

III. Le dialogue compétitif en pratique

54. Toujours dans une perspective comparée (avec la procédure négociée), on se propose à présent de donner quelques « guidelines » pratiques, issues des premières expériences de dialogues compétitifs, sous l'empire de la législation en vigueur (c'est-à-dire avant les directives de 2014).

Il va de soi que ces conseils pratiques ne doivent pas être pris comme des enseignements formulés dans l'abstrait, tant ils sont toujours liés à des circonstances concrètes rencontrées dans tel ou tel projet. Avant de vouloir les mettre en œuvre, il faudra se demander si ces mêmes circonstances se présentent dans le cas rencontré et si le conseil est, partant, adapté et pertinent. On veille toutefois à privilégier les situations et expériences qui se rencontrent souvent et tendent à se présenter comme des « constantes » dans les procédures de dialogue compétitif.

a). Analyse comparative globale des caractéristiques de chaque procédure

55. On l'a vu, l'article 29 de la Directive 2004/18/CE définit un cadre très général pour la procédure de dialogue compétitif. Les articles 27 de la loi du 15 juin 2006 et 111 à 114 de l'arrêté royal du 15 juillet 2011 n'apportent pas d'innovation majeure ou de réel complément à ce canevas européen, sous réserve de ce qui sera précisé ci-après.

On renverra, pour l'essentiel, aux commentaires pratiques de ces dispositions, ainsi qu'aux ouvrages de référence en matière de marchés publics et de dialogue compétitif¹⁰¹.

« dure ooit te ontwarren ? », in S. VAN GARSSE (dir.), *De concurrentiedialoog*, Bruges, die Keure, 2014, pp. 148 et s.). A noter cependant que, à notre estime, le dialogue compétitif devrait en toute hypothèse offrir plus de flexibilité de négociation, dès lors que tout peut être négocié jusqu'à la clôture du dialogue, et que les limites à la négociation après remise des offres finales doivent être fortement relativisées (voyez à cet égard *infra*). Ce serait donc plus, à notre sens, un critère de coût et de temps qui pourra être déterminant pour le choix de la procédure, à supposer que le pouvoir adjudicateur puisse malgré tout baliser à suffisance le cadre technique de son marché.

¹⁰¹ Notamment S. ARROWSMITH et S. TREUMER, *op. cit.*, pp. 73 et s. ; D. D'HOOGHE (dir.), *De gunning van overheidsopdrachten*, die Keure, Bruges, 2009, en particulier S. VAN GARSSE, "Wijze van gunnen", pp. 303 et s. Egalement B. LOMBAERT (dir.), *La passation des marchés publics dans les secteurs classiques. Commentaire article par article de l'arrêté royal Passation du 15 juillet 2011*, Bruxelles, Kluwer, 2014, pp. 591 à 609 ; V. VANDEN ACKER, Commentaire des articles 111 à 114 de l'arrêté royal du 15 juillet 2011, in *Commentaire article par article de la (nouvelle) Législation sur les marchés publics* (dir. S. VAN GARSSE), Bruxelles, Politeia, 2013 (feuillets mobiles) et S. VAN GARSSE (dir.), *De concurrentiedialoog*, Bruges, die Keure, 2014.

Quant à la procédure négociée avec publicité, en suite de l'article 30 de la même Directive, son régime actuel est établi en droit belge par les articles 106 à 110 de l'arrêté royal du 15 juillet 2011¹⁰².

Dans les grandes lignes, il est possible de dépeindre ces deux procédures comme il suit¹⁰³.

Les deux procédures débutent chacune par la publication d'un avis de marché et une étape distincte de sélection qualitative, permettant déjà de restreindre le nombre de candidats admis à participer à la suite de la procédure (minimum 3 en principe, conformément à l'article 44, § 3, de la Directive 2004/18/CE ; article 65, § 2, de la Directive 2014/24/UE). Celle-ci est suivie, d'un côté, de l'invitation à remettre offre dans le cadre de la procédure négociée, de l'autre, de l'invitation à participer au dialogue. A ce stade de la procédure, les deux modes de passation se déroulent donc selon des modalités comparables.

56. En vue de la conduite de la procédure négociée, les candidats sélectionnés reçoivent un *cahier spécial des charges*, définissant les besoins et exigences du pouvoir adjudicateur et, de façon plus ou moins précise, le mode de satisfaction de ceux-ci, ainsi que les conditions (contractuelles) d'exécution du marché, et les critères d'attribution¹⁰⁴ visant à déterminer l'offre économiquement la plus avantageuse *ou* l'offre la plus basse.

La procédure prévue par le cahier spécial des charges peut comporter une ou plusieurs phases de négociation des offres, visant à réduire progressivement le nombre de soumissionnaires encore en lice, et un ou plusieurs « tours » de remise d'offres (système de la *Best and Final Offer* – « BAFO »). Chaque étape de « tri » entre les offres reçues doit se dérouler sur la base des critères d'attribution fixés par le cahier spécial des charges avant la remise des premières offres.

A priori, une seule batterie de critères d'attribution est applicable uniformément à chaque phase « d'élimination », mais l'on peut parfaitement imaginer que, par exemple, les modalités de satisfaction à ces critères soient établies de manière évolutive : ainsi, il peut être prévu que les premières offres doivent obtenir une cote minimale moyenne ou pour chaque critère, et que ce seuil minimal est rehaussé de phase en phase ; il peut également être prévu que les critères d'attribution s'appliquent, en début de négociation, de manière « globale » et qu'ils soient ensuite déclinés, pour les offres subséquentes ou pour la « BAFO », en sous-

¹⁰² Pour un commentaire pratique de ces dispositions, voyez B. LOMBAERT (dir), *La passation des marchés publics dans les secteurs classiques. Commentaire article par article de l'arrêté royal Passation du 15 juillet 2011*, op. cit., pp. 573 et s. ; V. VANDEN ACKER, Articles 106 à 110 de l'arrêté royal du 15 juillet 2011, in *Commentaire article par article de la (nouvelle) Législation sur les marchés publics* (dir. S. VAN GARSSE), Bruxelles, Politeia, 2013 (feuillets mobiles).

¹⁰³ Qui se concentrent à nouveau ici, comparaison européenne oblige, uniquement sur la procédure négociée avec publicité, et laissent de côté le déroulement – encore plus indéfini et indéfinissable – de la procédure négociée sans publicité.

¹⁰⁴ Dont la mention est obligatoire à tout le moins pour les marchés atteignant les seuils européens, qui nous intéressent principalement ici.

critères. L'essentiel est que toutes ces modalités d'application ou de déclinaison des critères d'attribution soient prévues et annoncées de manière intangible dans le cahier spécial des charges et ne fassent pas l'objet de modifications ultérieures. C'est ce que requiert le principe de transparence¹⁰⁵.

L'organisation des négociations est libre : elles peuvent théoriquement se dérouler par des séances de discussions plénières¹⁰⁶ ou bilatérales, ou par écrit, via des questions/réponses¹⁰⁷ et la possibilité de remettre des offres progressivement adaptées, *mais dans le respect de la confidentialité des éléments de leurs offres qualifiés comme tels par les soumissionnaires*.

Le phasage des négociations offre également au pouvoir adjudicateur la possibilité, acquise par la pratique, de poursuivre les négociations avec un seul ou certains soumissionnaires *même lorsque les offres de leurs concurrents n'ont pas encore été formellement éliminées* (système de la « salle d'attente », ou *wachtkamer*). Il convient toutefois, à nouveau, que le pouvoir adjudicateur se soit réservé cette possibilité *in tempore non suspecto*¹⁰⁸. En fin de procédure, il est courant de négocier encore avec le soumissionnaire retenu le contenu définitif de l'offre ou du contrat à conclure ; c'est cette étape qui fait grincer le plus les dents de la Commission européenne, et aurait vocation à disparaître en application du nouveau cadre législatif européen (voir *supra*).

L'attribution se réalise soit par l'approbation de l'offre de l'adjudicataire, telle que modifiée à l'issue des négociations, soit par la signature d'une convention avec ce dernier.

57. En vue de la conduite du dialogue, le pouvoir adjudicateur adresse aux candidats sélectionnés un *document descriptif*¹⁰⁹, définissant les besoins et

¹⁰⁵ Voyez notamment E. VAN NUFFEL, Commentaire de l'article 5 de la loi du 15 juin 2006 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services, in *Commentaire article par article de la (nouvelle) Législation sur les marchés publics* (dir. S. VAN GARSSE), Bruxelles, Politeia, 2013 (feuillets mobiles).

¹⁰⁶ Ceci est sans doute rare en pratique, mais ne semble nullement exclu par les textes actuels. Vu l'obligation de confidentialité désormais expressément posée par l'article 29.5, alinéa 2, de la Directive 2014/24/UE, il convient à notre sens de considérer qu'il ne sera juridiquement plus possible d'envisager de telles négociations plénières à l'avenir.

¹⁰⁷ Voyez par exemple C.E., n° 216.091, du 27 octobre 2011, *nv Alpha Classical Cleaning*.

¹⁰⁸ Voyez à cet égard l'arrêt C.E., n° 212.877, du 29 avril 2011, *s.a. Groupe De Boeck*, également évoqué *infra*.

¹⁰⁹ Comme la Commission s'en explique dans sa Fiche explicative, p. 4, note infrapaginale n° 9 « la terminologie « document descriptif » a été choisie pour indiquer qu'il s'agit d'un document qui pourra être moins détaillé et/ou moins prescriptif que les cahiers des charges « normales » (sic). Il convient de souligner que le document descriptif pourra, par exemple, prévoir des dispositions de type juridico/administratif/contractuel qui feraient partie de la base commune pour la conduite de la procédure et la préparation des offres ».

exigences du pouvoir adjudicateur (programme fonctionnel¹¹⁰, exigences minimales et ambitions¹¹¹, « output specifications » ou encore besoins et performances) et les critères d'attribution à appliquer pendant et après le dialogue.

Le processus de dialogue doit se dérouler de façon égalitaire et individualisée et peut porter sur tous les aspects du marché, sous réserve des éléments « substantiels voire fondamentaux des avis et du document descriptif »¹¹². Le pouvoir adjudicateur peut également prévoir que le dialogue sera phasé, en vue de réduire progressivement le nombre de solutions encore à débattre ; il sera logiquement basé dans cette hypothèse sur la remise d'écrits¹¹³ successifs par les participants au dialogue, et jalonné de décisions intermédiaires de confrontation des solutions proposées aux critères d'attribution applicables.

Par définition, les écrits intermédiaires ne doivent pas encore porter sur tous les aspects d'exécution du marché. Ainsi, on peut théoriquement imaginer que les premières propositions demandées ne portent, par exemple, que sur les aspects techniques d'un projet, sans encore les quantifier financièrement. Le dialogue se clôture, en toute hypothèse, par une décision déterminant la/les solution(s) la/les plus adéquate(s) et invitant leur(s) auteur(s) à la remise d'offres¹¹⁴.

¹¹⁰ Selon l'expression française. Le MEDEF décrit celui-ci, dans son "Guide du dialogue compétitif", en février 2007 (<http://www.medef.com/medef-corporate/publications/fiche-detaillee/article/guide-du-dialogue-competitif.html>, page 13), comme étant « à mi-chemin entre l'étude des besoins et le cahier des charges (...) : il donne une définition aboutie des besoins, les idées directrices et les attentes fonctionnelles associées à des niveaux de performances (...). Il est important que le programme fonctionnel soit neutre au regard des procédés existants et des savoir-faire des entreprises ».

¹¹¹ Selon la terminologie néerlandaise notamment (voyez le manuel du Rijksoverheid Nederland, cité plus haut – on relèvera que la Commission évoque aussi l'énoncé d'exigences minimales, mais dans l'hypothèse particulière où le pouvoir adjudicateur entendrait solliciter des variantes par rapport à une solution « standard » – hypothèse qu'elle estime, en soi, fort improbable et contradictoire avec le dialogue. Dans la nouvelle Directive 2014/24/UE, par ailleurs, l'expression « exigences minimales » est réservée à la procédure concurrentielle avec négociation (article 29), au partenariat d'innovation (article 31) et à l'hypothèse de l'autorisation de variantes (article 45).

¹¹² Fiche explicative de la Commission, page 4.

¹¹³ Il s'agit d'une recommandation de la Commission et non d'une obligation juridique : « la complexité même du marché ainsi que la nécessité pour les pouvoirs adjudicateurs de comparer plusieurs solutions et de pouvoir prendre des décisions qu'ils pourront justifier par après, exigent que l'application du critère d'attribution se fasse sur base de documents écrits. Que l'on qualifie ces documents d'« esquisses de solution », de « propositions de projets », d'« offres » ou autres n'est pas spécifié dans la directive – il est de tout manière clair que même en les considérant comme des offres, il ne peut être exigé qu'elles comprennent « tous les éléments requis et nécessaires pour la réalisation du projet », étant donné que cette exigence ne s'applique qu'aux offres soumises à la fin de la phase du dialogue » Fiche explicative, page 8. Ceci allonge toutefois d'autant le processus de dialogue, puisque la Commission souligne évidemment qu'il convient de laisser aux participants un délai raisonnable, fonction de ce qui leur aura été demandé comme degré de précision, pour remettre ces documents « intermédiaires » (voyez également l'article 113, § 1^{er}, de l'arrêté royal du 15 juillet 2011).

¹¹⁴ Une fois cette identification réalisée, selon K. LEUS et F. ONGENA, il sera d'autant plus difficile pour le pouvoir adjudicateur de renoncer encore à la poursuite de la procédure, à tout le moins pour des motifs tenant à l'absence de convergence entre ses besoins et les solutions propo-

S'il ne s'agit pas encore d'une décision d'attribution, celle-ci peut toutefois déjà mener à l'élimination définitive de certains participants, si aucune des solutions qu'ils proposent n'est retenue¹¹⁵. Cette élimination de solutions doit donc être réalisée sur la base de critères d'attribution établis par le document descriptif et, qu'elle intervienne en cours ou au terme du dialogue, être formellement motivée¹¹⁶. Une fois le dialogue clos, le pouvoir adjudicateur invite les participants auteurs d'une ou plusieurs solution(s) encore en lice à remettre offre sur la base de celle(s)-ci, en leur communiquant les conditions qui seront d'application durant l'exécution du marché¹¹⁷.

S'ensuit un seul « tour » de remise d'offres engageantes et complètes, qui ne peuvent *en principe*, en droit positif belge, plus faire l'objet à proprement parler de négociations mais uniquement de clarifications, précisions ou compléments (la Directive 2004/18 visant également les *perfectionnements*) ; après désignation de l'auteur de la solution la mieux classée sur la base de critères d'attribution établis par le document descriptif, constituant en principe l'offre économiquement la plus avantageuse¹¹⁸, il serait « uniquement » possible d'obtenir la confirmation de certains de ses engagements, mais pas de négocier¹¹⁹. On verra ci-dessous que

sées par le marché (« De concurrentiedialoog en de aansprakelijkheid bij het afbreken van de procedure », in S. VAN GARSE (dir.), *De concurrentiedialoog*, op. cit., pp. 124-125).

¹¹⁵ Selon la Commission, il n'est par ailleurs pas exclu « que la réduction du nombre de solutions par application des critères d'attribution conduise même à ce qu'une seule solution puisse être retenue. Ceci n'empêcherait pas le pouvoir adjudicateur de continuer la procédure » (Fiche explicative, page 9).

¹¹⁶ Comparez à cet égard les articles 4, 6° et 7, § 3, de la loi du 17 juin 2013 relative à la motivation, à l'information et aux voies de recours en matière de marchés publics et de certains marchés de travaux, de fournitures et de services, qui ne semblent évoquer que la décision de clôture du dialogue. En revanche, le Rapport au Roi sous l'article 111 de l'arrêté royal du 15 juillet 2011 précise, quant à lui, que « Vu la complexité du marché ainsi que la nécessité pour le pouvoir adjudicateur de comparer plusieurs solutions et d'établir chaque fois une décision motivée, il s'impose que l'examen au regard des critères d'attribution soit consigné dans des documents écrits ». L'exigence d'un écrit pour chaque phase de dialogue n'est toutefois pas non plus reprise dans le texte même de cette disposition. Elle ne l'est pas non plus, dans le chef des participants au dialogue, dans la Directive 2014/24/UE (voyez en revanche l'article 84.2 précité de la même Directive, concernant l'obligation pour le pouvoir adjudicateur de se constituer des traces écrites de chaque étape de la procédure). Sur la base de ces dispositions, par ailleurs, il convient de relever que la décision de clôture du dialogue, à tout le moins, qui doit reprendre les motifs de droit et de fait justifiant l'élimination de certaines solutions, doit être distinctement et préalablement notifiée aux participants concernés. Il nous semble s'en déduire que cette décision est donc susceptible d'être attaquée devant le Conseil d'Etat par les opérateurs économiques auxquels elle cause grief, sans devoir attendre l'issue de la procédure et son éventuelle décision d'attribution.

¹¹⁷ Cautionnement, réceptions, paiements, etc.

¹¹⁸ Il convient de relever qu'en dialogue compétitif, le recours au seul critère de l'offre la plus basse n'est, assez logiquement, pas permis, dès lors que le pouvoir adjudicateur ne « cadennasse » pas, comme en adjudication, tous les éléments de marché autres que le prix, bien au contraire (en ce sens, voyez également S. ARROWSMITH et S. TREUMER, op. cit., p. 85).

¹¹⁹ Comme le souligne la Commission, un amendement en ce sens ayant été rejeté pendant les travaux préparatoires de la Directive 2004/18/CE – il s'agirait dès lors essentiellement de confirmations financières, afin de permettre au soumissionnaire de solliciter l'engagement ferme

cette interprétation peut déjà être relativement nuancée dans le cadre en vigueur, et semble définitivement à abandonner au vu du texte de la nouvelle Directive.

L'attribution du marché se réalise toujours par la signature d'une convention entre les parties¹²⁰.

Enfin, en dialogue compétitif, le pouvoir adjudicateur peut prévoir d'indemniser les participants non retenus, selon les conditions qu'il détermine, en considération des coûts importants potentiellement engendrés par la participation au processus de dialogue¹²¹.

*b). Comment mener au mieux une procédure de dialogue ? Allier rigueur et souplesse, un exercice de **stratégie***

58. Selon sa marraine européenne et selon certains commentateurs, la procédure de dialogue compétitif présenterait des atouts substantiels, notamment par rapport à la procédure négociée avec publicité, en termes de flexibilité, de promotion de solutions innovantes, et d'optimisation de la compréhension entre pouvoir adjudicateur et soumissionnaires quant aux besoins à satisfaire et aux moyens d'y répondre. Ces différents atouts ne sont toutefois guère balisés, on l'a vu, par le cadre juridique applicable, tant actuel que futur, et peuvent donc se muer en autant d'écueils et chausse-trapes à éviter par la mise en place et la diffusion de « bonnes pratiques » dans la conduite de cette procédure. Nous nous proposons, ci-après, d'énumérer les aspects qui nous semblent devoir retenir l'attention des pouvoirs adjudicateurs – et, par répercussion, des opérateurs économiques impliqués dans la passation de tels marchés – afin que le long et coûteux processus qu'implique nécessairement la conduite d'une telle procédure ne se solde par un échec¹²².

i) Avis de marché, document descriptif et possibilité de négocier tous les aspects du marché

59. Le dialogue compétitif offre donc la possibilité de **négocier tous les aspects du marché**¹²³ pendant le dialogue, à savoir « *non seulement (...) les*

des institutions de financement au dernier moment (Fiche explicative, p. 10).

¹²⁰ Article 114, § 3, de l'arrêté royal du 15 juillet 2011.

¹²¹ Article 114, § 4, de l'arrêté royal du 15 juillet 2011.

¹²² Sur l'application de l'article 35 de la loi du 15 juin 2006, permettant la renonciation au marché par le pouvoir adjudicateur, à chacun des stades de la procédure de dialogue compétitif, voyez K. LEUS et F. ONGENA, *op. cit.*, pp. 109 et s.

¹²³ Cette possibilité de négociation élargie est, par ailleurs, souvent présentée comme l'un des principaux **atouts** de la procédure de dialogue compétitif face à la procédure négociée avec publicité (européenne) : en effet, dans ce dernier cas, seules les offres déposées sont en principe négociables dans les secteurs classiques, à l'exclusion des conditions énoncées dans les documents de marché (article 109, § 2 de l'arrêté royal du 15 juillet 2011 : « *Le pouvoir adjudicateur négocie avec les soumissionnaires les offres soumises par ceux-ci afin de les adapter aux exigences qu'il a*

aspects techniques mais également (...) les aspects économiques (prix, coûts, revenus, ...) ou (...) les aspects juridiques (répartition et limitation des risques¹²⁴, garanties, possibilité de créer une structure juridique ad hoc,...) »¹²⁵.

Ceci justifie que cette procédure soit conduite autour d'un « document descriptif », présenté comme un « *cahier des charges simplifié* », ne comportant qu'un énoncé sommaire et neutre techniquement, financièrement et/ou juridiquement des besoins et exigences du pouvoir adjudicateur.

Ainsi, tout ce qui n'est pas fixé préalablement par le pouvoir adjudicateur dans ses documents de marché peut être discuté et évoluer en cours de dialogue. En outre, les éléments repris dans le document descriptif peuvent également être adaptés ou précisés en cours de dialogue, sous réserve de ne pas modifier la nature même et l'étendue des besoins du pouvoir adjudicateur¹²⁶, ni d'apporter des modifica-

indiquées dans les documents du marché et de rechercher la meilleure offre » ; également C.J.U.E., C-292/07, 23 avril 2009, cons. 107). Comme le souligne M. BURNETT, cette interprétation restrictive de la Commission européenne n'était toutefois pas unanimement admise à travers les Etats, étant potentiellement contradictoire avec la définition même de la procédure négociée (*op. cit.*, p. 65). Cet atout est en outre plus fortement relativisé encore par le texte de la nouvelle Directive de 2014, limitant l'exclusion du champ des négociations, en procédure négociée, aux exigences minimales énoncées par le pouvoir adjudicateur... somme toute, comme en dialogue compétitif.

¹²⁴ Le MEDEF rappelle, à cet égard, qu' « il faut distinguer le risque macro-économique, qui n'est pas susceptible d'être assumé par les entreprises, notamment les risques relatifs aux coûts de l'énergie et liés à l'environnement, des risques micro-économiques de l'entreprise qu'elle peut et doit prendre car elle les maîtrise (conception, construction, exploitation, fabrication, distribution). (...) Tous les risques ne peuvent pas être transférés à l'entreprise. En effet, si aucune marge de négociation n'est possible, la procédure du dialogue compétitif est inutile. Par ailleurs, les coûts engendrés pour la personne publique seront évalués en conséquence. (...) Les évolutions du cadre juridique, fiscal et normatif, au sens large, ne devraient pas être mises à la charge du titulaire. Les évolutions réglementaires devraient être à la charge de la personne publique car l'entreprise n'en a aucune maîtrise. (...) Les autorisations, permis et licences, qui doivent être obtenus et maintenus par le titulaire du contrat, sont accordés par des tiers. Leur obtention ne peut donc pas être de la garantie ou de la responsabilité de celui-ci, au-delà de sa propre obligation de moyen. (...) Les risques de sols (urbanisme, archéologie, géologie, passage de réseaux) doivent être connus des candidats. Ceci implique qu'ils doivent être portés à leur connaissance par tout moyen notamment : par la transmission d'études complètes et de qualité par la personne publique ou un droit d'accès au site afin d'effectuer des audits de sols et des évaluations. (...) Les cautions doivent avoir un objet précis et être nécessairement limitées en montant et en durée. Les obligations garanties, liées à la nature et la durée des prestations concernées, doivent être cohérentes afin d'assurer la bonne réalisation des obligations contractuelles » (« Guide du dialogue compétitif », *op. cit.*, pp. 21-22).

¹²⁵ Rapport au Roi précédant l'arrêté royal du 15 juillet 2011.

¹²⁶ Comp. C.E. fr., 4 avril 2005, n° 265784, Commune de Castellar c/ Sté Heaven (décision rendue en matière d'« appel d'offres sur performance », procédure ayant précédé en France la transposition du dialogue compétitif). Egalement F. LLORENS, note sous TA Paris, 10 juin 2011, n° 11-02797, *Contrats et Marchés publics* n° 8, Août 2011, com. 254 : « si les prescriptions du programme fonctionnel détaillé peuvent être modifiées au cours du dialogue, indique-t-elle, ces modifications ne peuvent porter sur la nature et l'étendue des besoins de la personne publique, lesquels peuvent seulement faire l'objet des précisions nécessaires pour répondre aux éléments d'information complémentaires apparus au cours de la procédure et à la condition que ces précisions soient portées en temps utile à la connaissance de tous les candidats ayant fait une offre pour leur permettre de l'adapter ».

tions aux éléments essentiels¹²⁷ du marché, *si cette modification est susceptible de fausser la concurrence ou d'avoir un effet discriminatoire* (précision apportée par l'article 111, § 4, de l'arrêté royal du 15 juillet 2011).

60. La « simplicité » apparente du document descriptif doit toutefois être fortement relativisée et il convient d'attacher suffisamment d'attention et d'importance à sa rédaction, afin de ne pas mettre d'emblée en péril l'efficacité de la procédure.

Tout d'abord, il nous semble que la faculté de « négociation générale » sous-jacente au dialogue ne peut porter, en principe, sur les éléments essentiels repris dans **l'avis de marché** : il est, en effet, impossible pour le pouvoir adjudicateur d'exclure l'hypothèse que ces éléments aient découragé ne serait-ce qu'un opérateur économique de prendre part à la procédure, parce qu'ils lui auraient paru irréalistes, trop onéreux ou contraignants¹²⁸. Toute modification ultérieure du contenu de l'avis de marché serait donc potentiellement discriminatoire ; ceci vaut tant pour les conditions de sélection qualitative que pour les considérations essentielles relatives à l'objet du marché, aux besoins et exigences du pouvoir adjudicateur, qui y seraient mentionnées. On ne peut donc que recommander la plus grande sobriété à ce stade de la procédure et, ensuite, le souci d'une cohérence parfaite entre avis de marché et document descriptif.

Ensuite, et bien que les considérations qui précèdent et le texte réglementaire encouragent à simplifier au maximum le contenu des documents de marché, il serait illusoire, voire contre-productif, pour un pouvoir adjudicateur, de tenter d'ouvrir le dialogue sur une page (quasi) blanche : il convient en effet qu'il prépare la procédure à mener, afin de pouvoir baliser un tant soit peu les discussions avec les participants ; ceci est indispensable à la canalisation de leur imagination et à la rationalisation de la durée – et donc du coût – d'un dialogue compétitif¹²⁹.

Il paraît donc plus que recommandé de fixer malgré tout, dans le document descriptif, certaines exigences minimales ou d'identifier certains éléments intan-

¹²⁷ Selon le Rapport au Roi, les éléments essentiels sont *notamment* les critères de sélection et d'attribution, l'indication des phases et tout autre élément susceptible d'influencer la concurrence.

¹²⁸ Et ce, sans qu'il en ait nécessairement informé le pouvoir adjudicateur : s'il est de plus en plus fréquent que les opérateurs économiques se manifestent afin de signaler les aspects disproportionnés ou discriminatoires qu'ils auraient décelés lors du lancement de la procédure, une telle démarche n'est, toutefois, ni obligatoire, ni systématique. En outre, même dans l'hypothèse de telles manifestations, on ne peut encore exclure que l'opérateur économique n'ait dénoncé qu'un seul aspect « problématique » de la mise en concurrence, et non l'ensemble des écueils qu'il y aurait relevés, notamment afin de « conserver certaines cartouches » en vue d'un recours éventuel...

¹²⁹ J. VAN DER SNICKT, *op. cit.*, p. 921, citant la pratique des Pays-Bas et les recommandations du Handreiking de la Rijksoverheid Nederland, évoqué plus haut ; également MEDEF, « Guide du dialogue compétitif », *op. cit.*, p. 12 ; N. BRAECKEVELT, A. LOGGHE et F. ONGENA, *op. cit.*, p. 899.

gibles du programme fonctionnel¹³⁰. Dans le même ordre d'idées, le Rapport au Roi précédant l'arrêté royal du 15 juillet 2011 indique, sous l'article 111, que le document descriptif « *doit comporter, s'il y a lieu, les conditions impératives et essentielles, telles que des exigences de nature urbanistique, architecturale, budgétaire et juridique, ainsi que les conditions impératives du contrat* »¹³¹.

A cet égard, la Commission européenne indique également¹³² que « *la possibilité de dévier de prescriptions substantielles voire fondamentales en cours de procédure n'est pas possible si une telle possibilité n'a pas été prévue explicitement dès le début de la procédure* ». Il incombe dès lors au pouvoir adjudicateur de *lister* ou d'*identifier*, dans le document descriptif, les éléments (non) susceptibles de modification ultérieure¹³³. Une telle démarche, si elle est raisonnablement et correctement entreprise, permet d'éviter les controverses subséquentes quant à la qualification des indications fournies par le pouvoir adjudicateur.

61. La nécessité de baliser le dialogue par l'indication aussi d'un certain nombre d'exigences minimales et d'autres caractéristiques non essentielles fait toutefois surgir un autre écueil pour le pouvoir adjudicateur, qui devra veiller à la cohérence globale de son attitude dans le cadre de l'établissement de ses documents de marché.

Ainsi, s'il a justifié le recours au dialogue compétitif par des raisons de complexité technique, le document descriptif doit en principe¹³⁴ se limiter à définir certains besoins, fonctionnalités, performances et contraintes, sans aucune précision sur les solutions susceptibles de les satisfaire ou rencontrer. De même, s'il s'est fondé sur la complexité juridique ou financière du montage de son marché, il devra laisser cet aspect particulièrement ouvert, sous réserve de préciser quelques contraintes minimales, notamment de budget, de risques – mais sans aller trop loin, la répartition des risques constituant souvent le cœur même du dialogue –, ou d'identification de catégories de droits réels ou personnels qu'il serait susceptible d'accorder ou qu'en toute hypothèse, il entendrait acquérir ou conserver.

A défaut, le pouvoir adjudicateur s'exposerait à faire lui-même la démonstration de ce que le marché ne serait pas réellement « *aussi complexe* » qu'il l'aurait prétendu afin de justifier, en droit positif du moins, le choix de la procédure. De ce point de vue, il est sans doute heureux que le législateur européen ait abandonné le critère de complexité du projet pour caractériser le dialogue compétitif.

¹³⁰ C'est ce que recommande notamment le MEDEF, *op. cit.*, p. 13.

¹³¹ Rapport au Roi, M.B., 9 août 2011, 1^{ère} éd., p. 44.917.

¹³² Fiche explicative, page 5, note 14.

¹³³ Sans bien évidemment que ce processus d'identification lui permette, contre ses propres écrits ou contre la réglementation, de qualifier de non essentiels ou non substantiels des éléments qui le seraient nécessairement (critères de sélection et d'attribution, éléments essentiels repris dans l'avis de marché, notamment).

¹³⁴ Sous réserve de l'hypothèse de la définition d'une « solution standard » et du recours à l'autorisation des variantes libres...

ii) Multiplicité des solutions proposées par les opérateurs participant à la procédure

62. Un autre avantage du dialogue compétitif serait celui de permettre l'introduction, par chaque opérateur économique convié au dialogue, de **plusieurs solutions distinctes**¹³⁵, là où l'interdiction des offres multiples est applicable également aux procédures négociées avec publicité¹³⁶.

En effet, la procédure de dialogue compétitif se concentre sur les solutions proposées, afin de permettre au pouvoir adjudicateur de combiner en quelque sorte en un seul processus prospection du marché et attribution¹³⁷. D'ailleurs, lorsqu'il réalise un dialogue par phases, le pouvoir adjudicateur réduit le nombre de solutions discutées plutôt que le nombre de participants au dialogue¹³⁸ ; au terme de celui-ci, les participants introduisent les offres correspondant à la ou aux solution(s) qu'ils ont présentée(s) et que le pouvoir adjudicateur a retenue(s).

¹³⁵ De sorte que la possibilité théorique de solliciter, en outre, des variantes paraît de peu de portée pratique à la Commission : « *Les variantes n'ont d'utilité qu'en tant qu' « alternatifs » par rapport à une solution « standard/des exigences « standard » - étant donné que des solutions « standards » seront rarement prescrites dans le dialogue compétitif, le besoin de recourir à des variantes sera sans doute très limité* » (Fiche explicative, page 5, note 14). Voyez également, dans le même sens, S. ARROWSMITH et S. TREUMER, *op. cit.*, pp. 113-114, qui soulignent que l'autorisation des variantes serait à tout le moins impossible en cas de dialogue phasé ou après la clôture de celui-ci, ces deux processus ayant pour vocation d'éliminer certaines solutions des participants, qu'il ne s'agirait pas de voir réapparaître – ni d'en voir apparaître d'autres, à un moment où une première élimination de concurrents a déjà eu lieu – par l'utilisation des variantes.

¹³⁶ Article 54, § 2, de l'arrêté royal du 15 juillet 2011. Mais la pluralité de solutions par participants est-elle réellement une exclusivité du dialogue compétitif ? En effet, il est toujours loisible au pouvoir adjudicateur d'autoriser, dans le cadre d'une procédure négociée avec publicité, l'introduction de variantes libres. Celles-ci devront, certes, respecter un cadre minimal imposé par le pouvoir adjudicateur afin d'assurer leur comparabilité avec les offres principales. Mais, dans la plupart des cas, est-ce *substantiellement* différent de la contrainte, pour toute solution introduite par un participant à une procédure de dialogue compétitif, de respecter les exigences minimales établies dans le document descriptif ?

¹³⁷ J. VAN DER SNICKT, *op. cit.*, pp. 912-913.

¹³⁸ Fiche explicative de la Commission européenne, page 9, qui précise toutefois en note 30 que « *dans la plupart des cas, les participants n'auront développé qu'une solution chacun et l'élimination de la solution signifie donc aussi l'élimination de l'opérateur économique concerné* ». Une certaine doctrine estime en outre possible, à ce stade, de prévoir de limiter non seulement le nombre de solutions retenues mais également le nombre de participants aux phases ultérieures de dialogue (S. VAN GARSE, « *Wijzen van gunnen* », in *De gunning van overheidsopdrachten*, D. D'HOOGHE (dir.), Bruges, die Keure, 2009, p. 306). Il nous semble toutefois, afin d'éviter toute confusion avec la phase de sélection qualitative, que cette élimination de *participants* doit demeurer strictement liée aux solutions qu'ils ont introduites, soit que le pouvoir adjudicateur restreigne le nombre de solutions pouvant être déposées par chaque participant, soit qu'il prévoie, en début de dialogue, que seule la meilleure proposition de chaque participant sera retenue, de sorte que celui-ci sera, ensuite, plus rapidement susceptible d'élimination si sa proposition subsistante est moins performante que celle de ses concurrents.

Dans cette mesure, cette procédure déroge donc bien à l'interdiction de déposer plusieurs offres¹³⁹.

Il paraît toutefois préférable, à nouveau, de baliser le nombre de propositions susceptibles d'être introduites par chaque opérateur économique, afin de limiter la durée et les coûts du dialogue, ainsi que d'astreindre les participants à canaliser leur imagination et à ne pas trop se « disperser ».

D'autant que l'élaboration de ces solutions requiert également un investissement important pour les participants, qui ne sera jamais réellement compensé par les « primes » ou indemnités que le pouvoir adjudicateur pourrait leur octroyer¹⁴⁰.

iii) Phasage du dialogue et temporalité de la procédure

63. Afin de rationaliser progressivement le nombre et l'examen de ces différentes solutions, le pouvoir adjudicateur peut réaliser, comme en procédure négociée, un **phasage du dialogue**, à condition qu'il ait été annoncé préalablement¹⁴¹, et peut y renoncer en cours de procédure si le dialogue s'avère non encore assez avancé pour faire le tri entre les solutions¹⁴².

Comme on l'a vu, tout peut être négocié dans le dialogue compétitif, en ce compris les documents du marché. Le phasage de la procédure permet donc également de faire évoluer non seulement les propositions des participants, mais aussi la définition corrélative de ses besoins par le pouvoir adjudicateur.

¹³⁹ Fiche explicative de la Commission, p. 9. L'article 54 de l'arrêté royal du 15 juillet 2011 précité exclut d'ailleurs expressément le dialogue compétitif de son champ d'application.

¹⁴⁰ Article 114, § 4, de l'arrêté royal du 15 juillet 2011.

¹⁴¹ A défaut, en dialogue compétitif, aucune solution ne peut être éliminée avant la clôture du dialogue ; en procédure négociée avec publicité, « *les négociations se dérouleront avec l'ensemble des soumissionnaires* » (Rapport au Roi sous l'article 109, § 3, de l'arrêté royal du 15 juillet 2011, M.B., 9 août 2011, 1^{ère} éd., p. 44.916) ; voyez également, en procédure négociée avec publicité, C.E., n° 212.877, du 29 avril 2011, *s.a. Groupe De Boeck*, qui impose au pouvoir adjudicateur de respecter strictement le nombre de phases qu'il s'était préalablement fixé, *même s'il invite tous les soumissionnaires à participer à une phase de négociations supplémentaire, non prévue initialement*. On ne peut donc que recommander la prudence dans le libellé du cahier spécial des charges quant au déroulement de la procédure.

¹⁴² Voyez à cet égard l'article 111, § 3, de l'arrêté royal du 15 juillet 2011 et le Rapport au Roi sous cette disposition. L'indication parallèle du même Rapport au Roi, sous l'article 110, § 4, du même arrêté, que l'indication des phases de dialogue constituerait un élément essentiel – non modifiable ultérieurement – du document descriptif doit, à notre sens, s'interpréter comme il suit : le pouvoir adjudicateur ne peut, en cours de dialogue, renoncer à rencontrer les participants autant de fois qu'il l'avait initialement prévu, ou à leur permettre de déposer autant de « propositions intermédiaires » qu'annoncé dans les documents de marché. En revanche, s'il constate – au terme le plus souvent des premières phases de dialogue – qu'il serait prématuré d'appliquer les critères d'attribution aux résultats de celle(s)-ci, et/ou d'en déduire l'élimination de certaines solutions, ceci lui est en bonne logique toujours loisible. Afin d'éviter toute incompréhension à cet égard, on recommandera toutefois au pouvoir adjudicateur de le spécifier expressément dans son document descriptif. On relèvera en outre qu'en toute hypothèse, un tel tri interviendra toujours, en dialogue compétitif, qu'il soit phasé ou non, lors de la clôture même du dialogue.

La réglementation est toutefois muette sur l'organisation et le déroulement concret de ce phasage. Il semble préférable de réaliser l'élimination progressive des solutions sur la base d'écrits intermédiaires remis par les participants, mais cette méthode suscite plusieurs dilemmes :

1° Quelle est la meilleure façon d'entamer le dialogue : par écrit ou par des sessions de discussions ?

On serait sans doute tenté de répondre, dans une lecture littérale de la procédure, qu'il vaut mieux commencer par discuter avec les participants : certes, ceci pourrait être de nature à éviter qu'ils se lancent dans l'élaboration de solutions qui n'intéressent pas du tout le pouvoir adjudicateur. Mais le risque sous-jacent à un tel processus saute immédiatement aux yeux : tant qu'ils n'ont pas à introduire de documents, comment s'assurer que les participants « travaillent » réellement, en vue des, et entre les, sessions de discussions ?

2° Que demander, et à quel moment, aux participants dans ces écrits intermédiaires ?

En effet, de tels écrits ne peuvent être aussi complets que le seraient de véritables offres, sous peine tout à la fois d'annihiler le sens du dialogue et de dissuader les participants de s'engager dans, ou de poursuivre, la procédure.

On évoque donc, souvent, l'hypothèse de premières propositions ne portant que sur les aspects techniques des solutions à développer.

Une pareille approche présente, toutefois, ses propres limites : comment s'assurer en effet, dans ce cas, que les solutions proposées sont, par exemple, économiquement réalistes ? Est-il judicieux, pour le pouvoir adjudicateur, de prendre le risque de privilégier une solution techniquement séduisante en première phase de dialogue, pour découvrir ensuite qu'elle est, en réalité, impraticable ou « impayable » ?

Aussi, comme le relève une étude anglaise, « *If there are concerns about the likely affordability of the potential solutions, the Contracting Authority might ask bidders to submit indicative costs as part of their ISOS submissions at the end of the first phase of dialogue. These would not be binding and would not normally be evaluated as part of any down selection that may take place at this stage. As with much else, the Contracting Authority needs to balance its desire for indicative costs with the additional burden this will impose on bidders at this point* »¹⁴³.

Autrement dit, soit le pouvoir adjudicateur en demandera trop, et risquera de décourager la créativité des participants ou, à tout le moins, réduira la diversité des solutions qui lui seront proposées, soit le pouvoir adjudicateur n'en demandera pas assez... dans ce dernier cas, il y a fort à parier qu'il devra renoncer à trier

¹⁴³ HM Treasury/Office of Government Commerce, *Competitive dialogue in 2008 – OGC/HMT joint guidance on using the procedure*, <http://www.hm-treasury.co.uk>, cité par N. BRAECKEVELT, A. LOGGHE et F. ONGENA, *op. cit.*, p. 894.

les solutions remises en fin de première phase de dialogue¹⁴⁴, sous réserve de solutions parfaitement farfelues ou inadéquates, et attendre la suite de la procédure pour vérifier que la dot de la mariée est aussi belle que cette dernière¹⁴⁵...

3° Enfin, qui dit remise d'écrits intermédiaires dit *temps* : la réglementation prévoit, en effet, que le pouvoir adjudicateur accorde aux participants « *un délai suffisant afin de préparer le dialogue* »¹⁴⁶.

Celui-ci sera donc d'autant plus long à proportion du nombre d'écrits intermédiaires et de leur degré de précision qui sera attendu par le pouvoir adjudicateur...¹⁴⁷

64. Tout ce qui précède encourage donc à la discipline dans le cadre de l'organisation d'un tel phasage : il convient de définir clairement le nombre de phases envisagées et ce qui sera attendu des participants à chacune d'entre elles, avec quelles conséquences sur leur poursuite de la procédure. Comme le pouvoir adjudicateur ne peut, par définition, s'assurer de ce que son schéma initial lui permettra effectivement de tout clarifier en vue de la remise d'offres finales, il se réservera la faculté d'ajouter une ou plusieurs phase(s) supplémentaire(s), mais en s'astreignant, dans toute la mesure du possible, à ne pas allonger le calendrier.

iv) Définition des critères d'attribution

65. En lien avec la problématique du phasage du dialogue compétitif, il est unanimement considéré que, sauf restriction en ce sens dans la législation nationale, cette procédure permet de prévoir **plusieurs batteries de critères d'attribution**, applicables aux différentes étapes du dialogue, pour autant qu'elles soient fixées, pour chaque étape de procédure, dès le document descriptif¹⁴⁸.

Il s'agit encore d'une caractéristique souvent présentée comme un **avantage** du dialogue compétitif face à la procédure négociée, qu'il s'agit selon nous, à nouveau, de nuancer.

¹⁴⁴ Dans le même sens, N. BRAECKEVELT, A. LOGGHE et F. ONGENA, *op. cit.*, p. 901, tout en reconnaissant qu'il peut être opportun d'éliminer au plus tôt les participants ou solutions tout à fait inadéquats, afin de ne pas augmenter leurs frais et leur frustration – propice à l'augmentation des recours. Un compromis serait sans doute, pour rencontrer cette problématique, de prévoir que seules seraient éliminées, en début de dialogue, les solutions n'obtenant pas un score minimal sur tout ou partie des critères d'attribution (voyez également *infra* à cet égard).

¹⁴⁵ Avec le même risque de frustration et de déconvenue qu'au lendemain d'un concours de projets, lorsque le pouvoir adjudicateur tente de faire concrétiser les belles esquisses qui lui ont été présentées.

¹⁴⁶ Article 113, § 1^{er}, de l'arrêté royal du 15 juillet 2011.

¹⁴⁷ Le phasage d'une procédure négociée ne rencontre sans doute pas précisément les mêmes écueils, dans la mesure où il porte nécessairement, d'emblée, sur l'amélioration progressive d'une offre complète. Le pouvoir adjudicateur peut également préférer se réserver la possibilité de renoncer à tout ou partie du phasage prévu, ou d'étendre celui-ci, sous peine d'être taxé de rompre la transparence ou l'égalité entre les participants s'il s'écarte de ses propres prévisions.

¹⁴⁸ S. ARROWSMITH et S. TREUMER, *op. cit.*, p. 94.

Le dialogue compétitif vise toujours l'attribution du marché à l'offre économiquement la plus avantageuse, autrement dit, l'application d'une combinaison de critères qualitatifs et performantiels à des propositions, puis à une offre, dont, par définition, le pouvoir adjudicateur est supposé ne pas pouvoir anticiper tout ou partie du contenu.

Il semble dès lors qu'il lui sera déjà difficile d'établir **une** série de critères d'attribution adéquats¹⁴⁹. D'autant que la Commission européenne recommande fort logiquement de fixer des critères « *pouvant être appliqués quelle que soit la solution technique proposée* »¹⁵⁰.

Et même sur d'autres aspects que les questions techniques, le pouvoir adjudicateur peut également rencontrer des difficultés à déterminer la meilleure manière de comparer les solutions et les offres : prenons l'exemple d'un critère « prix » en cas de dialogue compétitif fondé sur la complexité du montage juridico-financier à privilégier. Le « prix » ou le « coût » du marché peut, dans cette hypothèse, prendre de nombreuses facettes : prix unique, redevance, canon, loyer, indemnités de leasing, compensation, remboursement par un tiers, etc. ... qu'un unique critère d'attribution devra globalement et équitablement confronter.

Ce problème paraît, toutefois, relativement insoluble : en effet, la Commission européenne précise que « *les critères d'attribution (ainsi que leur ordre d'importance) ne peuvent pas être modifiés en cours de procédure (c'est-à-dire au plus tard après l'envoi des invitations à participer au dialogue) pour d'évidentes raisons d'égalité de traitement – en fait d'éventuelles modifications des critères d'attribution après ce stade de la procédure seraient apportées à un moment où le pouvoir adjudicateur a pu obtenir une connaissance des solutions proposées par les différents participants. Les possibilités de « piloter » la procédure en faveur de l'un ou l'autre ne sont que trop évidentes, d'autant plus dans les cas où ces mêmes critères d'attribution servent à diminuer progressivement le nombre de solutions à examiner* »¹⁵¹.

¹⁴⁹ On relèvera que cette difficulté est partiellement « compensée » par la possibilité ouverte en l'espèce de ne pas pondérer les critères d'attribution mais de se contenter de fixer leur ordre d'importance (article 111, § 2, de l'arrêté royal du 15 juillet 2011), l'impossibilité de fixer la pondération des critères devant toutefois reposer sur des « *raisons démontrables* » (article 53 de la Directive 2004/18/CE) ; cette démonstration semble facilitée par le considérant 46, alinéa 2, de la Directive 2004/18/CE, indiquant qu'une dérogation à la pondération des critères d'attribution est admise dans des cas dûment justifiés lorsque cette pondération ne peut pas être établie au préalable, *notamment en raison de la complexité du marché...* Voyez également à cet égard S. ARROWSMITH et S. TREUMER, *op. cit.*, pp. 86-87. Ces auteurs rappellent toutefois que le pouvoir adjudicateur ne peut pour autant se dispenser de justifier, marché par marché, cette absence de pondération.

¹⁵⁰ Fiche explicative, page 6, note 17. *Contra* S. ARROWSMITH et S. TREUMER, *op. cit.*, p. 87, qui estiment logique que le document descriptif comporte, systématiquement, des critères d'attribution accompagnés de sous-critères détaillés...

¹⁵¹ Fiche explicative, page 6.

Si l'on peut comprendre les motifs de la Commission, l'on ne peut également s'empêcher de relever tout le paradoxe que recèle, en l'espèce, la procédure de dialogue compétitif. Comme l'écrivent N. BRAECKEVELT, A. LOGGHE et F. ONGENA¹⁵² : *"De cruciale vraag is evenwel of de vereiste om de gunningscriteria reeds ab initio en onwizigbaar in het aankondigingsbericht op te nemen niet contradictoir is met de toepassingsvoorwaarden van de concurrentiedialoog, die net is voorbehouden voor de uiterst complexe overheidsopdrachten waarbij de aanbestedende overheid op voorhand geen inzicht heeft in de mogelijke oplossingen en dus ook niet in alle relevante parameters om deze oplossingen achteraf te beoordelen. Zo lijkt het niet ondenkbaar dat de aanbestedende overheid zich pas in het kader van de dialoog bewust wordt van het bestaan en/of het belang van een bepaalde parameter ter beoordeling van, bijvoorbeeld, de technische oplossing"*.

66. Aussi, dès lors que tous les critères d'attribution doivent être fixés définitivement *en amont du dialogue* et ne pourront être modifiés ou adaptés en fonction du déroulement ou du résultat de celui-ci, il paraît difficile, voire illusoire de pouvoir décliner adéquatement ceux-ci en plusieurs grilles successives.

S. ARROWSMITH et S. TREUMER soulignent, en outre, que la technique des critères différenciés par phase entraîne un risque accru d'éliminer, à un stade précoce de la procédure, un opérateur qui se serait révélé plus performant sur les critères d'attribution finaux¹⁵³.

En écho à ce qui a déjà été évoqué ci-dessus concernant le contenu des premiers écrits intermédiaires, un tel risque est, par ailleurs, tout aussi prégnant dans l'hypothèse où le pouvoir adjudicateur *réserverait* l'application de certains critères à un stade ultérieur de la procédure¹⁵⁴ (par exemple, en n'évaluant pas les premières solutions déposées sur leurs aspects financiers).

Une option pourrait donc être d'énoncer des critères d'attribution peu nombreux et très généraux, à interpréter selon les ambitions énoncées progressivement en cours de dialogue, et évoluant avec le degré de précision attendu des participants au fur et à mesure des phases du dialogue¹⁵⁵. Le cas échéant, une modulation de la pondération respective des critères, pour chaque phase, pourrait également être envisagée et annoncée dès l'entame de la procédure (sous réserve de ne pas recréer les écueils dénoncés ci-dessus)¹⁵⁶.

¹⁵² *Op. cit.*, p. 900.

¹⁵³ Même si ces auteurs rappellent qu'il s'agit, en soi, d'un risque inhérent à tout processus phasé. S. ARROWSMITH et S. TREUMER, *op. cit.*, p. 95.

¹⁵⁴ Comme le suggèrent N. BRAECKEVELT, A. LOGGHE et F. ONGENA, *op. cit.*, p. 902 : (enkel regelmatigheidstoets in fase 1, enkel technische criteria in fase 2 en pas technische en financiële criteria in de laatste fase).

¹⁵⁵ Comp. S. ARROWSMITH et S. TREUMER, *op. cit.*, pp. 89-91.

¹⁵⁶ La possibilité théorique ainsi offerte par la procédure de dialogue compétitif de multiplier les critères d'attribution paraît donc, à l'épreuve de la pratique, de peu d'utilité. Pour le surplus, il convient de souligner qu'à notre sens, rien n'empêche un pouvoir adjudicateur de prévoir, en

v) Confidentialité des solutions des participants, « cherry picking » et « cahier des charges final »

67. Une autre caractéristique essentielle du dialogue compétitif est la **protection renforcée** accordée aux secrets techniques et financiers des solutions développées par les participants. Si elle est sans doute très appréciable pour les opérateurs économiques, elle présente toutefois, à notre sens, de multiples écueils dans le déroulement et l'optimisation de la procédure.

Ainsi, sauf à obtenir l'accord exprès des participants, le pouvoir adjudicateur doit respecter une **confidentialité absolue**¹⁵⁷ quant aux éléments constitutifs des solutions proposées par chacun d'entre eux et ne peut utiliser ceux-ci pour orienter le dialogue avec les autres participants ou guider la remise de leurs offres finales¹⁵⁸.

Il n'est, en outre, guère envisageable de stipuler, dans l'avis de marché ou le document descriptif par exemple, que la participation au dialogue emporte l'accord du participant pour que le pouvoir adjudicateur utilise les éléments de sa solution dans le cadre de la poursuite de la procédure¹⁵⁹. D'une part, le risque d'une telle clause est que des opérateurs décident de ne pas participer – ou de ne pas participer librement et sans retenue – au dialogue compétitif afin de ne pas voir divulguer leurs idées originales¹⁶⁰ ; d'autre part, cette clause est désormais contraire au

procédure négociée avec publicité, qu'il appliquera différemment ses critères d'attribution à chaque phase de négociation (voyez *supra* ; également le libellé parfaitement comparable, dans la nouvelle Directive, entre les articles 29 et 30 en ce qui concerne les critères d'attribution). De la même manière qu'en dialogue compétitif, il faut, mais il suffit, que le pouvoir adjudicateur prévoie ces différents critères successifs dès le cahier spécial des charges, sans possibilité de modification ultérieure. Mieux qu'en dialogue compétitif, toutefois, le pouvoir adjudicateur est supposé savoir en quoi consisteront les offres reçues et sur quoi pourra porter la négociation, de sorte que cette procédure paraît, en outre, plus propice à une déclinaison multiple des critères d'attribution.

¹⁵⁷ L'article 29.3 de la Directive 2004/18 constituant, à cet égard, une spécification de la disposition plus générale contenue à son article 6. Tous les aspects des solutions sont donc, en cas de dialogue compétitif, réputés confidentiels, sauf indication expresse contraire de la part des participants. Ceci constitue l'inversion du principe retenu dans les autres procédures, assurant la confidentialité des seuls éléments qualifiés de tels par les soumissionnaires. En pratique, cette distinction d'approche paraît toutefois peu porter à conséquence, les soumissionnaires indiquant la plupart du temps que leur offre doit être considérée comme confidentielle pour le tout.

¹⁵⁸ Selon le MEDEF ("Guide du dialogue compétitif", février 2007, *op. cit.*, p. 10), le secret des propositions couvre les idées originales, le montage juridique et financier, les études spécifiques, le savoir-faire, les concepts technologiques, le projet architectural, les solutions innovantes, les méthodes et organisations propres à l'entreprise ou au groupement, la propriété intellectuelle.

¹⁵⁹ Fiche explicative de la Commission, p. 7, note 22.

¹⁶⁰ On peut surtout craindre cette réaction de la part de partenaires n'ayant pas encore l'habitude de cette procédure dès lors qu'elle est nouvelle en Belgique. Dans les pays où la procédure est déjà applicable depuis quelques années, cette clause semble être désormais bien reçue par les opérateurs économiques concernés. On relèvera toutefois que le MEDEF, par exemple, s'exprimait clairement contre une telle stipulation lors de la publication de son "Guide du dialogue compétitif", en février 2007 (<http://www.medef.com/medef-corporate/publications/fiche-detaillee/article/guide-du-dialogue-competitif.html>, page 10). Voyez également S. ARROWSMITH et

droit européen appelé à entrer prochainement en vigueur (voir *supra*), de sorte qu'il est préférable, à tous points de vue, de ne pas en prôner l'utilisation.

Il paraît donc plus indiqué que le pouvoir adjudicateur se réserve expressément de demander l'accord des participants sur la non-confidentialité de certains éléments de leurs solutions. Afin d'encourager leur réponse positive, le pouvoir adjudicateur peut doubler cette clause d'une « condition de réciprocité » entre participants : les informations de l'un ne seront divulguées que si tous marquent leur accord pour partager leurs propres secrets.

En cas de cherry picking, le dialogue compétitif correspondra à ce que S. ARROWSMITH et S. TREUMER appellent le « *designated solution model* »¹⁶¹, permettant soit de faire converger tous les participants vers la solution d'un seul (« *common-trunk* »), soit de combiner les meilleurs éléments de chaque solution présentée (« *crowd-sourced* »).

Il reste que le pouvoir adjudicateur demeure, en toute hypothèse, largement tributaire du bon vouloir des participants. Or, l'impossibilité de recourir au « cherry picking » sans leur consentement emporte plusieurs inconvénients¹⁶².

68. Tout d'abord, à supposer que le montage juridique fasse partie des éléments soumis au dialogue, l'absence de mutualisation des solutions retenues peut entraver le pouvoir adjudicateur dans sa volonté légitime d'établir des conditions contractuelles « uniformes » en vue de la remise des offres finales et de la conclusion du marché¹⁶³.

Du point de vue technique, également, dès lors que le pouvoir adjudicateur ne peut révéler aux participants la solution proposée par l'un d'entre eux, il peut difficilement synthétiser dans un document commun, en fin de dialogue, la solution « idéale » qu'il souhaiterait voir développer dans toutes les offres finales.

Dans cette hypothèse, le pouvoir adjudicateur est contraint d'appliquer jusqu'au terme de la procédure ce que S. ARROWSMITH et S. TREUMER appellent le « *own-solu-*

S. TREUMER, *op. cit.*, p. 64 sur les écueils d'une telle clause « générale et préalable ». Ce risque peut également inciter le pouvoir adjudicateur à prévoir l'octroi de primes ou indemnités aux participants, sous réserve que ces indemnités soient suffisamment incitatives et à la mesure des investissements consentis par les opérateurs économiques concernés.

¹⁶¹ S. ARROWSMITH et S. TREUMER, *op. cit.*, p. 75.

¹⁶² A noter que l'interdiction du cherry picking, et les inconvénients qui en découlent, s'appliquent également en vue d'une nouvelle procédure de marché public subséquente. Ainsi, le pouvoir adjudicateur ne pourrait renoncer au dialogue compétitif, fût-ce pour des raisons parfaitement admissibles, pour ensuite relancer une nouvelle procédure, par ce biais ou par un autre mode, en injectant dans ses nouveaux documents de marché les « bonnes idées » des soumissionnaires à la procédure avortée, sous peine d'engager sa responsabilité à l'égard de ces soumissionnaires. Voyez à ce sujet K. LEUS et F. ONGENA, *op. cit.*, pp. 124 et s.

¹⁶³ Comme la Commission européenne le confirme, la clôture du dialogue pourrait en effet, dans ce cas, ne s'accompagner d'aucun document de marché complémentaire (voyez Fiche explicative).

tions model »¹⁶⁴ : ce modèle n'implique aucune convergence vers « une » meilleure solution, l'offre de chaque participant étant la révision de sa solution discutée confidentiellement et séparément pendant le dialogue, sans établissement d'un document de marché commun complémentaire définissant les caractéristiques de la solution finalement attendue¹⁶⁵.

Ces auteurs en concluent que le pouvoir adjudicateur pourrait devoir choisir une solution qui n'est pas ce que le marché aurait de mieux à offrir, à moins toutefois que par une heureuse anticipation, il s'avère que ses critères d'attribution aboutissent à valoriser préférentiellement la meilleure solution du marché¹⁶⁶ ; il perdrait donc une partie du bénéfice d'un long processus de dialogue.

69. Deux palliatifs partiels et imparfaits de cette situation pourraient être envisagés :

- tout d'abord, la mise en œuvre d'un « *hybrid model* »¹⁶⁷ : le pouvoir adjudicateur mène un dialogue individualisé et confidentiel avec les participants, sans cherry picking et partant sans risquer de révéler de secret d'affaires, puis fournit, au terme du dialogue, certaines spécifications constituant un affinement du document descriptif, en faisant en sorte qu'elles soient compatibles avec toutes les solutions encore en lice ;
- ensuite, la possibilité d'autoriser, voire d'encourager, le regroupement des participants en cours de procédure, afin de mettre leurs efforts et leur créativité en commun. Outre le risque de restreindre de la sorte la *compétitivité* de la procédure, cette « solution » est, à nouveau, totalement tributaire de leur bon vouloir...

Aussi, ce que le dialogue compétitif gagne, par comparaison aux autres procédures, en protection des idées originales des participants, il semble le perdre en comparabilité¹⁶⁸ et en efficience.

¹⁶⁴ *Op. cit.*, p. 73.

¹⁶⁵ Dans sa note explicative du 11 janvier 2005 relative au dialogue compétitif (accessible aujourd'hui via http://www.publicmarkets.eu/pdf/france/dialogue_competitif.pdf), le Ministère français de l'Economie, des Finances et de l'Industrie résumait déjà la situation de façon éclairante : « l'élaboration du cahier des charges ne doit pas être l'occasion de collecter dans les différentes propositions des candidats les éléments permettant de définir « la prestation idéale », montage hybride du savoir-faire des différents candidats ayant participé au dialogue (...). Lorsque le dialogue montre qu'il y a pluralité de solutions techniques, le cahier des charges doit se limiter à fixer le « noyau dur » des prestations indispensables à la satisfaction des besoins de l'acheteur et laisser des plages de liberté suffisantes pour permettre à chacun des candidats d'y développer l'originalité de son offre et son savoir-faire. Dans ce cas, le cahier des charges pourra se limiter à un cahier performantiel que le contenu de l'offre technique du candidat viendra compléter dans les pièces contractuelles du marché ».

¹⁶⁶ S. ARROWSMITH et S. TREUMER, *op. cit.*, pp. 73-74.

¹⁶⁷ S. ARROWSMITH et S. TREUMER, *op. cit.*, p. 77.

¹⁶⁸ Comme le souligne le MEDEF, *op. cit.*, p. 23 : « l'objet du dialogue compétitif n'est pas de faire converger les offres même pour pouvoir les comparer plus facilement ». Dans le même sens, N. BRAECKELT, A. LOGGHE et F. ONGENA, *op. cit.*, pp. 903-904.

Afin d'éviter l'écueil, soit de la divulgation d'éléments confidentiels des propositions retenues, soit de l'édiction d'un cahier des charges qui risquerait d'être trop orienté en faveur de l'une ou l'autre solution, Annelies VERLINDEN suggère d'énoncer des spécifications techniques différentes à l'intention de chaque participant, ou plus exactement *par solution retenue*¹⁶⁹. Cette suggestion suscite toutefois, selon nous, d'autres difficultés tenant, tout d'abord, à la comparabilité des offres définitives, dans ce cadre, par rapport à des critères d'attribution qui doivent, eux, être uniques et, ensuite, à l'uniformité des exigences de *régularité* des offres définitives, et donc de l'égalité de traitement entre soumissionnaires à ce égard...

vi) Clarification, perfectionnement... ou négociation des offres définitives ?

70. Reste à traiter de la question de la **négociation des offres finales**, qui semble subir, dans le cadre de la nouvelle Directive 2014/24/UE, une révolution copernicienne.

Ainsi, en effet, le principe originel était que le dialogue compétitif « **déplace** » et concentre le moment de la négociation à une étape plus précoce de la définition des attentes du pouvoir adjudicateur qu'en procédure négociée, et avant que les participants ne soient tenus de déposer une offre *complète* et engageante, reprenant toutes les modalités de mise en œuvre de leur solution. Dans le régime de la Directive 2004/18, lorsque les offres finales sont déposées, la procédure bascule, dit-on, vers un système plus classique de type « appel d'offres »¹⁷⁰, ce qui voulait dire qu'on ne pouvait plus à proprement parler *négocier* après la remise de celles-ci.

Cette « transition » ne peut qu'encourager le pouvoir adjudicateur à faire remettre plusieurs écrits intermédiaires par les participants au dialogue, afin de se former une idée relativement précise et exhaustive de ce qui sera repris dans leur offre finale¹⁷¹. Ceci l'incitera également à faire durer le dialogue (estimé de neuf à vingt-quatre mois) tant qu'il n'aura pas la « certitude » d'avoir tout discuté, de telle manière que l'offre finale ne puisse pas ne pas correspondre aux résultats finaux du dialogue¹⁷².

¹⁶⁹ « Het verloop van de concurrentiedialoog », in S. VAN GARSSE, *De concurrentiedialoog*, *op. cit.*, p. 76.

¹⁷⁰ Quoique l'expression paraisse, déjà, abusive sur le plan procédural, dès lors que toutes les règles applicables aux offres introduites en appel d'offres ne sont pas d'application au dialogue compétitif (tardiveté, régularité, exigences formelles de dépôt des offres).

¹⁷¹ Tout en sachant que les « participants » - qui ne sont d'ailleurs pas encore des « soumissionnaires » - ne se sont, à ce stade, engagés définitivement sur rien... et ne déposeront peut-être pas offre ensuite, si le résultat du dialogue ne leur plaît pas. Cet écueil a notamment été déploré, déjà, par certains pouvoirs adjudicateurs espagnols : voyez à cet égard N. BRAECKEVELT, A. LOGGHE et F. ONGENA, *op. cit.*, p. 899.

¹⁷² Selon M. BURNETT, il s'agissait pour la Commission, par ce biais, de discipliner les pouvoirs adjudicateurs quant à la clarification de leurs attentes afin d'assurer l'efficacité de la procédure (*op. cit.*, p. 65).

La nouvelle Directive permet toutefois expressément, quant à elle, de mener des négociations dans le cadre de la procédure de dialogue compétitif, *même à un stade où celle-ci n'est plus concurrentielle*. A notre sens, il en résulte *a fortiori* qu'une telle possibilité de négociation doit également exister, déjà, en amont de la désignation du soumissionnaire préférentiel¹⁷³. Ceci également marque un rapprochement, dans les directives de 2014, entre le dialogue compétitif et la procédure négociée. Les différences entre les déroulements des deux procédures deviennent en effet de plus en plus rares.

Il convient cependant de relativiser cette différence entre les deux régimes – l'ancien et le nouveau – de dialogue compétitif.

71. En effet, dès lors que les offres finales peuvent, selon la Directive 2004/18, faire l'objet de précisions, clarifications, perfectionnements ou compléments – en anglais « *clarification, specification, fine-tuning or additional information* » –, il ne paraît pas déraisonnable d'y apercevoir une marge réelle d'affinement, de précision, de perfectionnement – bref, de négociation – de celles-ci.

S. Arrowsmith et S. Treumer estiment effectivement qu'une marge de négociation existe, après la clôture du dialogue, pour des raisons logiques d'économie procédurale notamment : quoi qu'en dise la Commission européenne, il est impossible que « tout » soit exigé – et obtenu – dans le cadre de la remise des offres.

La marge ainsi laissée serait toutefois, au sentiment de ces auteurs, plus étroite et mieux balisée ici qu'en procédure négociée¹⁷⁴, notamment parce qu'un dialogue bien mené a déjà clarifié, en principe, de nombreux éléments du montage final¹⁷⁵. Ils ajoutent néanmoins immédiatement que, dès lors que le dialogue compétitif constitue un processus itératif complexe, le risque d'erreurs ou d'incompréhension des spécifications finales est plus important que dans les autres procédures, de sorte que l'interprétation de la possibilité, par exemple, de rectifier pareilles erreurs ou incompréhensions devrait être plus souple¹⁷⁶.

En toute hypothèse, le pouvoir adjudicateur doit conserver la maîtrise exclusive de ces clarifications, qui ne peuvent résulter de la seule initiative du soumissionnaire, ni constituer un droit dans le chef de celui-ci.

- On ajoutera par ailleurs que la Directive 2004/18 ne précise pas sur quoi peuvent porter ces clarifications, perfectionnements ou compléments. Selon N. BRAECKEVELT, A. LOGGHE et F. ONGENA¹⁷⁷, on pourrait notamment y ranger

¹⁷³ Toute conclusion contraire sur ce dernier point viendrait mettre à néant les dernières tentatives de rationalisation du plaidoyer de la Commission européenne quant à la transparence du dialogue compétitif : que dire, en effet, de la transparence d'une procédure où la seule négociation d'une offre « engageante » n'interviendrait qu'après application des critères d'attribution, et élimination de ses concurrents ?

¹⁷⁴ S. ARROWSMITH et S. TREUMER, *op. cit.*, pp. 102 à 107.

¹⁷⁵ *Idem*, page 109.

¹⁷⁶ *Idem*, page 110.

¹⁷⁷ *Op. cit.*, p. 902.

les hypothèses suivantes : fourniture d'informations détaillées sur les sous-traitants, fourniture du détail complet du projet, développement du planning du projet, actualisation du modèle financier... De tels « compléments » paraissent, à notre sens, déjà très substantiels, et ne peuvent franchir une certaine limite : à tout le moins, ces clarifications ne peuvent-elles avoir pour objet de « remplacer par de nouvelles données des indications fournies antérieurement »¹⁷⁸ dans un sens qui serait susceptible de fausser la concurrence ou de produire un effet discriminatoire. Il ne peut, en outre, être question de « régulariser » de la sorte, c'est-à-dire en faussant la concurrence ou en produisant un effet discriminatoire, l'offre introduite¹⁷⁹.

De son côté, M. BURNETT estime que les limites des clarifications et autres « fine-tuning » permis par la Directive (de 2004) après clôture du dialogue et réception des offres peuvent être définies à la lumière de la jurisprudence *Pressetext*¹⁸⁰ : cet auteur rappelle que, en ce qui concerne les modifications susceptibles d'être apportées, sans remise en concurrence, au marché *après sa conclusion*, la Cour de Justice a établi les balises suivantes :

- « *La modification d'un marché public en cours de validité peut être considérée comme substantielle lorsqu'elle introduit des conditions qui, si elles avaient figuré dans la procédure de passation initiale, auraient permis l'admission de soumissionnaires autres que ceux initialement admis ou auraient permis de retenir une offre autre que celle initialement retenue* » (cons. 35)
- « *De même, une modification du marché initial peut être considérée comme substantielle lorsqu'elle étend le marché, dans une mesure importante, à des services non initialement prévus* » (cons. 36, partim)
- « *Une modification peut également être considérée comme substantielle lorsqu'elle change l'équilibre économique du contrat en faveur de l'adjudicataire du marché d'une manière qui n'était pas prévue dans les termes du marché initial* » (cons. 37).

L'auteur souligne que la Cour aurait, elle-même, à cette occasion et par la référence exprimée à son autre arrêt C-337/98, fait le parallèle avec les considérations qui devraient s'appliquer à des modifications au marché *pendant la conduite de la procédure d'attribution, notamment après remise des offres finales*.

Il en déduit que : « *These principles, albeit derived from award procedures other than Competitive Dialogue, set out what, in the author's view, may appropriately be regarded*

¹⁷⁸ Concl. Av. gén. LENS du 12 septembre 1995 rendues dans l'affaire C-87/94, citées par K. MORIC, *Le dialogue compétitif et les marchés publics complexes*, Bruxelles, Larcier, 2013, p. 138.

¹⁷⁹ C.E. Fr., 3 juillet 2013, req.n° 366847, *Société Citelum et Commune de Sète*. Sur la possibilité limitée de couvrir une irrégularité en procédure négociée, voyez B. LOMBAERT et M. THOMAS, « La régularité des offres et la vérification des prix : une réforme en trompe-l'œil », in *Le droit des marchés publics à l'aune de la réforme du 1^{er} juillet 2013*, Coll. de la Conférence du Jeune Barreau, Bruxelles, Larcier, 2014, pp. 183 et s., ici pp. 206 et 207.

¹⁸⁰ Arrêt de la C.J.C.E. du 19 juin 2008, affaire C-454/06, *pressetext Nachrichtenagentur GmbH*. Voyez, dans le même sens, M. NAGELKERKE, *op. cit.*, p. 107.

as the boundaries of what can be done in the context of 'clarifying, specifying and fine-tuning' tenders and 'clarifying aspects of the (winning) tender or confirming commitments contained in the (winning) tender. They also define what might be regarded as 'changes to the basic features of the tender or the call for tender, variations in which are likely to distort competition or have a discriminatory effect' and of what might have the effect of 'modifying substantial aspects of the tender or of the call for tender and... distorting competition or causing discrimination' »¹⁸¹.

A ces conclusions audacieuses, il nous semble qu'il convient d'apporter au moins une restriction, déjà évoquée précédemment, applicable tant dans le régime actuel que futur : la négociation de l'offre finale du soumissionnaire retenu ne peut, de manière générale, permettre la remise en question des éléments essentiels repris dans l'avis de marché, dès lors qu'il n'est pas possible de déterminer si et dans quelle mesure ceux-ci auraient, non pas conduit à l'élimination d'un candidat déterminé (hypothèse paraissant couverte par le considérant 35 visé ci-dessus), mais à la renonciation à participer au marché dans le chef d'un quelconque opérateur économique.

En outre, après désignation du soumissionnaire préférentiel, la clarification ou la confirmation de ses engagements, voire la *négociation* de ceux-ci, ne peuvent avoir pour effet, en principe, d'amoindrir ceux-ci au regard de son offre finale, des documents de marché et l'application qui lui a été faite des critères d'attribution. La nouvelle Directive de 2014 semble donc apporter surtout des clarifications et confirmer une pratique qui tendait à se développer jusqu'ici en marge des textes légaux.

vii) Transparence et traces écrites

72. Enfin, la Commission européenne s'est employée sans relâche à souligner la plus grande **transparence**¹⁸² garantie par le dialogue compétitif par rapport à la procédure négociée. La Commission, en effet, estime que le dialogue compétitif, « lui », offre un respect « total » de l'égalité de traitement entre les participants au dialogue, et évite les dérives des négociations « secrètes »¹⁸³.

Il peut cependant paraître paradoxal de parler de transparence, lorsqu'on sait que le dialogue est *obligatoirement* individualisé et *totalement* confidentiel (article 113, § 1^{er}, alinéa 2, de l'arrêté royal du 15 juillet 2011), eu égard à l'interdiction de divulgation des solutions proposées par les participants entre eux et à l'obligation

¹⁸¹ M. BURNETT, *op. cit.*, pp. 63-64.

¹⁸² Notamment, selon S. ARROWSMITH et S. TREUMER, *op. cit.*, p. 100, par l'exigence du caractère complet des offres finales uniques. Il convient toutefois de relativiser cet élément, eu égard à ce qui peut être lu, par ailleurs et même chez ces auteurs, sur la portée des *compléments* susceptibles d'être demandés après remise des offres finales.

¹⁸³ Voyez, à cet égard, notamment Fiche explicative de la Commission européenne sur le dialogue compétitif, page 10.

de protection de toutes les informations confidentielles – largement interprétées – qu’ils communiqueraient en cours de dialogue.

On rappellera également qu’il est seulement *recommandé*, mais pas obligatoire non plus, de filtrer les solutions aux différentes phases du dialogue sur la base d’écrits des participants¹⁸⁴ ; on pourrait donc imaginer qu’un pouvoir adjudicateur – certes imprudent et peu minutieux – tente de réaliser ce filtre sur la base de ses seules « notes » sur l’avancement des discussions... Notes, par ailleurs, qu’il n’est pas (encore) tenu d’établir de manière rigoureuse, ni de faire vérifier par les participants.

Enfin, on l’a vu, l’imprécision du texte de la Directive sur la portée des « clarifications » pouvant être requises après remise des offres laisse la porte ouverte à l’imagination fertile des opérateurs économiques et des pouvoirs adjudicateurs afin de muer ces clarifications en négociations, dans des limites théoriques qui, finalement, ne se distinguent que marginalement de celles applicables à la procédure négociée...

73. La responsabilité et l’effectivité de cette transparence souhaitée reposent donc, *in fine*, sur les seules épaules du pouvoir adjudicateur, qui devra lui-même y veiller, sans toutefois trop se contraindre, en balisant dans son **document descriptif** de nombreuses choses, laissées incertaines par les textes.

Ce document devra en effet régler, entre autres, la définition et la distinction des exigences minimales et ambitions du marché, la rationalisation du nombre de solutions susceptibles d’être proposées par chaque opérateur, le phasage du dialogue et le déroulement concret de celui-ci, la définition de la ou des batteries de critères d’attribution « passe-partout » mais également équitables et propices à l’optimisation du dialogue, la gestion de la confidentialité et du cherry picking, d’éventuelles contraintes minimales de régularité formelle des propositions intermédiaires et des offres finales et, à tout le moins, une philosophie de base quant à la détermination des règles d’exécution du futur contrat...

On peut donc affirmer qu’en réalité, ce document présenté comme « plus léger » qu’un cahier spécial des charges ne sera, pour un pouvoir adjudicateur consciencieux, pas moins consistant en pratique qu’un cahier de charges de procédure négociée, et sera en revanche au moins tout aussi délicat à établir, afin de concilier les subtils équilibres du respect des principes généraux de la mise en concurrence et de l’utilité de la négociation. La vie de ces deux documents sera, certes, quelque peu différente en cours de procédure, mais dans des proportions qui doivent également être relativisées...

74. Le succès du dialogue compétitif repose donc grandement sur une *discipline* et une *rigueur* accrues de la part des pouvoirs adjudicateurs.

¹⁸⁴ Voir Fiche explicative de la Commission européenne sur le dialogue compétitif, page 8 ; mais ne découle pas du texte de la directive, ni de l’arrêté royal du 15 juillet 2011.

Ainsi, on peut lire les recommandations suivantes, dans le Handreiking diffusé par la Rijksoverheid Nederland, pour la conduite optimale d'une procédure de dialogue¹⁸⁵ :

- *garder toujours à l'esprit la transparence et le traitement égalitaire ;*
- *effectuer ou confirmer toute communication par écrit ;*
- *utiliser un seul canal de diffusion des communications ;*
- *consigner les séances de dialogue par procès-verbal ;*
- *éviter les contacts téléphoniques avec les participants concernant le contenu du marché ;*
- *ne pas donner d'indications aux participants ;*
- *ne pas jouer aux éclaireurs (en soulevant des questions du genre « et avez-vous aussi envisagé... ») ;*
- *commencer toutes les questions par « Comment... » ;*
- *ne faire aucune promesse pendant les séances de dialogue, et prendre le temps de la réflexion ;*
- *éviter le cherry picking et la pollinisation croisée pour ne pas fausser la concurrence ;*
- *ne pas minimiser ;*
- *soyez « souple » dans la relation, « dur » dans les intérêts à défendre.*

¹⁸⁵ J. VAN DER SNICKT, *op. cit.*, pp. 922-923.