nouvelle procédure **mais souhaitent faire de la procédure négociée et du dialogue compétitif des procédures de droit commun.** Cela permettrait à la fois de renforcer l'efficacité de la commande publique et de satisfaire aux exigences de souplesse de l'action publique, ainsi que de favoriser le développement de l'achat public transfrontalier direct » (souligné dans le texte) ;
- A la question 17 : « (...) De manière générale, les autorités françaises sont donc favorables à ce que toutes les procédures deviennent de droit commun. (...) Les autorités françaises estiment souhaitable que le dialogue compétitif devienne une procédure de droit commun, au même titre que les actuelles procédures ouverte et restreinte. Elles souhaitent que cette procédure soit, en outre, assouplie (...) » ;
- A la question 19 : « (...) L'Accord sur les marchés publics (AMP) autorise le recours à la négociation dans des termes larges, aux seules conditions d'avoir été annoncé dans l'avis de marché et de respecter les principes de transparence et d'égalité. **Les autorités françaises souhaitent que la procédure négociée avec publication d'un avis de marché de l'article 30 de la directive 2004/18/CE**

²⁷ Contribution française au Livre Vert sur la modernisation de la politique de l'Union européenne en matière de marchés publics, Secrétariat général des Affaires européennes, https://circabc.europa.eu/sd/d/67b25118-c3a7-4080-b6ea-e1340eda76ba/sgae_fr.pdf.

devienne une procédure de droit commun. (...) La négociation contribuerait ainsi au développement d'une politique d'achat efficace et à la professionnalisation des acheteurs publics. Elle permettrait également de favoriser le développement de l'achat public transfrontalier direct, actuellement freiné par le formalisme des procédures, et de lutter contre les comportements anticoncurrentiels » (souligné dans le texte) ;

- A la question 21 : « (...) En l'état actuel, les directives ont déjà prévu des mécanismes efficaces permettant de se prémunir contre les risques de violation des principes de transparence et de non-discrimination, en réservant les hypothèses de recours à la procédure négociée sans mise en concurrence préalable à des hypothèses strictement limitées (...) ».

Les entités britanniques confirment évidemment, dans leur réponse au Livre vert, leur engouement pour le dialogue compétitif²⁸, tout en plaçant le cas échéant pour sa clarification procédurale, afin d'augmenter la confiance des opérateurs économiques²⁹. Il en va de même des entités néerlandaises³⁰, favorables à un élargissement tant de la procédure négociée que du dialogue compétitif (par l'assouplissement du critère de complexité). Ces deux pays ne diabolisent donc aucune de ces deux procédures, considérant généralement que les garde-fous des directives et les principes du Traité suffisent à réfréner, le cas échéant, les abus de l'une comme d'ailleurs de l'autre^{31/32}.

²⁸ Voyez notamment l'avis du Gouvernement du Royaume-Uni (https://circabc.europa.eu/sd/d/a5868906-5ce5-4ac4-af4b-f0931c366862/ukgov_en.pdf), du Birmingham City Council (https://circabc.europa.eu/sd/d/eadc09f0-2668-48cf-993e-7cb8c34f2212/birmingham_en.pdf), du Wakefield Metropolitan District Council (https://circabc.europa.eu/sd/d/12f890c3-01f2-42c8-8c62-470bbc9bda3c/wakefield_en.pdf), du Welsh Assembly Government (https://circabc.europa.eu/sd/d/91941e80-8ff9-448e-836b-d15a8c7da7f2/welshassembly_en.pdf) – sous réserve d'une critique du coût et de la lenteur de la procédure.

²⁹ Glasgow City Council, https://circabc.europa.eu/sd/d/add37d12-d96a-4b5b-8a6e-58fc5d5f0363/glasgow_en.pdf

³⁰ Contribution des communes d'Amsterdam, Rotterdam, Utrecht et Den Haag (https://circabc.europa.eu/sd/d/844af307-4a06-481b-b78f-6a89b3d31b60/g4denhaag_nl.pdf) : Ministère néerlandais des Affaires économiques, de l'Agriculture et de l'Innovation (https://circabc.europa.eu/sd/d/6f36eb2a-5f0a-47fd-b34f-49514f3e1e1f/nlmineco_nl.pdf).

³¹ La Greater London Authority plaide toutefois, en ce qui la concerne, pour l'adoption d'un dispositif de guidance de la procédure négociée comparable aux instructions fournies par l'article 29 de la Directive 2004/18 en matière de dialogue compétitif (https://circabc.europa.eu/sd/d/9b314f82-4992-4893-87d5-17044036e236/glauth_en.pdf).

³² Par comparaison, l'Irlande plaide quant à elle pour une simplification du dialogue compétitif, dont elle constate que la lourdeur ne permet pas aux pouvoirs adjudicateurs, spécialement en période de crise, de réagir correctement et en temps utile aux évolutions du marché et de leurs propres besoins. Elle sollicite également, à l'instar de la plupart des Etats, une généralisation de l'usage de la procédure négociée (https://circabc.europa.eu/sd/d/60b7472c-4f98-490c-a0cc-e1389054da43/eifinancegov_en.pdf). Voyez dans le même sens : Ministère du Développement durable et des Infrastructures du Grand-Duché de Luxembourg (https://circabc.europa.eu/sd/d/58623824-cbf4-48f1-8f90-59d59e5880ec/luxgov_fr.pdf).

33. Pour le surplus, les points principaux de débat dans ces diverses réponses, à tout le moins celles trouvant utile de maintenir la procédure de dialogue compétitif, portaient d'une part, sur un renforcement éventuel – mais pas systématiquement jugé nécessaire – de la protection contre le cherry picking³³ « sauvage » ne respectant pas les droits et la volonté des participants à la procédure³⁴ et, d'autre part, sur la nécessité d'assouplir les possibilités de *faire encore évoluer* les offres après clôture du dialogue³⁵.

Restait aux instances européennes à tirer les conséquences de ces appréciations en demi-teinte, lesquelles montraient à tout le moins que la première mouture du dialogue compétitif n'avait pas étanché la soif de négociation et de flexibilité des Etats membres...

*c). Le dialogue compétitif et la **procédure concurrentielle avec négociation** dans la Directive 2014/24/UE*

34. Après dix ans d'expérience de cohabitation entre procédure négociée et dialogue compétitif, les institutions européennes ont donc eu l'occasion de faire le point sur le devenir de ces deux instruments dans le cadre de l'élaboration et de l'adoption du « nouveau paquet marchés publics 2014 », dont le dispositif central est constitué de la Directive 2014/24/UE du 26 février 2014 sur la passation des marchés publics et abrogeant la Directive 2004/18/CE³⁶.

Ce nouveau texte fait glisser quelque peu le curseur entre le dialogue compétitif et l'ancienne procédure négociée – rebaptisée, pour l'occasion, « procédure concurrentielle avec négociation » –, introduisant plus de flexibilité dans le choix de cette dernière. Parallèlement toutefois, la procédure de dialogue compétitif est maintenue, dès lors que son utilité a pu, selon les instances européennes, être éprouvée au cours des dernières années, et le sera encore³⁷ (considérant 42 de la nouvelle directive) :

³³ Sur cette notion, voyez ci-dessous.

³⁴ En écho à la question 92 de la consultation du Livre vert : « *Pensez-vous que le dialogue compétitif garantisse une protection suffisante pour les droits de propriété intellectuelle et les solutions innovantes, de nature à donner aux soumissionnaires l'assurance qu'ils ne seront pas privés des fruits de leurs solutions innovantes ?* ». De manière générale, la réponse est que ce n'est pas tant le texte qui nécessite d'être renforcé, mais les comportements qui doivent être mis en adéquation avec celui-ci.

³⁵ Voyez sur ce processus de consultation, notamment M. BURNETT, « PPP and EU Public Procurement Reform – Time to Change the Rules for Competitive Dialogue ? », *E.P.P.P.L.*, 2011/2, pp. 61 et s.

³⁶ *J.O.U.E.*, 28 mars 2014, L94/65. A noter que la Directive 2014/25 du 26 février 2014 relative à la passation de marchés par des entités opérant dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux et abrogeant la Directive 2004/17/CE prévoit également la procédure du dialogue compétitif pour les secteurs spéciaux, en son article 48.

³⁷ Ce qui justifie également, selon le législateur européen, que cette procédure soit désormais ajoutée au cadre réglementaire des marchés publics dans les secteurs spéciaux (voyez le considérant n° 60 et en particulier l'article 48 de la Directive 2014/25/UE du Parlement européen et du

« Il est absolument nécessaire que les pouvoirs adjudicateurs disposent de plus de souplesse **pour choisir une procédure de passation de marchés prévoyant des négociations**. Un recours accru à ces procédures est également susceptible de renforcer les échanges transnationaux, étant donné que l'Évaluation a montré que les offres transnationales obtiennent un taux de réussite particulièrement élevé dans le cas de marchés passés par une procédure négociée avec publication préalable. **Les États membres devraient être en mesure de prévoir le recours à la procédure concurrentielle avec négociation ou au dialogue compétitif dans diverses situations où une procédure ouverte ou une procédure restreinte sans négociation ne sont pas susceptibles de donner des résultats satisfaisants**. Il y a lieu de rappeler qu'en termes de volume des marchés, le recours au dialogue compétitif s'est considérablement accru au cours des dernières années. Cette procédure s'est révélée utile dans les cas où les pouvoirs adjudicateurs ne sont pas en mesure de définir les moyens permettant de satisfaire leurs besoins ou d'évaluer les solutions que le marché peut offrir sur les plans technique, financier ou juridique. Tel peut notamment être le cas de projets innovants, de la réalisation de projets importants d'infrastructures de transport intégrées, de grands réseaux informatiques ou de projets comportant un financement complexe et structuré. Le cas échéant, les pouvoirs adjudicateurs devraient être encouragés à désigner un chef de projet afin d'assurer une bonne coopération entre les opérateurs économiques et le pouvoir adjudicateur durant la procédure d'attribution » (nous soulignons).

Plus encore, ces deux procédures aux mérites « équivalents » sont, désormais, mises sur un strict pied d'égalité et presque confondues, le terme « négociation » étant parfois utilisé pour englober l'une et l'autre ; ainsi, selon le considérant 43 :

« Pour les marchés de travaux, il s'agit notamment de travaux qui ne concernent pas des bâtiments standards ou qui comportent une conception ou des solutions innovantes. Pour les services ou les fournitures nécessitant des efforts d'adaptation ou de conception, le recours **à une procédure concurrentielle avec négociation ou au dialogue compétitif** est susceptible d'être utile. De tels efforts d'adaptation ou de conception sont particulièrement nécessaires dans le cas d'acquisitions complexes, telles que les acquisitions de produits sophistiqués, de services intellectuels, par exemple certains services de conseil, d'architecture ou d'ingénierie, ou de projets majeurs relevant du domaine des technologies de l'information et de la communication (TIC). Dans de tels cas, **des négociations peuvent être nécessaires** afin de

Conseil du 26 février 2014 relative à la passation de marchés par des entités opérant dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux et abrogeant la Directive 2004/17/CE, J.O.U.E., 28 mars 2014, L94/243).

garantir que le produit ou le service en question répond aux besoins du pouvoir adjudicateur. En ce qui concerne les services ou les produits immédiatement disponibles sur le marché sans adaptation et pouvant être fournis par nombre d'opérateurs économiques différents, il ne convient pas de recourir à la procédure concurrentielle avec négociation ni au dialogue compétitif » (nous soulignons).

35. La Directive 2014/24 énonce dès lors un champ d'application *commun* aux deux procédures, en son article 26 (*Choix de la procédure*) :

« 4. Les États membres **prévoient** que les pouvoirs adjudicateurs peuvent appliquer une procédure concurrentielle avec négociation ou à un dialogue compétitif dans les situations suivantes :

a) pour les travaux, fournitures ou services remplissant un ou plusieurs des critères suivants :

i) les besoins du pouvoir adjudicateur ne peuvent être satisfaits sans adapter des solutions immédiatement disponibles ;

ii) ils portent notamment sur de la conception ou des solutions innovantes ;

iii) le marché ne peut être attribué sans négociations préalables du fait de circonstances particulières liées à sa nature, à sa complexité ou au montage juridique et financier ou en raison des risques qui s'y rattachent ;

iv) le pouvoir adjudicateur n'est pas en mesure de définir les spécifications techniques avec une précision suffisante en se référant à une norme, une évaluation technique européenne, une spécification technique commune ou une référence technique au sens de l'annexe VII, points 2 à 5 ;

b) pour les travaux, les fournitures ou les services pour lesquels, en réponse à une procédure ouverte ou restreinte, seules des offres irrégulières ou inacceptables ont été présentées. En pareil cas, les pouvoirs adjudicateurs ne sont pas tenus de publier un avis de marché s'ils incluent dans la procédure tous, et seulement, les soumissionnaires qui satisfont aux critères visés aux articles 57 à 64 et qui, lors de la procédure ouverte ou restreinte antérieure, ont soumis des offres conformes aux exigences formelles de la procédure de passation de marchés.

Sont notamment considérées comme irrégulières les offres qui ne sont pas conformes aux documents de marché, qui sont parvenues tardivement, qui comportent des éléments manifestes de collusion ou de corruption ou que le pouvoir adjudicateur a jugées anormalement basses. Sont notamment considérées comme inacceptables les offres présentées par des soumissionnaires dépourvus des capacités requises ou dont le prix dépasse le budget du pouvoir adjudicateur tel qu'il a été déterminé et établi avant le lancement de la procédure de passation de marché » (nous soulignons).

Un constat peut immédiatement être tiré de la lecture de cette disposition : d'une part, la complexité du marché ne serait plus qu'une hypothèse parmi d'autres de

dialogue compétitif et n'en ferait donc plus la « marque de fabrique »³⁸. D'autre part, le recours à la procédure négociée se trouve grandement assoupli : « *in ieder geval maakt het Voorstel het aldus makkelijker om gebruik te maken van de onderhandelingsprocedure, daar de toepassingsmogelijkheden ruimer worden geformuleerd en aanbestedende diensten de mogelijkheid hebben om uit te maken of er een concreet geval al dan niet aanleiding is om de procedure toe te passen* »³⁹... La « procédure négociée » (rebaptisée) passerait donc du statut de procédure exceptionnelle à celui, déjà plus enviable, de *procédure particulière* (voyez également *infra* sur cette distinction), seule la procédure négociée sans publicité constituant, désormais, une procédure d'exception (dont le cadre est défini par l'article 32 de la nouvelle Directive).

Mais alors, pourquoi conserver deux procédures ? Quelle est, encore, la philosophie *distincte* qui soutiendrait chacune d'elles ? Afin d'éviter sans doute qu'ils répondent eux-mêmes à cette question, la directive *impose* désormais la transposition du dialogue compétitif aux Etats membres, à *côté de* la procédure négociée revisitée.

36. En termes de droit matériel, le maintien du dialogue compétitif s'opère sans grand bouleversement dans la réglementation –toujours sommaire– de son déroulement, sous réserve essentiellement des modifications suivantes (article 30 de la nouvelle directive⁴⁰), qui seront également commentées ci-après :

- les pouvoirs adjudicateurs devraient désormais fournir, dans le document descriptif, un « *calendrier indicatif* » de la durée de la procédure (§ 2) ;
- en termes de « cherry picking », le principe demeure l'interdiction de révéler aux autres participants les solutions proposées par l'un d'entre eux sans son accord ; le texte précise toutefois (§ 3, al. 3), que « *cet accord ne revêt pas la forme d'une renonciation générale mais vise des informations précises dont la communication est envisagée* »⁴¹ ; impossible donc de recourir à des clauses générales et préalables imposant, par exemple, aux participants d'accepter la

³⁸ La définition même de la procédure de dialogue compétitif (article 1.11 de la Directive 2004/18, précité), reposant sur le concept de marché complexe, a d'ailleurs purement et simplement disparu du texte de la Directive...

³⁹ S. SCHOENMAEKERS, « De recente ontwikkelingen in het Europese aanbestedingsrecht : de Europese Commissie laat het gaspedaal niet meer los », *T.B.O.*, 2013, p. 66.

⁴⁰ L'article 48 de la Directive 2014/25 du 26 février 2014 relative à la passation de marchés par des entités opérant dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux et abrogeant la Directive 2004/17/CE prévoit également la procédure du dialogue compétitif pour les secteurs spéciaux et est rédigé en des termes presque identiques.

⁴¹ Il convient de relever que cette disposition complète la disposition générale reprise à l'article 21.1 de la directive, selon lequel :

« *Sauf disposition contraire de la présente directive ou des règles de droit national auxquelles le pouvoir adjudicateur est soumis, notamment les dispositions régissant l'accès à l'information, et sans préjudice des obligations en matière de publicité concernant les marchés attribués et d'information des candidats et des soumissionnaires qui figurent aux articles 50 et 55, le pouvoir adjudicateur ne divulgue pas les renseignements que les opérateurs économiques lui ont communiqués à titre confidentiel, y compris, entre autres, les secrets techniques ou commerciaux et les aspects confidentiels des offres* ».

divulgarion de leurs solutions par le simple fait de leur participation au dialogue ; pour le surplus, on analysera ci-après les écueils de la confidentialité ainsi préconisée ;

- la possibilité d'obtenir des clarifications, spécifications et perfectionnements des offres reçues après la clôture du dialogue est « plus précisément balisée » (§ 6, al. 2) : « À la demande du pouvoir adjudicateur, ces offres peuvent être clarifiées, précisées et optimisées. Cependant, de tels efforts de clarification, de précision ou d'optimisation ou la présentation d'informations complémentaires ne peuvent avoir pour effet de modifier les aspects essentiels de l'offre ou du marché public, notamment les besoins et exigences indiqués dans l'avis de marché ou dans le document descriptif, lorsque les modifications apportées à ces aspects, besoins ou exigences sont susceptibles de fausser la concurrence ou d'avoir un effet discriminatoire » ; si le texte se veut plus explicite, il ne fait qu'exprimer ce qui découle déjà de l'application des principes d'égalité et de concurrence effective à la réglementation (actuelle) du dialogue compétitif ;
- en revanche, une possibilité de *négoier avec le soumissionnaire retenu* – c'est-à-dire *après* la clôture du dialogue – paraît désormais expressément reconnue, dans les limites suivantes (§ 7, al. 2) :

« À la demande du pouvoir adjudicateur, des **négociations** peuvent être menées avec le soumissionnaire reconnu comme ayant remis l'offre présentant le meilleur rapport qualité/prix conformément à l'article 67 pour confirmer les engagements financiers ou d'autres conditions énoncés dans l'offre **en arrêtant les clauses du marché**, à condition que ce **processus** n'ait pas pour effet de modifier, de manière importante, des aspects essentiels de l'offre ou du marché public, y compris les besoins et les exigences indiqués dans l'avis de marché ou dans le document descriptif, et ne risque pas de fausser la concurrence ou d'entraîner des discriminations » (nous soulignons).

Par ailleurs, la nouvelle directive comporte un article « équivalent » (en termes d'encadrement) en ce qui concerne la « procédure concurrentielle avec négociation », qui se lit comme il suit (article 29 ; nous soulignons) :

« 1. Dans une procédure concurrentielle avec négociation, tout opérateur économique peut soumettre une demande de participation en réponse à un avis de mise en concurrence contenant les informations visées à l'annexe V, parties B et C, en fournissant les informations aux fins de la sélection qualitative qui sont réclamées par le pouvoir adjudicateur.

Dans les documents de marché, les pouvoirs adjudicateurs définissent l'objet du marché en fournissant une description de leurs besoins et des caractéristiques requises des fournitures, travaux ou services faisant l'objet du marché et précisent les critères d'attribution du marché. Ils indiquent également les éléments de la description qui fixent les **exigences minimales** que doivent respecter toutes les offres.

Les informations fournies sont suffisamment précises pour permettre aux opérateurs économiques de déterminer la nature et la portée du marché et de décider de demander ou non à participer à la procédure.

(...)

3. Sauf disposition contraire au paragraphe 4, les pouvoirs adjudicateurs négocient avec les soumissionnaires les offres initiales et toutes les offres ultérieures que ceux-ci ont présentées, **à l'exception des offres finales au sens du paragraphe 7**, en vue d'améliorer leur contenu.

Les exigences minimales et les critères d'attribution ne font pas l'objet de négociations.

4. Les pouvoirs adjudicateurs peuvent attribuer des marchés sur la base des offres initiales sans négociation, lorsqu'ils ont indiqué, dans l'avis de marché ou dans l'invitation à confirmer l'intérêt, qu'ils se réservent la possibilité de le faire.

5. Au cours de la négociation, les pouvoirs adjudicateurs assurent l'égalité de traitement de tous les soumissionnaires. À cette fin, ils ne donnent pas, de manière discriminatoire, d'information susceptible d'avantager certains soumissionnaires par rapport à d'autres. Ils informent par écrit tous les soumissionnaires dont les offres n'ont pas été éliminées en vertu du paragraphe 6 **de tous les changements apportés aux spécifications techniques ou aux autres documents de marché**, autres que ceux qui définissent les exigences minimales. À la suite de ces changements, les pouvoirs adjudicateurs prévoient suffisamment de temps pour permettre aux soumissionnaires de modifier leurs offres et de les présenter à nouveau s'il y a lieu.

Conformément à l'article 21, les pouvoirs adjudicateurs ne révèlent pas aux autres participants les **informations confidentielles** communiquées par un candidat ou un soumissionnaire participant aux négociations, sans l'accord de celui-ci. Cet accord ne revêt pas la forme d'une renonciation générale mais vise des informations précises dont la communication est envisagée.

6. La procédure concurrentielle avec négociation peut se dérouler en phases successives de manière à réduire le nombre d'offres à négocier en appliquant les critères d'attribution précisés dans l'avis de marché, dans l'invitation à confirmer l'intérêt ou dans un autre document du marché. Le pouvoir adjudicateur indique, dans l'avis de marché, l'invitation à confirmer l'intérêt ou dans un autre document du marché, s'il fera usage de cette possibilité.

7. Lorsque le pouvoir adjudicateur entend conclure les négociations, il en informe les soumissionnaires restant en lice et fixe une date limite commune pour la présentation d'éventuelles offres nouvelles ou révisées. Il vérifie que les offres finales répondent aux exigences minimales et respectent l'article 56, paragraphe 1, il évalue les offres finales sur la base des critères d'attribution et il attribue le marché conformément aux articles 66 à 69 » (nous soulignons).

Ainsi, si le champ d'application de la procédure « négociée » est certainement élargi, le *champ des négociations* menées au sein de celle-ci paraît, quant à lui, faire l'objet de certaines « clarifications ». Peut-on y déceler la trace d'une préférence persistante (de la Commission européenne) pour la procédure de dialogue compétitif ? A tout le moins, ces aménagements permettront-ils sans doute d'amenuiser la méfiance dont les autorités européennes ont longtemps fait preuve à l'égard des procédures négociées.

Certes, le pouvoir adjudicateur est encouragé à établir des documents de marché ouverts, juste « *suffisamment précis* » pour permettre aux opérateurs économiques d'identifier la portée et la nature du marché, et se former une idée sur l'intérêt pour eux de prendre part à la procédure⁴² (article 29.1, alinéa 3) ; par ailleurs, et outre les critères d'attribution, seules doivent être respectées par toutes les offres et sont exclues de la négociation ou d'une adaptation en cours de procédure, dans ces documents de marché, les « *exigences minimales* » du pouvoir adjudicateur⁴³ (article 29.1, alinéa 2)⁴⁴. Il s'agit là, à l'évidence, d'un ré-assouplissement du droit européen par rapport au régime créé par la Directive 2004/18 qui figeait, en secteurs classiques, le contenu des documents de marché pour toute la procédure négociée avec publicité. En secteurs spéciaux, cette règle ne valait pas et ne vaut toujours pas ; du reste le dialogue compétitif y est néanmoins introduit, par la Directive 2014/25.

En outre, un principe de confidentialité équivalent à celui applicable en dialogue compétitif semble être introduit, dès lors que toute renonciation générale par les soumissionnaires à cette protection est désormais, ici également, expressément proscrite.

Mais surtout, la directive impose désormais une *clôture des négociations en procédure négociée, avant la remise de la best and final offer* (article 29.7) ! Et cette offre finale ne pourrait, en outre, plus faire l'objet d'aucune forme de « clarification » ou « perfectionnement »...

⁴² Sur ce dernier aspect, on ne peut que renvoyer à ce qui a été exposé plus haut concernant le caractère intangible des indications de l'avis de marché, *en toute procédure*.

⁴³ Terminologie issue, sans équivoque possible, de la pratique du dialogue compétitif, quoique l'article 30 de la proposition de directive, paradoxalement, ne reprenne pas cette expression – on ne s'en explique pas.

⁴⁴ L'article 29.3 recèle certes une certaine ambivalence, à cet égard, dans le chef des auteurs de la proposition, dès lors qu'il commence par « rappeler » que la négociation vise à améliorer le contenu des offres ; l'alinéa 2 confirme toutefois que les exigences minimales et les critères d'attribution ne font (seuls) pas l'objet de négociations. Mais l'article 29.5 ne laisse, quant à lui, subsister aucun doute, dès lors qu'il impose la communication égalitaire de « *tous les changements apportés aux spécifications techniques ou aux autres documents de marché, autres que ceux qui définissent les exigences minimales* » et la nécessité de laisser un temps suffisant aux soumissionnaires afin d'adapter, s'il y a lieu, leurs offres « *à la suite de ces changements* ».

De là à en conclure qu'il serait désormais plus « facile », ou « licite », de négocier les offres finales en dialogue compétitif qu'en procédure « concurrentielle avec négociation », il n'y a qu'un pas...

Enfin, les deux procédures sont également soumises, désormais, à une même disposition nouvelle portant l'obligation d'établir et de conserver des « traces » des discussions et négociations : ainsi, l'article 84.2 de la directive dispose :

« Les pouvoirs adjudicateurs gardent une trace du déroulement de toutes les procédures de passation de marchés, qu'elles soient menées ou non par des moyens électroniques. À cet effet, ils veillent à conserver des documents suffisants pour justifier les décisions prises à toutes les étapes de la procédure de passation de marché, notamment des documents concernant les échanges avec les opérateurs économiques et les délibérations internes, la préparation des documents de marché, le dialogue ou la négociation le cas échéant, la sélection et l'attribution du marché. Ces documents sont conservés au moins pendant une période de trois ans à compter de la date d'attribution du marché ».

L'échéance de transposition de la Directive 2014/24/UE était fixée par celle-ci au 18 avril 2016 (article 90). La Chambre a adopté le 12 mai 2016 un projet de loi qui a été promulgué le 17 juin 2016 et publié au Moniteur belge du 14 juillet 2016 et qui devra encore faire l'objet d'arrêtés d'exécution avant d'entrer en vigueur. Dans l'attente, les lignes qui suivent se penchent essentiellement sur le droit belge en vigueur et l'application actuelle du dialogue compétitif et de la procédure négociée avec publicité dans notre pays. On examine toutefois succinctement, ci-après, le contenu de la nouvelle loi du point de vue de la procédure de dialogue compétitif.

d). La transposition (partielle) en Belgique des directives de 2014

37. La nouvelle loi du 17 juin 2016 comprend un article 39⁴⁵ qui contient l'essentiel du dispositif législatif de transposition en ce qui concerne le dialogue compétitif. Ressemblant comme deux gouttes d'eau à l'article 30 de la Directive 2014/24 précité, cet article se lit :

« § 1er. Le pouvoir adjudicateur peut appliquer un dialogue compétitif dans les mêmes situations que celles visées à l'article 38, § 1er, 1°, a) à d), et 2°.

Tout opérateur économique peut soumettre une demande de participation à un dialogue compétitif en réponse à un avis de marché en fournissant les informations aux fins de la sélection qui sont réclamées par le pouvoir adjudicateur.

Le délai minimal de réception des demandes de participation est de trente jours à compter de la date d'envoi de l'avis de marché.

⁴⁵ Auquel correspond l'article 120 pour les secteurs spéciaux.

Seuls les opérateurs économiques ayant reçu une invitation du pouvoir adjudicateur à la suite de l'évaluation des informations fournies peuvent participer au dialogue. Le pouvoir adjudicateur peut limiter le nombre de candidats qui seront admis à participer à la procédure, conformément à l'article 79. Le marché est attribué sur la seule base du critère d'attribution du meilleur rapport qualité/prix, conformément à l'article 81, § 2, 3°.

§ 2. Le pouvoir adjudicateur indique ses besoins et ses exigences dans l'avis de marché et les définit dans cet avis et/ou dans un document descriptif. À cette occasion, et dans les mêmes documents, il indique et définit également les critères d'attribution retenus et fixe un calendrier indicatif.

§ 3. Le pouvoir adjudicateur ouvre, avec les participants sélectionnés conformément aux dispositions pertinentes des articles 66 à 80, un dialogue dont l'objet est l'identification et la définition des moyens propres à satisfaire au mieux ses besoins. Au cours de ce dialogue, il peut discuter tous les aspects du marché avec les participants sélectionnés.

Au cours du dialogue, le pouvoir adjudicateur assure l'égalité de traitement de tous les participants. À cette fin, il ne donne pas, de manière discriminatoire, d'information susceptible d'avantager certains participants par rapport à d'autres.

Conformément à l'article 13, le pouvoir adjudicateur ne révèle pas aux autres participants les solutions proposées ou les informations confidentielles communiquées par un des participants sans l'accord écrit et préalable de celui-ci. Cet accord ne revêt pas la forme d'une renonciation générale mais vise des informations précises dont la communication est envisagée.

§ 4. Le dialogue compétitif peut se dérouler en phases successives de manière à limiter le nombre de solutions à discuter pendant la phase du dialogue en appliquant les critères d'attribution énoncés dans l'avis de marché ou dans le document descriptif. Dans l'avis de marché ou le document descriptif, le pouvoir adjudicateur indique s'il fera usage de cette possibilité.

§ 5. Le pouvoir adjudicateur poursuit le dialogue jusqu'à ce qu'il soit en mesure d'identifier la ou les solutions qui sont susceptibles de répondre à ses besoins.

§ 6. Après avoir prononcé la clôture du dialogue et en avoir informé les participants restant en lice, le pouvoir adjudicateur invite chacun d'eux à soumettre son offre finale sur la base de la ou des solutions présentées et spécifiées au cours du dialogue. Ces offres comprennent tous les éléments requis et nécessaires pour la réalisation du projet.

À la demande du pouvoir adjudicateur, ces offres peuvent être clarifiées, précisées et optimisées à condition qu'elles n'aient pas pour effet de modifier les aspects essentiels de l'offre ou du marché public, notamment les besoins et exigences indiqués dans l'avis de marché ou dans le document descriptif, lorsque les modi-

fications apportées à ces aspects, besoins ou exigences sont susceptibles de fausser la concurrence ou d'avoir un effet discriminatoire.

§ 7. Le pouvoir adjudicateur évalue les offres reçues en fonction des critères d'attribution fixés dans l'avis de marché ou dans le document descriptif.

À la demande du pouvoir adjudicateur, des négociations peuvent être menées avec le soumissionnaire reconnu comme ayant remis l'offre présentant le meilleur rapport qualité/prix conformément à l'article 81, § 2, 3°, pour confirmer les engagements financiers ou d'autres conditions énoncés dans l'offre en arrêtant les clauses du marché, à condition que ce processus n'ait pas pour effet de modifier, de manière importante, des aspects essentiels de l'offre ou du marché public, y compris les besoins et les exigences indiqués dans l'avis de marché ou dans le document descriptif, et ne risque pas de fausser la concurrence ou d'entraîner des discriminations.

§ 8. Le pouvoir adjudicateur peut prévoir des primes ou des paiements au profit des participants au dialogue.

§ 9. Le Roi peut fixer les modalités procédurales additionnelles applicables au dialogue compétitif ».

Les travaux préparatoires précisent en substance que :

- Le champ d'application de la procédure de dialogue compétitif est élargi – et aligné sur celui des procédures concurrentielles avec négociation – parce que « le législateur européen estime que cette procédure a fait ses preuves dans certains domaines, tels que les projets innovants, la réalisation de projets importants d'infrastructures de transport intégrées, les grands réseaux informatiques ou encore les projets comportant un financement complexe et structuré ».
- Les deux procédures (dialogue compétitif et procédure concurrentielle avec négociation) gardent leurs particularités, notamment au niveau des règles procédurales et du statut des offres ; toutefois de nombreuses similitudes existent, qui rapprochent les deux procédures : procédure de sélection qualitative préalable identique, critères d'attribution combinant la qualité et le prix, garanties relatives à la confidentialité et à l'égalité de traitement, déroulement en phases successives, négociations après dépôt des offres, primes de participation, etc.
- Une différence importante existe en ce qui concerne les attentes du pouvoir adjudicateur. En dialogue, il recherche des solutions qui lui permettront de demander des offres dans un second temps. Le dialogue pourra porter sur tous les aspects du marché. Alors qu'il est possible d'attribuer un marché en procédure négociée sans véritable négociation, en cas de dialogue compétitif, un dialogue aura toujours lieu.
- Après le dépôt des offres suivant le dialogue, celles-ci pourront être clarifiées/optimisées, sans qu'il soit jamais question de modifier leurs aspects essentiels. Des négociations pourront également avoir lieu mais elles ne pourront avoir

pour effet de modifier les aspects essentiels de l'offre ou de fausser la concurrence⁴⁶.

Les règles de procédure seront, pour le surplus, fixées par arrêté royal. On ne dispose pas de projet à ce jour.

e). Et une procédure de plus : le partenariat d'innovation, dernier né des nouvelles directives

38. Avant de décortiquer le dialogue compétitif « à la belge », il nous reste encore à évoquer brièvement la « dernière trouvaille » de la Commission européenne en vue d'appréhender certains marchés *complexes* ou requérant des solutions *innovantes* de la part du secteur consulté.

Le considérant n° 49 de la Directive 2014/24 expose en effet ce qui semble être le constat d'un canevas encore trop étriqué du dialogue compétitif et de la procédure « négociée » pour permettre l'appréhension de tous les marchés complexes ou innovants :

« Lorsque le besoin de développer un produit, un service ou des travaux innovants et d'acquérir ultérieurement des fournitures, services ou travaux qui en résultent, ne peut être satisfait par des solutions déjà disponibles sur le marché, les pouvoirs adjudicateurs devraient avoir accès à une procédure spécifique de passation de marché pour les marchés relevant du champ d'application de la présente directive. Cette procédure spécifique devrait permettre aux pouvoirs adjudicateurs d'établir un partenariat d'innovation à long terme en vue du développement et de l'acquisition ultérieure d'un produit, d'un service ou de travaux nouveaux et innovants, pour autant qu'ils puissent être fournis aux niveaux de prestation et au coût arrêtés, sans qu'il soit nécessaire de procéder à une passation de marché distincte pour l'acquisition. Le partenariat d'innovation devrait se fonder sur les règles procédurales applicables à la procédure concurrentielle avec négociation et les marchés devraient être attribués sur la seule base du meilleur rapport qualité/prix, qui est le plus adapté pour comparer des offres de solutions innovantes. Que le partenariat d'innovation porte sur un projet innovant de très grande dimension ou sur un projet de plus petite taille, il devrait être structuré de manière à mettre en place le mécanisme d'incitation induite par la demande du marché qui est nécessaire pour stimuler le développement d'une solution innovante sans verrouiller le marché.

Partant, les pouvoirs adjudicateurs ne devraient pas recourir aux partenariats d'innovation de manière à empêcher, à restreindre ou à fausser la concurrence. Dans certains cas, la mise en place de partenariats d'innovation avec plusieurs partenaires pourrait permettre d'éviter de tels effets ».

⁴⁶ Doc. Parl., Chambre (Doc. 54), sess. 2015-2016, n° 1451/01, pp. 78 à 81.

A l'instar de l'approche retenue par la Directive 2004/18/CE pour le dialogue compétitif « première génération », l'article 26.3 de la nouvelle Directive permet dès lors aux États membres d'autoriser le recours par les pouvoirs adjudicateurs à un nouvel outil de mise en concurrence, le *partenariat d'innovation*.

Celui-ci ne fait pas, comme tel, l'objet d'une *définition* par la nouvelle Directive, mais voit son champ d'application *potentiel* et sa procédure décrits par l'article 31 de la Directive 2014/24/UE⁴⁷ :

« 1. Dans un partenariat d'innovation, tout opérateur économique peut soumettre une demande de participation en réponse à un avis de marché en fournissant les informations aux fins de la sélection qualitative qui sont réclamées par le pouvoir adjudicateur.

Dans les documents de marché, le pouvoir adjudicateur définit le besoin relatif à un produit, un service ou à **des travaux innovants qui ne peut être satisfait par l'acquisition de produits, de services ou de travaux déjà disponibles sur le marché**. Il indique les éléments de cette définition qui fixent les exigences minimales que doivent respecter toutes les offres. Les informations fournies sont suffisamment précises pour permettre aux opérateurs économiques de déterminer la nature et la portée de la solution requise et de décider de demander ou non à participer à la procédure.

Le pouvoir adjudicateur peut décider de mettre en place le partenariat d'innovation avec un ou plusieurs partenaires menant des activités de recherche et de développement séparées.

(...)

2. Le partenariat d'innovation vise au développement d'un produit, d'un service ou de travaux innovants et à l'acquisition ultérieure des fournitures, services ou travaux en résultant, à condition qu'ils correspondent aux niveaux de performance et aux coûts maximum convenus entre les pouvoirs adjudicateurs et les participants.

Le partenariat d'innovation est structuré en phases successives qui suivent le déroulement des étapes du **processus de recherche et d'innovation**, qui peuvent comprendre le stade de la fabrication des produits, de la prestation des services ou de l'exécution des travaux. Le partenariat d'innovation établit des objectifs intermédiaires que les partenaires doivent atteindre et prévoit le paiement de la rémunération selon des tranches appropriées.

Sur la base de ces objectifs, le pouvoir adjudicateur peut décider, après chaque phase, de résilier le partenariat d'innovation ou, dans le cas d'un partenariat d'innovation établi avec plusieurs partenaires, de réduire le nombre de partenaires en mettant un terme aux contrats individuels, à condition que, dans les documents de marché, il ait indiqué ces possibilités et les conditions de leur mise en œuvre.

⁴⁷ Voyez aussi l'article 49 de la Directive 2014/25 en secteurs spéciaux.

3. Sauf disposition contraire prévue au présent article, les pouvoirs adjudicateurs négocient avec les soumissionnaires l'offre initiale et toutes les offres ultérieures que ceux-ci ont présentées, à l'exception de l'offre finale, en vue d'en améliorer le contenu.

Les exigences minimales et les critères d'attribution ne font pas l'objet de négociations.

4. Au cours de la négociation, les pouvoirs adjudicateurs assurent l'égalité de traitement de tous les soumissionnaires. À cette fin, ils ne donnent pas, de manière discriminatoire, d'information susceptible d'avantager certains soumissionnaires par rapport à d'autres. Ils informent par écrit tous les soumissionnaires dont les offres n'ont pas été éliminées, en vertu du paragraphe 5, de tous les changements apportés aux spécifications techniques ou aux autres documents de marché, autres que ceux qui définissent les exigences minimales. À la suite de ces changements, les pouvoirs adjudicateurs prévoient suffisamment de temps pour permettre aux soumissionnaires de modifier leurs offres et de les présenter à nouveau s'il y a lieu.

Conformément à l'article 21, les pouvoirs adjudicateurs ne révèlent pas aux autres participants les informations confidentielles communiquées par un candidat ou un soumissionnaire participant aux négociations, sans l'accord de celui-ci. Cet accord ne revêt pas la forme d'une renonciation générale mais vise des informations précises dont la communication est envisagée.

5. Les négociations intervenant au cours des procédures de partenariat d'innovation peuvent se dérouler en phases successives de manière à réduire le nombre d'offres à négocier en appliquant les critères d'attribution précisés dans l'avis de marché, dans l'invitation à confirmer l'intérêt ou dans les documents de marché. Le pouvoir adjudicateur indique, dans l'avis de marché, l'invitation à confirmer l'intérêt ou les documents de marché, s'il fera usage de cette possibilité.

6. Lors de la sélection des candidats, les pouvoirs adjudicateurs appliquent en particulier les critères relatifs aux capacités des candidats dans le domaine de la recherche et du développement ainsi que de l'élaboration et de la mise en œuvre de solutions innovantes.

Seuls les opérateurs économiques ayant reçu une invitation du pouvoir adjudicateur à la suite de l'évaluation des informations requises peuvent soumettre des projets de recherche et d'innovation qui visent à répondre aux besoins définis par le pouvoir adjudicateur et que les solutions existantes ne permettent pas de couvrir.

Dans les documents de marché, le pouvoir adjudicateur définit les dispositions applicables aux droits de propriété intellectuelle. En cas de partenariat d'innovation associant plusieurs partenaires, conformément à l'article 21, le pouvoir adjudicateur ne révèle pas aux autres partenaires les solutions proposées ou d'autres informations confidentielles communiquées par un partenaire dans le cadre du partenariat sans l'accord dudit partenaire. Cet accord ne revêt pas la

forme d'une renonciation générale mais vise des informations précises dont la communication est envisagée.

7. Le pouvoir adjudicateur veille à ce que la structure du partenariat, et notamment la durée et la valeur de ses différentes phases, tiennent compte du degré d'innovation de la solution proposée et du déroulement des activités de recherche et d'innovation requises pour le développement d'une solution innovante non encore disponible sur le marché. La valeur estimée des fournitures, des services ou des travaux n'est pas disproportionnée par rapport à l'investissement requis pour leur développement ».

Ainsi, tout comme – désormais – le dialogue compétitif et la procédure concurrentielle avec négociation, le partenariat d'innovation vise à permettre au pouvoir adjudicateur de dégager, par la passation de son marché, des solutions innovantes, visant à l'*adaptation* de ce que le marché aurait eu à offrir. Toutefois, ici, le développement de ces solutions innovantes ne serait pas « absorbé » par la procédure de passation, mais constituerait le *premier objet* du marché à conclure, axé donc sur la recherche et le développement. Le partenariat d'innovation permet des négociations à tous les stades de la procédure, portant sur tous les éléments du marché hormis ses exigences minimales, et la conclusion d'un marché « pluri-adjudicataires » qui peut ensuite être exécuté à géométrie variable et faire l'objet d'un « entonnoir » dans la poursuite de la recherche même après sa conclusion. Il nous semble donc, sur la base d'une brève première analyse, que le partenariat d'innovation se présente comme un « *super dialogue compétitif* », aux objectifs peut-être encore plus ambitieux.

Eu égard à son champ d'application en principe très ciblé, cette nouvelle procédure ne devrait à notre sens guère faire de l'ombre au dialogue compétitif. Il reste à se demander toutefois si son ajout aux autres procédures existantes était réellement *indispensable*, ou si l'insertion d'une telle hypothèse ne pouvait être réalisée dans le cadre du dialogue compétitif « 2.0 » de la nouvelle Directive. L'Europe ayant lancé la perche, on sera curieux d'observer, dans les prochaines années, quels seront les Etats membres qui décideront de la saisir...⁴⁸

⁴⁸ A noter que la France a d'ores et déjà transposé ce nouvel instrument dans son ordonnancement juridique, par un décret n° 2014-1097 du 26 septembre 2014 portant mesures de simplification applicables aux marchés publics. Selon la Direction des Affaires juridiques du Ministère français de l'Economie et des Finances, « *en instaurant le partenariat d'innovation, le décret a pour objectif de faciliter la passation de marchés publics à visée innovante et d'aider les acheteurs publics à faire une meilleure utilisation stratégique de leurs marchés pour stimuler l'innovation. L'acquisition de solutions innovantes joue en effet un rôle essentiel dans l'amélioration de l'efficacité et de la qualité des services publics tout en permettant de faire face aux enjeux de société.*

Le partenariat d'innovation est un nouveau type de marché public créé par les nouvelles directives. Il vise à pallier les difficultés structurelles des actuels marchés de recherche et de développement (R&D) qui imposent une remise en concurrence à l'issue de la phase de R&D pour pouvoir acquérir les produits, services ou travaux innovants qui en sont le résultat » ; elle publie également une fiche explicative de cette nouvelle procédure, qui peut être consultée sous le lien : <http://www.economie.gouv.fr/>