

Préambule

L'intérêt de rédiger une contribution consacrée au dialogue compétitif est né du besoin pratique de comprendre cette procédure d'attribution prévue dans la directive 2004/18/CE du 31 mars 2004 relative à la coordination des procédures de passation des marchés publics et seulement entrée en vigueur en droit belge en septembre 2011, soit plus de cinq années après l'expiration de la date ultime de transposition de la directive précitée, à savoir le 31 janvier 2006. Il n'est pas rare en Belgique de connaître des retards dans la transposition des directives européennes. Le cas du dialogue compétitif est toutefois particulier.

Le dialogue compétitif est une procédure de passation qui a été tardivement mise en œuvre en droit belge par les autorités fédérales belges. Les raisons de cette réticence peuvent, à mon sens, être trouvées dans une appréciation qui a été longuement partagée dans la pratique des marchés publics complexes en Belgique, selon laquelle la procédure négociée avec publicité pour cause d'impossibilité d'une fixation préalable et globale des prix¹ devait être préférée à la procédure de dialogue compétitif². La procédure de dialogue compétitif était perçue, jusqu'en 2009, comme une procédure hybride sujette à de nombreuses critiques tirées d'une comparaison désavantageuse des mérites et des avantages du dialogue compétitif en comparaison avec ceux de la procédure négociée avec publicité.

Deux événements qui concernent plus directement la procédure négociée avec publicité ont toutefois modifié cette perception critique du dialogue compétitif. Il y a, d'une part, la procédure en manquement initiée par la Commission européenne contre la Belgique « *en raison de la possible application erronée de la législation, non pas tant en rapport avec le dialogue compétitif qu'en rapport avec le recours à la procédure négociée avec publicité sur la base de l'article 17, § 3, 2°, de la loi relative aux marchés publics du 24 décembre 1993* »³ et, d'autre part, l'arrêt de la Cour de justice de l'Union

1. Sur la base de l'article 17, § 3, 2°, de la loi du 24 décembre 1993 relative aux marchés publics.

2. Cf., *infra*, n° 37 (les numéros renvoient aux numéros des différentes sections de l'ouvrage).

3. Rapport au Roi de l'arrêté royal du 12 septembre 2011, *M.B.*, 23 septembre 2011, p. 60823 ; cf., *infra*, n° 35.

européenne du 24 avril 2009⁴ dont il ressort que, dans la procédure négociée, la négociation vise exclusivement à adapter les offres soumises aux exigences prévues dans l'avis de marché, dans le cahier spécial des charges et dans les documents complémentaires éventuels, dans le but de rechercher la meilleure offre⁵. L'utilité de la procédure de dialogue compétitif est dès lors devenue plus évidente. À la différence de la procédure négociée avec publicité européenne, la procédure de dialogue compétitif offre la possibilité de discuter des conditions du marché avec des opérateurs économiques, mais, certes, dans le cadre d'un « dialogue encadré »⁶.

Pour comprendre le régime applicable à la procédure de dialogue compétitif, il convient d'examiner son acte de naissance, à savoir l'arrêté royal du 12 septembre 2011 qui est lui-même une invitation à la recherche. Pour pouvoir lire l'arrêté royal du 12 septembre 2011 et comprendre les dispositions régissant le dialogue compétitif, il est nécessaire de lire quatre autres textes en même temps, auxquels l'arrêté royal du 12 septembre 2011 renvoie, à savoir la loi du 15 juin 2006, la loi du 24 décembre 1993, l'arrêté royal du 15 juillet 2011 et l'arrêté royal du 26 septembre 1996 qui sera prochainement remplacé par un nouvel arrêté royal dont la publication est attendue. En faisant cet exercice, j'ai découvert une procédure d'attribution intéressante qui pose encore quelques questions pratiques, dont, notamment, la question relative à la définition de la complexité nécessaire pour pouvoir recourir à la procédure de dialogue compétitif et la question de l'étendue admise des modifications des offres finales faites à l'occasion des précisions, confirmations et des clarifications⁷, mais dont des éléments de réponse peuvent être déjà identifiés dans la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne.

Depuis son entrée en vigueur récente, on peut déjà observer que la procédure de dialogue compétitif a été choisie pour l'attribution de plusieurs marchés publics complexes⁸. La pratique du dialogue compétitif nourrira dans les prochaines années les enseignements à tirer de cette procédure d'attribution

4. Cf., *infra*, n° 39.

5. C.J.U.E., 24 avril 2009, *Commission c. Belgique*, C-292/07.

6. Expression tirée de PH. FLAMME, M.-A. FLAMME et CL. DARDENNE, *Les marchés publics européens et belges – L'irrésistible européanisation du droit de la commande publique*, Bruxelles, Larcier, 2^e éd., 2009, p. 236, n° 179.

7. Cf., *infra*, nos 112 à 114 et nos 137 à 142.

8. On peut déjà citer les exemples suivants : le marché public relatif à la rénovation du tunnel Léopold II en Région de Bruxelles-Capitale sous la forme d'un partenariat public-privé de type D.B.F.M. ; le marché public relatif à la conception, la construction et la maintenance d'un centre de tri de déchets P.M.C. dans la région de Charleroi ; le marché public relatif à la reconversion du site des anciennes sucreries à Genappe ; le marché public relatif au projet de centre commercial « Neo » sur le site du Heysel à Bruxelles ; le marché public relatif au projet d'urbanisation du site Coronmeuse à Liège et le marché public relatif au redéveloppement de la friche industrielle dénommée « Blue Gate Antwerp ».

prometteuse. J'espère que le présent ouvrage pourra participer à cette approche et contribuer à une meilleure compréhension du dialogue compétitif.

Le présent ouvrage a été rédigé en tenant compte de la législation et de la réglementation publiée à la date du 1^{er} octobre 2012, date de clôture de sa rédaction. La matière des marchés publics est toutefois en constante évolution en raison tant des nouvelles directives en préparation, des nouvelles législations et réglementations, que de l'évolution constante de la jurisprudence, tant nationale qu'européenne, ce qui rend cette matière passionnante. Le lecteur sera dès lors attentif aux modifications qui ne manqueront pas d'être adoptées dans un avenir plus ou moins lointain. Ces modifications viendront sans doute préciser et détailler la procédure de dialogue compétitif telle qu'elle peut être comprise aujourd'hui. Toutefois, les principes et les règles énoncés dans la directive européenne 2004/18/CE, dans la loi du 15 juin 2006, dans l'arrêté royal du 15 juillet 2011 et dans l'arrêté royal du 12 septembre 2011 constitueront, sans nul doute, une bonne base de départ pour appréhender les caractéristiques de la procédure de dialogue compétitif.

L'ouvrage est divisé en 18 chapitres en vue de commenter les principales étapes de la procédure de dialogue compétitif allant de la décision de recourir au dialogue compétitif à la signature du contrat.

Octobre 2012.