



FICHE EXPLICATIVE – DIALOGUE COMPÉTITIF - DIRECTIVE CLASSIQUE¹

1. Introduction

En réponse au constat que les « anciennes » directives, directives 92/50/CEE, 93/36/CEE et 93/37/CEE, n'offraient pas une flexibilité suffisante en cas de certains projets particulièrement complexes du fait que le recours aux procédures négociées avec publication d'un avis de marché est limité aux seuls cas exhaustivement listés dans ces mêmes directives, une nouvelle procédure d'adjudication, le dialogue compétitif, a été introduite dans la nouvelle directive 2004/18/CE² (ci-après « la directive » ou la « directive classique »).

Comme cela est établi au considérant 31, le législateur s'est donc fixé l'objectif 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. » Il convient toutefois de rappeler que le dialogue compétitif constitue une procédure ne pouvant être utilisée que dans les circonstances particulières expressément prévues à l'article 29³.

2. Champ d'application – Dans quelles conditions peut-on recourir au dialogue compétitif ?

2.1. Complexité et impossibilité objective

La première condition est que le marché en question soit « **particulièrement complexe** ». L'article premier, paragraphe 11, point c, deuxième alinéa prévoit deux types de marchés qui sont considérés comme étant particulièrement complexes, à savoir « lorsque le pouvoir adjudicateur :

¹ Ce document correspond au document CC/2005/04 FR – Revision 1 du 5.10.2005

² Le recours aux procédures négociées avec mise en concurrence n'est pas limité, ni dans la nouvelle directive secteurs, directive 2004/17/CE, ni dans « l'ancienne » directive secteurs, directive 93/38/CEE. Par conséquent, le dialogue compétitif n'a pas été introduit dans la nouvelle directive secteurs. Toutefois, rien n'empêche une entité adjudicatrice, ayant choisie 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.

³ Cf. Art. 28, deuxième alinéa, deuxième phrase.

- n'est objectivement pas en mesure de définir ... 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. »

Ces dispositions sont à lire à la lumière de la première partie du considérant 31 « 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. »

Etant donné qu'il s'agit d'une procédure particulière dont le recours est réglementé, il convient d'examiner au cas par cas la nature du marché en question, tenant compte également des capacités **du pouvoir adjudicateur concerné** afin de vérifier si un recours au dialogue compétitif serait justifié. En effet, la notion d'impossibilité objective n'est pas une notion abstraite, elle est atténuée par la précision du considérant selon laquelle le pouvoir adjudicateur concerné se trouve dans cette situation « **sans qu'une critique** » puisse lui être reprochée. En d'autres termes, le pouvoir adjudicateur a une obligation de diligence – si par des moyens raisonnables il peut être en mesure de définir les moyens techniques nécessaires ou établir le montage juridico-financier, alors le recours au dialogue compétitif n'est pas possible.

Il convient de signaler que des amendements avaient été proposés au cours du processus législatif visant à limiter le recours au dialogue compétitif aux seuls cas où même l'organisation préalable d'un concours ou la passation préalable d'un marché de service (la réalisation d'une étude) n'aurait pas permis au pouvoir adjudicateur de passer le marché principal (portant sur la réalisation même du projet particulièrement complexe) par une procédure ouverte ou restreinte. Cette obligation n'a pas été retenue par le législateur. En effet, l'imposer pourrait en certains cas poser des problèmes, soit à cause du temps nécessaire pour la conduite de deux procédures d'attribution ainsi que pour l'exécution du premier marché, soit à cause du risque que la première procédure pourrait résulter déserte ou que la concurrence pour le marché principal serait insuffisante si le prestataire du service, objet du premier marché, devait être exclu de la participation du deuxième afin de respecter le principe d'égalité de traitement et/ou la règle sur le dialogue technique (considérant 8).

2.2. Complexité technique

Selon les mots du considérant 31, la complexité technique existe lorsque le pouvoir adjudicateur n'est pas en mesure de définir les moyens « aptes » à satisfaire ses besoins et/ou à répondre à ses objectifs. Deux cas de figures pourraient se présenter, à savoir que le pouvoir adjudicateur ne serait pas capable de spécifier les moyens techniques à utiliser pour réaliser la solution prescrite, ce qui devrait être relativement rare compte tenu des possibilités d'établir les spécifications techniques – totalement ou partiellement - en termes de fonctionnalités ou de performances⁴, ou bien – ce qui devrait être plus fréquent

⁴ C'est à dire en recourant à l'une des méthodes prévues à l'article 23, paragraphe 3, points b, c, et d.

– que le pouvoir adjudicateur n’arrive pas à établir lequel de plusieurs solutions possibles serait le plus à même de répondre à ses besoins. Dans les deux cas, le marché concerné devra être considéré comme étant particulièrement complexe.

Prenons l’exemple du pouvoir adjudicateur qui veut établir une liaison entre deux rives d’une fleuve – il est tout à fait possible qu’il n’arrive pas à déterminer si la solution meilleure soit un pont ou un tunnel, même s’il serait en mesure d’établir les spécifications techniques pour le pont (suspendu, métallique, en béton précontraint ...) ou pour le tunnel (à un ou plusieurs tubes, à construire sous ou sur le lit du fleuve ...). Dans ce cas aussi, le recours au dialogue compétitif serait justifié.

Comme le rappelle le considérant 31 – et pour autant qu’ils ne soient pas configurés comme des concessions, la complexité technique pourrait être présente pour certains projets portant sur la réalisation d’importantes infrastructures de transport intégrées ou la réalisation de grands réseaux informatiques (bien que de tels cas soient susceptibles de présenter également des complexités juridiques ou financières).

2.3. Complexité juridique ou financière

Le considérant 31 fait état du fait qu’une complexité juridique ou financière « peut notamment se présenter pour ... la réalisation de projets comportant un financement complexe et structuré, dont le montage financier et juridique ne peut pas être prescrit à l’avance. » Il est évident que de telles questions se poseront très, très souvent pour des projets de partenariat public privé⁵.

Comme un des exemples possibles de complexité juridique ou financière, on peut examiner une situation dans laquelle les pouvoirs adjudicateurs ne puissent pas prévoir si les opérateurs économiques seront prêts à accepter un risque économique tel que le marché sera une concession ou bien si il sera en définitive un marché public « traditionnel »⁶. Dans cette situation un pouvoir adjudicateur ayant estimé plus probable que le marché deviendrait une concession et ayant par conséquent appliqué une procédure autre que celle prévue pour les marchés⁷ se trouverait devant des choix difficiles si au bout de la procédure il devait s’avérer que le contrat serait malgré tout un marché public et non pas une concession. En effet, le pouvoir adjudicateur pourrait soit conclure le marché et commettre une infraction au droit communautaire avec tous les risques de recours ou procédures en manquement qui s’ensuivent ou bien annuler la procédure et recommencer en appliquant une des procédures prévues pour la passation d’un marché public. Dans de tels cas, le dialogue compétitif permet d’éviter ces problèmes : en effet, les exigences procédurales seraient satisfaites que le contrat résulte un marché public ou une concession.

⁵ Il n’y toutefois pas d’automatismes – l’appellation de « projet PPP » ne signifie pas eo ipso complexité juridique ou financière, il faudra toujours vérifier si le cas spécifique remplit les conditions ou non, même si cela sera le plus souvent le cas.

⁶ Bien entendu, si le pouvoir adjudicateur est en mesure de prévoir que le contrat prendra définitivement la forme d’une concession de services – et que cela s’avère – alors il n’est pas tenu d’appliquer les dispositions de la directive (y compris celles sur le dialogue compétitif) et peut se contenter d’une procédure satisfaisant aux exigences découlant du Traité (cf. la note de bas de page n. 8).

⁷ Selon les cas, soit la procédure prévue pour les concessions de travaux, soit une procédure répondant aux exigences découlant du Traité, tel qu’interprété par la jurisprudence Telaustria.

Un autre exemple de complexité juridique ou financière qui aurait pu justifier un recours au dialogue compétitif (ici aussi impliquant une forme de financement privé, voir partenariat public privé) nous est offerte par la pratique administrative de la Commission : le pouvoir adjudicateur avait pour objectif la restructuration d'une école et il se proposait d'en limiter les coûts le plus possible en laissant la faculté aux opérateurs économiques de proposer différents manières de se rémunérer en utilisant des terrains appartenant au pouvoir adjudicateur pour des fins diverses (construction de logements, facilités sportives ...), accompagnées ou non de paiements⁸. Dans le cas d'espèce il ne s'agissait pas d'une concession, mais bien d'un marché de travaux. D'autres exemples de projets pouvant le plus souvent justifier un recours au dialogue compétitif pourraient être des projets dans lesquels les pouvoirs adjudicateurs souhaitent pouvoir disposer d'une facilité (école, hôpital, prison ...) à faire financer, construire et gérer par un opérateur économique (c'est-à-dire que celui-ci s'occuperait de la manutention, des services de maintenance, de gardiennage, de restauration etc.), souvent pendant une période assez longue. Le montage juridico-financier est très souvent particulièrement complexe et il peut en outre être incertain dès le début si le résultat final sera un marché ou une concession.

3. Conduite de la procédure

3.1. Avis de marché, document descriptif et sélection des opérateurs économiques

Le pouvoir adjudicateur fera connaître ses « besoins et exigences » dans l'avis de marché et il les définira dans l'avis même et/ou dans un document descriptif⁹. Les éléments substantiels voir fondamentaux des avis et du document descriptif ne peuvent pas être modifiés au cours de la procédure d'attribution¹⁰.

La sélection s'effectuant « conformément aux dispositions pertinentes des articles 44 à 52 »¹¹, l'avis devra mentionner les niveaux minimaux de capacités. Lorsque le dialogue compétitif est justifié par une complexité technique, les pouvoirs adjudicateurs pourront

⁸ Dans le cas d'espèce, le pouvoir adjudicateur avait eu recours à une procédure négociée avec publication d'un avis de marché, invoquant l'exception de la directive 93/37/CEE correspondant à celle prévue à l'article 30, paragraphe 1, point b, de la directive classique (« *dans des cas exceptionnels, lorsqu'il s'agit de travaux, de fournitures ou de services dont la nature ou les aléas ne permettent pas une fixation préalable et globale des prix* »). Toutefois, cette dérogation vise uniquement les situations exceptionnelles dans lesquelles des incertitudes pèsent *a priori* sur la nature ou l'étendue des travaux à effectuer, mais ne vise pas les situations dans lesquelles les incertitudes résultent d'autres causes, telle la difficulté de fixer préalablement le prix en raison de la complexité du montage juridique et financier mis en place. La procédure négociée avec publication n'est donc pas une alternative au dialogue compétitif dans des cas similaires.

⁹ Le « document descriptif » est le pendant du traditionnel « cahier des charges ». 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 ». 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.

¹⁰ Voir art. 29, paragraphe 6, deuxième alinéa in fine et art. 29, paragraphe 7, deuxième alinéa in fine.

¹¹ Art. 29, paragraphe 3.

établir leurs exigences concernant la capacité technique des opérateurs économiques en s'inspirant de la définition des besoins et exigences. Si par exemple le marché porte sur l'établissement d'une infrastructure de transport intégrée devant desservir une aire géographique de taille x et ayant une capacité de transport de y personnes/heure sans qu'une combinaison précise des différents moyens de transport ait été prescrite, les candidats devront prouver d'avoir la capacité de réaliser de tels systèmes de transport quelque soit la combinaison des moyens de transport qu'ils auront utilisée à ce fin.

Si les pouvoirs adjudicateurs entendent limiter le nombre de participants à inviter au dialogue (au moins trois), alors l'avis devra en outre contenir « les critères ou règles objectifs et non discriminatoires qu'ils prévoient d'utiliser, le nombre minimal de candidats qu'ils prévoient d'inviter et, le cas échéant, le nombre maximal. »¹²

Au cas où les pouvoirs adjudicateurs entendent se prévaloir de la possibilité, prévue à l'article 29, paragraphe 4¹³, de réduire graduellement le nombre de solutions à discuter au cours de la phase de dialogue, ils l'indiquent dans l'avis de marché ou le document descriptif.

Aux termes de l'Annexe VIIA, « avis de marché¹⁴ », point 23, première phrase, l'avis devra mentionner quel des « critères visés à l'article 53 qui seront utilisés lors de

¹² Art. 44, paragraphes 2 et 3. L'article 44, paragraphe 3, prévoit l'invitation d'au moins trois candidats, « à condition qu'un nombre suffisant de candidats appropriés soit disponible. » Il est précisé au troisième alinéa de ce paragraphe que « Lorsque le nombre de candidats satisfaisant aux critères de sélection et aux niveaux minimaux est inférieur au nombre minimal, le pouvoir adjudicateur peut continuer la procédure en invitant le ou les candidats ayant les capacités requises. Dans le cadre de cette même procédure, le pouvoir adjudicateur ne peut pas inclure d'autres opérateurs économiques n'ayant pas demandé de participer ou des candidats n'ayant pas les capacités requises. »

¹³ Voir point 3.2.1 ci-dessous. Cette possibilité peut être utilisée soit à la place de la limitation du nombre de participants à inviter au début du dialogue (voir le paragraphe ci-dessus), soit en plus de la limitation initiale.

¹⁴ L'avis de marché comporte une série de renseignements qui peuvent donner lieu à des questions dans le contexte du dialogue compétitif. Ainsi, le point 6, b, premier tiret, exige que les pouvoirs adjudicateurs indiquent si les offres sont « sollicitées en vue d'un achat, d'un crédit-bail, d'une location ou d'une location-vente ou d'une combinaison de ceux-ci ». Dans le cas d'un dialogue compétitif les pouvoirs adjudicateurs ne savent souvent pas quelle de ces formes de marchés seront appropriées – il devront donc indiquer que les offres peuvent prendre chacune de ses formes au choix du soumissionnaire. Au point 9 de l'avis les pouvoirs adjudicateurs devront indiquer si les variantes sont admis ou pas. 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 » sont rarement prescrits dans le cadre d'un dialogue compétitif, le besoin de recourir à des variantes sera sans doute très limité. Si toutefois les pouvoirs adjudicateurs estiment qu'ils auront besoin de prévoir la faculté de dévier de certains des prescriptions autrement applicables, ils devront alors non seulement indiquer dans l'avis que les variantes sont admis, mais aussi – et surtout – indiquer (dans le document descriptif) quelles seront « les exigences minimales que les variantes doivent respecter ainsi que les modalités de leur soumission » (art. 24, par. 3). La possibilité de dévier de prescriptions substantielles voir fondamentales en cours de procédure n'est pas possible si une telle possibilité n'ait pas été prévue explicitement dès le début de la procédure. De même, une éventuelle division en lots et la possibilité de soumissionner pour un, plusieurs ou tous les lots doivent obligatoirement être annoncés dans l'avis car l'introduction de telles possibilités en cours de procédure constituerait un changement fondamental de l'appel d'offres. Il se peut également que le pouvoir adjudicateur souhaite se réserver le droit de recourir à des options – par exemple dans le cas d'un marché portant sur la réalisation d'un système de transport dans une zone déterminée la possibilité de l'étendre à une aire plus grande. Dans ce cas aussi le pouvoir adjudicateur doit obligatoirement indiquer cette possibilité dans l'avis de marché – et à défaut de telles options ne seront pas possibles.

l'attribution du marché: "prix le plus bas" ou "offre économiquement la plus avantageuse». Dans le cas du dialogue compétitif, le critère d'attribution doit obligatoirement être celui de l'offre économiquement la plus avantageuse¹⁵.

Les critères, qui seront utilisés pour l'identification de l'offre économiquement la plus avantageuse¹⁶, devront figurer dans l'avis de marché lorsqu'ils ne figurent pas dans le document descriptif¹⁷. La pondération relative des critères ou, dans les conditions prévues à l'article 53, paragraphe 2, troisième alinéa, l'ordre décroissante d'importance des critères devront figurer soit dans l'avis de marché, soit dans le document descriptif soit dans l'invitation à participer au dialogue¹⁸. En matière de pondération la directive prévoit que « Lorsque, d'après l'avis du pouvoir adjudicateur, la pondération n'est pas possible pour des raisons démontrables, il indique dans l'avis de marché ou le cahier des charges ou, dans le cas du dialogue compétitif, dans le document descriptif, l'ordre décroissant d'importance des critères. » Cette disposition est à appliquer à la lumière des explications fournies au deuxième alinéa in fine du considérant 46: « Les pouvoirs adjudicateurs peuvent déroger à l'indication de la pondération des critères d'attribution dans les cas dûment justifiés, qu'ils doivent être en mesure de motiver, lorsque cette pondération ne peut pas être établie au préalable, notamment en raison de la complexité du marché. ... ». Etant donné que le recours au dialogue compétitif présuppose que le marché soit « particulièrement complexe » il est presque tautologique de mentionner que, partant, les conditions pour ne pas pondérer les critères d'attribution en se limitant à les mentionner par ordre décroissante d'importance sont remplies lorsque le marché est attribué selon cette procédure d'attribution.

Il convient de souligner que les critères d'attribution (ainsi que leur ordre d'importance) ne peuvent pas être modifiées 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 (cf. point 3.2.1 ci-dessus et, concernant la détermination des critères elles-mêmes, la note de bas de page 20 ci-dessus).

¹⁵ Voir art. 29, paragraphe 1, deuxième alinéa.

¹⁶ Par exemple « prix, valeur technique, caractéristiques environnementales ... »

¹⁷ Voir annexe VIIA, « avis de marché », point 23, deuxième phrase. Tout comme c'est le cas pour les critères de sélection, les critères d'attribution pourront, eux aussi, être fixés en fonction des besoins et exigences du pouvoir adjudicateur. Ainsi, dans l'exemple mentionné plus haut, d'une infrastructure de transport intégrée, des critères d'attribution pourraient être le coût d'établissement et gestion pour le pouvoir adjudicateur, l'impact environnemental du système, le niveau de confort offert, la fréquence de déserte, la capacité de transport du système, l'accessibilité aux système pour les personnes handicapés, la sécurité du système ... C'est-à-dire, des critères pouvant être appliqués quelle que soit la solution technique proposée. Bien entendu, ces critères et la manière de les appliquer devront être précisé dans les documents du marché.

¹⁸ Voir article 53, paragraphe 2, et article 40, paragraphe 5, point e).

Après l'expiration du délai pour la présentation des demandes de participation¹⁹ et après avoir effectué leur sélection, les pouvoirs adjudicateurs envoient une invitation à participer au dialogue aux candidats sélectionnés. Cette invitation doit être en conformité avec les dispositions de l'article 40.

3.2. La phase du dialogue

Aux termes de l'article 29, paragraphe 3, « pouvoirs adjudicateurs ouvrent, avec les candidats sélectionnés ..., 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. » Il convient de souligner cette dernière disposition : le dialogue peut donc porter non seulement sur les aspects « techniques » mais également sur des aspects économiques (prix, coûts, revenus ...) ou les aspects juridiques (distribution et limitation des risques, garanties, possible création de « sociétés ad hoc »²⁰ ...).

La directive ne règle pas la conduite du dialogue en détail, elle se limite à l'encadrer par les dispositions de l'article 29, paragraphe 3, deuxième et troisième alinéas²¹. A cause de cette dernière disposition le point de départ est que le dialogue devra se faire individuellement avec chacun des participants sur base des idées et solutions de l'opérateur économique concerné. Sauf consentement des parties concernées²², il n'y a donc pas de danger de « cherry picking » - c'est-à-dire l'utilisation des idées ou solutions d'un des participants par un autre – et la confidentialité est en outre protégée par la disposition générale en la matière qu'est l'article 6²³. En outre, les participants pourraient, le cas échéant, également bénéficier de la protection prévue par la législation – communautaire ou nationale – en matière de propriétés immatérielles. Il convient donc de noter que le dialogue compétitif est la seule procédure d'attribution prévue par la directive pour laquelle une protection des idées, ne faisant pas l'objet de droits de

¹⁹ A fixer en conformité avec les dispositions de l'article 38.

²⁰ « special purpose vehicle »

²¹ « 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.

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. »

²² Il serait possible pour les pouvoirs adjudicateurs d'indiquer dans l'avis de marché ou le document descriptif que l'acceptation de l'invitation à participer équivaut consentement.

²³ « Sans préjudice des dispositions de la présente directive, notamment celles relatives aux obligations en matière de publicité sur les marchés attribués et d'information des candidats et des soumissionnaires qui figurent à l'article 35, paragraphe 4, et à l'article 41, et, conformément au droit national auquel est soumis le pouvoir adjudicateur, ce dernier ne divulgue pas les renseignements que les opérateurs économiques lui ont communiqués à titre confidentiel; ces renseignements comprennent notamment les secrets techniques ou commerciaux et les aspects confidentiels des offres. »

propriétés immatérielles, est offerte – en particulier, aucune disposition comparable à celle de l'article 29, paragraphe 3, troisième alinéa n'existe pour la procédure négociée²⁴.

Au cours du dialogue, les pouvoirs adjudicateurs peuvent demander aux participants de concrétiser leur propositions de solutions par écrit, éventuellement sous forme d'offres progressivement complétés/perfectionnés comme cela est implicitement présupposée à l'article 29, paragraphe 5²⁵. Etant conscient du fait que cela peut exiger des investissements importants pour les opérateurs économiques concernées, le législateur communautaire a voulu signaler qu'il pourrait être particulièrement appropriée dans le cas du dialogue compétitif de prévoir « des prix²⁶ ou des paiements aux participants au dialogue »²⁷.

3.2.1. Limitation progressive du nombre de solutions à examiner

Conformément à l'article 29, paragraphe 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'attribution²⁸ ... ». 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 soumis à la fin de la phase du dialogue (cf. Art. 29, paragraphe 6)²⁹. Il convient de noter que c'est le

²⁴ La Commission a eu à traiter des cas concernant des procédures négociées – avec ou sans publication – utilisées dans des situation où le recours à un dialogue compétitif aurait pu être justifié. Malgré l'absence de disposition visant à l'interdire, il convient de noter qu'aucun d'eux n'ont porté sur des situations de « cherry picking » ...

²⁵ « 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. »

²⁶ Dans ce contexte, le terme « prix » est à comprendre dans le sens de « prime » ou « récompense » , c'est-à-dire comme étant directement inspiré par la disposition de l'article 67, paragraphe 2, point b) sur les concours.

²⁷ Voir article 29, paragraphe 8. Stricto sensu, cette disposition serait inutile, puisque de tels prix ou paiements auraient pu être prévus même en l'absence d'une telle disposition, puisque rien dans la directive ne l'empêcherait. Si la disposition figure néanmoins dans la directive finalement adoptée, c'est uniquement en tant que « signal » et il convient de souligner qu'il n'y a pas lieu à tirer des conclusions *a contrario* concernant la possibilité de prévoir de tels prix ou paiement en relation avec d'autres procédures d'attribution que le dialogue compétitif. Voir en ce sens l'article 9, paragraphe 1, deuxième alinéa qui n'est pas limité au seul dialogue compétitif (« Si le pouvoir adjudicateur prévoit des primes ou des paiements au profit des candidats ou soumissionnaires, il en tient compte pour calculer la valeur estimée du marché. »).

²⁸ Voir point 3.1, quatrième alinéa ci-dessus.

²⁹ Tout comme c'est le cas pour l'offre finale, la directive ne fixe pas de délais précis pour la présentation des offres dans le cadre d'un dialogue compétitif. De tels délais doivent toutefois être fixés dans le respect de la disposition de l'article 38, paragraphe 1 (« En fixant les délais de réception des offres et des demandes de participation, les pouvoirs adjudicateurs tiennent compte en particulier

nombre de solutions à discuter qui est directement visé par la réduction progressive³⁰. La réduction du nombre de solutions doit toutefois rester dans les limites prévues à l'article 44, paragraphe 4, dernière phrase : « Dans la phase finale³¹, ce nombre doit permettre d'assurer une concurrence réelle ... ». Il est précisé dans la directive que cette règle ne s'applique que « pour autant qu'il y ait un nombre suffisant de solutions ou de candidats appropriés ». Il se peut donc que la réduction du nombre par application des critères d'attribution démontre que le nombre de solutions ou de candidats appropriés soit un seul, ce qui n'empêcherait pas le pouvoirs adjudicateurs de continuer la procédure³².

3.3. La fin du dialogue, les offres finales et l'attribution du marché

Le moment venu, le pouvoir adjudicateur déclare le dialogue conclu et en informe les participants³³. Il les invite à remettre leur « offre finale sur la base de la ou des solutions présentées et spécifiées au cours du dialogue. » En général, ces offres finales sont basées sur la (ou éventuellement les) solution(s) de chacun des participants – c'est uniquement dans l'hypothèse d'un accord visé à l'article 29, paragraphe 3, troisième alinéa, de la part du ou des opérateurs économiques concernées que le pouvoir adjudicateur pourrait demander aux participants de baser leur offre finale sur une solution commune à tous. Normalement, il n'y a donc pas de nouveau cahier des charges ou document descriptif à la fin du dialogue. La directive prévoit que « ces offres doivent comprendre tous les éléments requis et nécessaires pour la réalisation du projet » - il s'agit donc d'offres complètes.

Une fois ces offres finales reçues, le pouvoir adjudicateur peut, aux termes de l'article 29, paragraphe 6, deuxième alinéa, demander à ce qu'elles soient « 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. » La rédaction de cette disposition – tout comme celle du deuxième alinéa du paragraphe 7 – a été fortement inspirée par une déclaration au PV du Conseil³⁴ : « *Le Conseil et la Commission déclarent que, dans les procédures ouvertes et restreintes, est exclue toute négociation avec les candidats ou les soumissionnaires*

de la complexité du marché et du temps nécessaire pour préparer les offres ... ») et du principe d'égalité de traitement.

³⁰ 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. Toutefois, rien dans la directive n'empêcherait que les pouvoirs adjudicateurs permettent aux participants de développer plusieurs solutions.

³¹ Dans le contexte du dialogue compétitif, il s'agit des offres finales prévues à l'article 29, paragraphe 6.

³² Bien entendu les dispositions de l'article 41 en matière de motivation des différentes décisions prises au cours d'une procédure d'attribution s'appliquent dans ce contexte aussi.

³³ Voir article 29, paragraphe 6, premier alinéa.

³⁴ Publiée au JOCE L 210 du 21.7.1989, p. 22. Cette déclaration accompagnait la directive 89/440/CEE du Conseil, du 18 juillet 1989, modifiant la directive 71/305/CEE portant coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux. La déclaration porte sur l'article 5, paragraphe 4, de la directive 71/305/CEE.

portant sur des éléments fondamentaux des marchés dont la variation est susceptible de fausser le jeu de la concurrence, et notamment sur les prix ; cependant, il peut y avoir des discussions avec les candidats ou soumissionnaires seulement pour faire préciser ou compléter la teneur de leurs offres, ainsi que les exigences des pouvoirs adjudicateurs, pour autant que ceci n'ait pas un effet discriminatoire. » Au vu également de la précision apporté à la dernière phrase du considérant 31³⁵ on peut donc considérer que la marge de manœuvre des pouvoirs adjudicateurs après la présentation des offres finales est assez réduite.

Conformément à l'article 29, paragraphe 7, premier alinéa, les offres finales sont alors évaluées en fonction des critères d'attribution et l'offre économiquement la plus avantageuse est identifiée. En cas de besoin et sur demande du pouvoir adjudicateur, le soumissionnaire 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. » Il faut souligner qu'il ne s'agit pas de négociations avec ce seul opérateur économique – des amendements visant à autoriser de telles négociations ont été proposées et rejetés par le législateur communautaire. Il s'agit de quelque chose de beaucoup plus limité, à savoir, d'une « clarification » ou d'une « confirmation ³⁶ » d'engagements qui figurent déjà dans l'offre finale elle-même. Cette disposition aussi doit être interprétée à la lumière de la dernière phrase du considérant 31, citée à la note de bas de page 31.

En conclusion on peut, en simplifiant, résumer le dialogue compétitif comme une procédure particulière qui a des traits en commun avec aussi bien la procédure restreinte que la procédure négociée avec publication d'un avis de marché. Le dialogue se distingue principalement de la procédure restreinte du fait que des négociations concernant tout aspect du marché sont autorisées et de la procédure négociée par le fait que, pour l'essentiel, les négociations sont concentrées à une phase particulière dans le déroulement de la procédure.

³⁵ « 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. »

³⁶ Cette possibilité de confirmer les engagements à la toute dernière stade avant la conclusion du contrat mais après l'identification de l'offre économiquement la plus avantageuse a été offerte notamment afin de tenir compte de la réticence des institutions financières à souscrire à des engagements fermes avant ce stade d'une procédure.