



## **Le dialogue compétitif : un nouveau-né en matière de marchés publics**

**Véronique BERTRAND, avocat**

*Jusqu'au 27 septembre 2011, le droit des marchés publics offrait aux pouvoirs adjudicateurs un choix entre trois procédures : l'adjudication, l'appel d'offres et la procédure négociée. Alors que l'adjudication et l'appel d'offres constituaient les procédures de droit commun, c'est-à-dire les procédures dont les pouvoirs adjudicateurs pouvaient user en toute hypothèse sans avoir à se justifier, la procédure négociée, avec ou sans publicité, n'était autorisée que dans les cas prévus à l'article 17 de la loi du 24 décembre 1993.*

Dans les marchés complexes, les pouvoirs adjudicateurs avaient pris le pli de recourir à la procédure négociée avec publicité prévue à l'article 17, § 3, 2°. Celui-ci vise les marchés dans lesquels « *la nature ou les aléas des travaux ne permettent pas une fixation préalable et globale des prix* ».

Tel était par exemple le cas de la Communauté germanophone pour le marché de rénovation de ses écoles.

La Commission ne l'a pas entendu de cette oreille : défendant une interprétation très restrictive de la disposition en question - dont rien ne dit qu'elle aurait été cautionnée par la Cour de Luxembourg -, elle a menacé l'Etat belge d'un recours en manquement.

Soucieux d'éviter une nouvelle mise en cause, celui-ci a choisi, pour plaire à l'institution européenne, d'accélérer la mise en œuvre de la procédure du dialogue compétitif que la directive 2004/18, du 31 mars 2004, *relative à la coordination des procédures de passation de marchés publics de travaux, de fournitures et de services* (JOL 134) présentait comme une simple faculté pour les États et qui existait déjà en germe dans la loi du 15 juin 2006.

### **Récapitulons !**

Les articles 3, 9° et 27 de la loi du 15 juin 2006 (Mon. du 15/02/2007) ont instauré le dialogue compétitif. À défaut d'arrêté d'application, cette loi, dans sa majeure partie et sur ce point en particulier, n'est pas entrée en vigueur.

Le 15 juillet 2011, un arrêté d'application de la loi a été pris pour les secteurs classiques (Mon. 09/08/2011), mais n'est pas entré en vigueur, pas plus dès lors que la loi du 15 juin 2006.

Par un arrêté du 5 août 2011 (Mon. 29/08/2011), l'article 27 de la loi du 15 juin 2006, qui n'était toujours pas en vigueur, a été modifié.

Enfin, et voilà qui nous intéresse directement, un arrêté du 12 septembre 2011 (Mon. du 23/9/2011) a mis en œuvre les dispositions de la loi du 15 juin 2006 et de l'arrêté royal du 15 juillet 2011 qui se rapportent au dialogue compétitif.

Depuis le 28 septembre 2011, le dialogue compétitif fait donc partie de l'éventail des procédures à disposition des pouvoirs adjudicateurs dans les secteurs classiques.

Sa passation est réglementée par l'ensemble des dispositions mentionnées aux articles 2 et 3 de la loi du 24 décembre 1993.

### **De quoi s'agit-il ?**

Pour d'importants projets tels que la réalisation d'infrastructures de transport intégrées ou de grands réseaux informatiques, il était apparu aux institutions européennes que les pouvoirs adjudicateurs n'étaient pas toujours en mesure de définir les moyens techniques, juridiques ou financiers aptes à réaliser leurs besoins.

Pour les aider, l'article 29 de la directive 2004/18 a créé une nouvelle procédure qui intercale, entre la sélection des candidats et l'attribution du marché, une phase de dialogue avec les opérateurs économiques intéressés. Cette phase de dialogue doit permettre au pouvoir adjudicateur d'identifier, dans le respect de l'égalité de traitement, la ou les solutions qui répondront à ses besoins.

Au vu des dispositions qui lui sont rendues applicables, la procédure du dialogue compétitif se déroulera selon le schéma suivant :

- a) Le pouvoir adjudicateur publie au *Journal officiel de l'Union européenne* et/ou au *Bulletin des Adjudications* un avis de marché selon le modèle de l'annexe 7 à l'arrêté royal, faisant connaître les règles relatives à la sélection qualitative. Dans cet avis ou dans un autre document, dénommé « *document descriptif* », à distinguer d'un cahier des charges, il explicite ses besoins et exigences, indique les critères d'attribution, ainsi que, pour les marchés soumis à publicité européenne, la pondération de ces critères et, le cas échéant, le nombre de phases que comportera le dialogue.
- b) Les opérateurs économiques intéressés adressent leur demande de participation au pouvoir adjudicateur dans un délai de 37 jours, en principe, à compter de l'envoi de l'avis de marché.
- c) Le pouvoir adjudicateur sélectionne au moins trois candidats et les invite à participer au dialogue.
- d) Le dialogue ou, devrait-on dire, les dialogues s'ouvrent avec les candidats retenus afin d'identifier les moyens permettant de satisfaire au mieux les besoins du pouvoir adjudicateur. Dès lors que les pouvoirs adjudicateurs ne peuvent révéler aux autres participants les solutions proposées par l'un d'entre eux, il y a autant de dialogues qu'il y a

de candidats. Il n'en irait autrement que si un candidat acceptait que sa solution soit révélée aux autres candidats. Bien évidemment, la phase de dialogue doit se dérouler dans le respect de l'égalité de traitement entre les soumissionnaires; en particulier, il est interdit de donner à certains d'entre eux des informations susceptibles de les avantager.

- e) Lorsque le pouvoir adjudicateur, grâce à cette phase de dialogue, a réussi à identifier la ou les solutions susceptibles de répondre à ses besoins, il en déclare la clôture et invite les participants dont une ou plusieurs solutions ont été retenues à soumettre une ou plusieurs offres complètes correspondant en principe ces solutions. L'établissement d'un cahier spécial des charges ne paraît donc pas obligatoire.
- f) Les offres récoltées sont évaluées en fonction des critères d'attribution fixés dans l'avis de marché et/ou le document descriptif en vue de choisir la plus avantageuse. Alors que, pendant la phase de dialogue, les solutions proposées peuvent être négociées, pendant la phase d'attribution, elles ne peuvent plus qu'être « clarifiées, précisées et perfectionnées » dans le respect des éléments essentiels du document descriptif. Un contrat est conclu avec le participant choisi.
- g) Un avis de marché passé est publié.
- h) Des indemnisations peuvent être prévues au profit des participants non retenus.

Cette procédure est *a priori* prometteuse. Son développement risque cependant d'être freiné par deux difficultés majeures. D'une part, le dialogue compétitif est réservé aux « marchés particulièrement complexes », les difficultés devant être « objectives » et ne pouvant en aucun cas tenir aux compétences du pouvoir adjudicateur; d'autre part, il ne sera pas aisé, pour les pouvoirs adjudicateurs, de mener plusieurs négociations de front en évitant toute interférence.

Gageons que les avocats et les juges sauront trouver les interprétations qui feront de cette procédure un outil très utile pour les pouvoirs adjudicateurs.