

L'INTRODUCTION DU DIALOGUE COMPETITIF DANS LA LOI DU 25 JUIN 2009 SUR LES MARCHES PUBLICS¹

I.	Les cas d'ouverture du recours à la procédure du dialogue compétitif	6
A.	Marché d'une certaine envergure ?	6
B.	Marché particulièrement complexe	7
1.	La nature de la complexité : une impossibilité objective	8
2.	Les types de complexité	10
a.	La complexité technique du marché	10
b.	La complexité juridique ou financière	11
II.	La procédure de recours au dialogue compétitif	13
A.	Publicité du marché	15
1.	La publication facultative d'un avis de préinformation sur le profil de l'acheteur	15
2.	La publication obligatoire d'un avis de marché	16
3.	Le contenu de l'avis de marché	17
a.	Les critères de sélection des candidats	17
b.	Les critères d'attribution du marché	20
B.	La sélection des opérateurs économiques	21
1.	La vérification de l'aptitude des candidats	21
2.	L'invitation à participer au dialogue	22
C.	La sélection des opérateurs économiques	24
1.	L'engagement du dialogue	24
2.	Limitation progressive du nombre de solutions à examiner	26
3.	La fin du dialogue et le dépôt des offres finales	28
4.	Classement des offres	29
D.	Fin de la procédure d'adjudication	30
1.	Information des candidats sur l'attribution ou non du marché	31
2.	La conclusion du marché	32

¹ ACE n°1, Wolters Kluwer 2010, pp. 3-29. Intervention donnée lors du séminaire IFE Benelux du 23 novembre 2009, sur le thème *Responsabilités et Assurances des acteurs de la Construction, Nouveaux enjeux ?*

Introduction

Cinq ans après l'adoption de la directive 2004/18/CE du Parlement européen et du Conseil du 31 mars 2004 relative à la coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, de fournitures et de services (ci-après la « **Directive** ») qui a procédé à « *une modernisation et à un assouplissement* » ⁽²⁾ des règles de passation des marchés publics et a introduit la possibilité, pour les pouvoirs adjudicateurs, de recourir notamment à la procédure du dialogue compétitif ⁽³⁾, le législateur luxembourgeois vient enfin d'intégrer cette nouvelle procédure d'attribution des marchés publics dans la nouvelle loi sur les marchés publics ⁽⁴⁾.

En effet, l'Etat du Grand-Duché de Luxembourg n'avait plus vraiment le choix, après avoir été condamné par un arrêt du 24 juin 2008 de la Cour de Justice des Communautés européennes ⁽⁵⁾, pour manquement à son obligation de transposition de certaines directives de l'Union européenne relatives aux marchés publics, notamment la prédite Directive et après avoir reçu, le 19 mars 2009, une mise en demeure de la Commission européenne l'enjoignant de se conformer sans délai à l'arrêt rendu. Moins de deux semaines plus tard, soit le 31 mars 2009, le Conseil d'Etat rendit son premier avis sur le projet de loi sur les marchés publics dont la Chambre des Députés était saisie depuis le 19 décembre 2006 ⁽⁶⁾.

Rien d'étonnant alors que la Chambre de Commerce ait ouvertement regretté « *la précipitation de dernière minute avec laquelle cette réforme des marchés publics voit le jour à l'heure actuelle, ce qui ne permettra probablement pas de faire œuvre législative complète et sans ambiguïté* ». Mais la Chambre des Métiers comprenait aussi « *le souci des autorités de transposer finalement en droit national les quatre directives communautaires en matière de marchés publics, afin de se conformer au droit communautaire, ce qui est l'objectif principal du projet de loi n° 5655* » ⁽⁷⁾.

Il n'en reste pas moins que la loi du 25 juin 2009 sur les marchés publics ⁽⁸⁾ (ci-après la « **Loi** ») répercute enfin les simplifications et clarifications apportées aux textes communautaires, en même temps qu'elle tend, notamment par l'introduction du dialogue compétitif dans la nouvelle législation, à la modernisation et à l'adaptation des procédures de passation des marchés publics « *aux besoins de plus en plus variés des pouvoirs adjudicateurs* » ⁽⁹⁾. Comme l'expliquent les auteurs du projet de loi, « *il s'agit d'une des principales innovations apportées par la Directive* » ⁽¹⁰⁾, même si le recours à cette nouvelle procédure demeure réservé « *aux marchés*

² Chambre des Métiers, Avis du 28 août 2007 sur le projet de loi n° 5655 (1) sur les marchés publics, p. 2.

³ Ph. DELELIS, *Le dialogue compétitif*, in *Contrats et marchés publ.*, févr. 2005, p.46 ; A. JOSSAUD, *Piloter la procédure de dialogue compétitif*, ACCP, n° 36, sept. 2004.

⁴ JOUE n° L 134 du 30 avr. 2004 p. 0114. Cette directive a été modifiée par la directive 2005/51/CE de la Commission du 7 septembre 2005 qui modifie [notamment] l'annexe VIII de la directive 2004/18/CE (JOUE du 1^{er} oct. 2005, L 257/127), et par la directive 2005/75/CE du Parlement européen et du Conseil du 16 novembre 2005 rectifiant la directive 2004/18/CE (JOUE du 9 déc. 2005, L 323/55). Sur l'intégration de ces modifications dans la nouvelle loi, v. Conseil d'Etat, Avis du 31 mars 2009 sur le projet de loi n° 5655 (6) sur les marchés publics, p. 1.

⁵ CJCE, 28 juin 2008, Comm. des Communautés européennes c/ Grand-Duché de Luxembourg, aff. C-272/07, JOUE C 211 du 8 sept. 2007. Une autre condamnation avait déjà été prononcée à l'encontre du Luxembourg concernant la non-transposition de la directive 2004/17/CE du Parlement européen et du Conseil, du 31 mars 2004, relative à la coordination des procédures de passation des marchés dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux v. CJCE, 31 janv. 2008, Comm. des Communautés européennes c/ Grand-Duché de Luxembourg, aff. 268/07, JOUE C 211 du 8 sept. 2007. Notons que la directive 2004/17/CE avait également été modifiée par la directive précitée 2005/51/CE de la Commission du 7 septembre 2005 modifiant l'annexe XX de la directive 2004/17/CE (JOUE du 1^{er} oct. 2005, L 257/127).

⁶ V. *Corrigendum* du 31 mars 2009 sur le projet de loi n° 5655 A sur les marchés publics, p. 1. Il faut rappeler que la Directive devait être transposée au plus tard le 31 janvier 2006 (v. art. 80 de la Directive 2004/18/CE).

⁷ Chambre de commerce, Avis complémentaire du 29 avr. 2009 sur le projet de loi n° 5655 (11) sur les marchés publics, p. 1. Les quatre directives auxquelles se réfère la Chambre des métiers sont les directives 2004/17/CE, 2004/18/CE, 2005/51/CE et 2005/75/CE susmentionnées.

⁸ Mém. A, n° 172, du 29 juill. 2009, p. 2492.

⁹ Commission des Travaux publics, Rapp. du 30 avril 2009 sur le projet de loi n° 5655 (10) sur les marchés publics, p. 2.

¹⁰ Exposé des motifs du projet de loi n° 5655 sur les marchés publics, p. 61, commentaire de l'art. 41.

d'une certaine envergure et particulièrement complexes du point de vue technique, juridique et financier »⁽¹¹⁾. Avant d'évoquer à titre introductif les justifications de la procédure du dialogue et son caractère dérogatoire, il convient au préalable de faire une mise au point quant à l'assimilation commune mais erronée entre le dialogue compétitif, d'une part, et les partenariats public-privé, d'autre part.

L'assimilation abusive de la procédure du dialogue compétitif aux partenariats public-privé

Au cours de la procédure législative, le projet de loi sur les marchés publics soumis pour avis à différents organismes a globalement été perçu sinon comme consacrant formellement la possibilité de recourir à des partenariats public-privé, à tout le moins comme favorisant une telle collaboration entre le secteur public et les opérateurs économiques. La Chambre des métiers mentionne d'ailleurs « *un partenariat public-privé réussi* »⁽¹²⁾ à propos de la construction du complexe "Geesseknäppchen"⁽¹³⁾. Mais cet enthousiasme pour les partenariats public-privé ne résiste pas à une analyse objective. D'ailleurs, ni l'exposé des motifs du projet de loi, ni le commentaire des articles ne comporte la moindre référence, ni la moindre allusion aux partenariats public-privé.

Sans entrer dans les détails à ce stade, il suffit d'indiquer que le dialogue compétitif constitue un des modes de passation d'un marché public, alors qu'un partenariat public-privé n'est pas une procédure de passation, mais un contrat conclu par un pouvoir adjudicateur avec un ou plusieurs cocontractants privés auxquels est confiée, « *pour une période déterminée en fonction de la durée d'amortissement des investissements ou des modalités de financement retenues, une mission globale ayant pour objet la construction ou la transformation, l'entretien, la maintenance, l'exploitation ou la gestion d'ouvrages, d'équipements ou de biens immatériels nécessaires au service public, ainsi que tout ou partie de leur financement à l'exception de toute participation au capital* »⁽¹⁴⁾.

A ce propos, le commentaire de l'article 1^{er} du projet de loi n° 5991 relatif à la réalisation du Campus scolaire de Mersch pour le Neie Lycée et pour le Lycée technique pour professions éducatives et sociales par le biais d'un partenariat public-privé, précise qu'« *un contrat de projet sera signé dès le vote de la loi par les parties, à savoir par le groupement GTK ayant remis l'offre économiquement la plus avantageuse, d'une part, et, d'autre part, par l'Etat représenté par Madame la Ministre de l'Education nationale et de la Formation professionnelle, par Monsieur le Ministre du Trésor et du Budget et par Monsieur le Ministre des Travaux publics* ». Il convient de relever que « *ce projet pilote partenariat public-privé* »⁽¹⁵⁾ fut initié et mené à son terme sous l'empire de l'ancienne loi du 30 juin 2003 sur les marchés publics, suivant la procédure du marché négocié. La conclusion d'un contrat de partenariat public-privé n'implique donc pas nécessairement de suivre la procédure du dialogue compétitif⁽¹⁶⁾.

A défaut d'instituer réellement des partenariats public-privé et de donner à ce concept un contenu juridique précis autre qu'une simple association entre acteurs public et privé en vue de réaliser des équipements publics

¹¹ Syndicat des villes et communes luxembourgeoises, Avis du 25 févr. 2008 sur le projet de loi n° 5655 (3) sur les marchés publics, p. 2.

¹² Chambre des Métiers, Avis du 28 août 2007 sur le projet de loi n° 5655 (1) sur les marchés publics, p. 8, renvoyant au Rapport de la Cour des comptes sur les comptes de l'Etat pour 2004.

¹³ Ce projet portait sur une surface totale de 85.000 m², englobant six immeubles scolaires (Lycée Aline Mayrisch, de l'International School Luxembourg), avec leurs infrastructures sportives (un complexe sportif et une piscine) et de rencontre appelé Forum et d'un parking.

¹⁴ Art. 1^{er} Ord. modifiée n° 2004-559, du 17 juin 2004 sur les contrats de partenariat, JORF n°141 du 19 juin 2004 p. 10994. Pour une application, v. art. 1^{er} de la loi du 29 mai 2009 relative à la réalisation du Campus scolaire de Mersch pour le Neie Lycée et pour le Lycée technique pour professions éducatives et sociales par le biais d'un partenariat public-privé. Notons que cette loi ne définit pas la notion de partenariat public privé.

¹⁵ Exposé des motifs sur le projet de loi n° 5991 relatif à la réalisation du Campus scolaire de Mersch pour le Neie Lycée et pour le Lycée technique pour professions éducatives et sociales par le biais d'un partenariat public-privé.

¹⁶ En France, par ex., l'art. L. 1414-5 du Code général des Collectivités territoriales prévoit que les contrats de partenariat peuvent être passés selon les procédures du dialogue compétitif, de l'appel d'offres ou selon une procédure négociée. Si, compte tenu de la complexité du projet et quel que soit le critère d'éligibilité retenu en application de l'art. L. 1414-2 pour fonder le recours au contrat de partenariat, la personne publique est objectivement dans l'impossibilité de définir seule et à l'avance les moyens techniques pouvant répondre à ses besoins ou d'établir le montage financier ou juridique du projet, elle peut recourir au dialogue compétitif dans les conditions prévues à l'art. L. 1414-7. Pour une application, v. CE, 10 Juin 2009, Sté Baudin Chateauneuf, n° 320.037.

dans le cadre d'un contrat global comprenant la conception, le financement, la réalisation, éventuellement la maintenance ou l'exploitation de l'ouvrage public⁽¹⁷⁾, le projet de loi a alors été perçu comme étant de nature à favoriser la mise en place de tels partenariats à travers le dialogue compétitif⁽¹⁸⁾. C'est ainsi que la Chambre des métiers en est venue à considérer que « *l'instauration du dialogue compétitif a surtout pour objectif de disposer d'une procédure adaptée à la mise en œuvre structurée de partenariats public-privé* »⁽¹⁹⁾.

Or, le but poursuivi par le législateur communautaire lors de l'ajout du dialogue compétitif aux procédures classiques de passation des marchés publics n'était pas de faciliter la mise en œuvre des partenariats public-privé, lesquels ne sont d'ailleurs pas mentionnés dans la Directive et font seulement l'objet d'une évocation dans la Fiche explicative de la Commission européenne sur le dialogue compétitif⁽²⁰⁾, d'une étude dans Livre vert de la Commission européenne⁽²¹⁾ et d'une communication de sa part au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des Régions⁽²²⁾ et ne font ainsi pas encore partie du droit positif.

Bien qu'il ne soit pas contestable que certaines problématiques spécifiques du dialogue compétitif puissent se rencontrer dans le cadre des partenariats public-privé, notamment en ce qui concerne la complexité juridique ou financière des projets envisagés⁽²³⁾, il ne saurait être question de procéder à l'assimilation entre ces deux notions, ni de justifier l'introduction du dialogue compétitif dans la Loi par le souci de faciliter la conclusion de partenariats public-privé. Les motivations du législateur en faveur du dialogue compétitif sont à rechercher ailleurs, ainsi qu'il convient de l'évoquer à présent.

Les justifications du recours à la procédure du dialogue compétitif

L'ajout du dialogue compétitif parmi les procédures classiques de passation des marchés publics traduit non seulement le souci de « *tenir compte des diversités existant dans les États membres* »⁽²⁴⁾, mais aussi une certaine exigence de souplesse en la matière, souhaitée tant par les pouvoirs adjudicateurs que par les opérateurs

¹⁷ V. Chambre des Métiers, Avis du 28 août 2007 sur le projet de loi n° 5655 (1) sur les marchés publics, p. 7.

¹⁸ Syndicat des villes et communes luxembourgeoises, Avis du 25 févr. 2008 sur le projet de loi n° 5655 (3) sur les marchés publics, p. 2.

¹⁹ Chambre des Métiers, Avis du 28 août 2007 sur le projet de loi n° 5655 (1) sur les marchés publics, p. 7. Notons que la Chambre des métiers avait préalablement reconnu, s'agissant du projet *Geesseknäppchen*, « *que le choix initial du promoteur privé a été le résultat d'un marché de gré à gré* ».

²⁰ Commission européenne, Fiche explicative, p. 3 (*document CC/2005/04 FR – Révision 1 du 5 oct. 2005, p. 1, ci-après la « Fiche explicative »*). Celle-ci vise à faciliter l'utilisation de cette nouvelle procédure du dialogue compétitif. S'agissant de la valeur juridique de telles fiches explicatives, le Conseil d'Etat français s'est fondé sur une fiche en matière d'accords cadres pour considérer que les marchés à bons de commande constituaient des accords cadres au sens du droit communautaire. « *Cons. qu'aux termes de la Fiche explicative relative aux accords cadres publiée par la Commission le 14 juillet 2005 sous la référence CC/2005/03 : « les accords-cadres qui fixent tous les termes (les contrats-cadres) sont des instruments juridiques par lesquels les stipulations contractuelles applicables aux commandes (éventuelles) fondées sur ce type d'accords-cadres sont fixés de manière contraignante pour les parties à l'accord - en d'autres termes, l'utilisation (éventuelle) de ce type d'accord-cadre ne nécessite pas la conclusion de nouveaux accords entre les parties par exemple par les négociations, de nouvelles offres, etc. » ; qu'il résulte de ces dispositions que les marchés à bons de commande au sens de l'article 77 du code des marchés publics, conclus avec un ou plusieurs opérateurs économiques et exécutés au fur et à mesure de l'émission de bons de commande sans négociation ni remise en concurrence, doivent être regardés comme des accords-cadres au sens de la directive »*, CE, 8 août 2008, *Commune de Nanterre c/ Société Paprec Ile-de-France*, n°309136.

²¹ Commission européenne, *Livre vert sur les partenariats public-privé et le droit communautaire des marchés publics et des concessions*, Com/2004/0327/final.

²² Commission européenne, *Communication au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des Régions*, 15 nov. 2005, Com/2005/0569/final.

²³ La complexité du marché établit un lien de parenté entre le contrat de partenariat, tel qu'il est conçu dans d'autres Etats de l'Union européenne et le dialogue compétitif. Ainsi, « *si le recours au contrat de partenariat est motivé par la complexité du projet, la procédure applicable est le dialogue compétitif* », S. BRACONNIER, *Précis du Droit des marchés publics*, précité, p. 119. Dans ce cas, la procédure du dialogue compétitif permet de sécuriser sur un plan juridique les partenariats public-privé, tels qu'ils étaient antérieurement pratiqués, En ce sens, v. P.-E. NOËL, *Le partenariat public-privé, technique de réalisation et de financement des équipements publics*, Journal des Tribunaux, 28 mai 2005, n° 6183, p. 372.

²⁴ V. 16^{ème} Considérant de la Directive.

économiques ⁽²⁵⁾. En effet, « *les procédures traditionnelles étant souvent jugées comme trop rigides par rapport aux réalités de l'achat public, une des demandes récurrentes lors de la phase de consultation à l'origine des directives de 2004, était la modernisation des procédures de passation pour les adapter aux besoins des pouvoirs adjudicateurs du 21^{ème} siècle* » ⁽²⁶⁾. Un des objectifs dégagés à l'issue de la phase consultative qui a précédé l'élaboration des nouvelles directives était de « *mieux tenir compte des réalités économiques dans le domaine de l'approvisionnement public* » ⁽²⁷⁾.

Or, la soumission publique (appelée désormais procédure ouverte), la soumission restreinte avec ou sans publication d'avis (appelée désormais procédure restreinte) et les procédures du marché négocié avec ou sans publication préalable (appelées désormais procédure négociée) ne permettaient pas aux pouvoirs adjudicateurs de mener de véritables pourparlers avec les candidats sur l'ensemble des aspects du marché et de l'adjuger au terme de ces pourparlers. La Direction générale « Marché intérieur et Services » de la Commission européenne se fait l'écho, dans sa Fiche explicative de la Directive en date du 5 octobre 2005, du constat qui avait prévalu à l'époque et selon lequel « *les 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* » ⁽²⁸⁾. C'est ainsi que la nouvelle procédure du dialogue compétitif a notamment pour but de « *faciliter le dialogue technique entre les fournisseurs et les pouvoirs adjudicateurs* » ⁽²⁹⁾.

Comme l'a expliqué le législateur communautaire, il convenait donc de « *prévoir une procédure flexible qui sauvegarde à la fois la concurrence entre opérateurs économiques et le besoin des pouvoirs adjudicateurs de discuter avec chaque candidat tous les aspects du marché* » ⁽³⁰⁾. C'est pourquoi la possibilité d'avoir recours au dialogue compétitif, mais également à l'accord-cadre, aux enchères électroniques et aux systèmes d'acquisition dynamique, fut saluée par la plupart des institutions et organisations consultées au cours de la phase législative. Le Syndicat des villes et communes luxembourgeoises s'est ainsi félicité de l'introduction dans la loi de ces « *différents concepts innovants devant garantir au secteur communal une plus grande flexibilité en matière de passation de marchés et augmentant sensiblement la marge de manœuvre des pouvoirs publics* » ⁽³¹⁾. S'agissant plus particulièrement du dialogue compétitif, cette procédure offre aux acheteurs publics des possibilités bien plus larges de dialoguer avec les candidats au marché et de définir de manière optimale leurs besoins, avant le dépôt des offres.

Mais comme le rappelle à juste titre la Commission européenne, « *le dialogue compétitif constitue une procédure ne pouvant être utilisée que dans les circonstances particulières expressément prévues à l'article 29* » ⁽³²⁾ de la Directive.

²⁵ La définition à l'art. 3 point 8, alinéa 3, de la Loi reprend fidèlement celle posée à l'art. 1^{er} point 8 de la Directive : « *L'opérateur économique (...) qui a sollicité une invitation à participer à une procédure restreinte ou négociée ou à un dialogue compétitif est désigné par le terme "candidat"* », étant par ailleurs précisé par la directive que « *le terme "opérateur économique" couvre à la fois les notions d'entrepreneur, fournisseur et prestataire de services. Il est utilisé uniquement dans un souci de simplification du texte* ».

²⁶ Chambre des Métiers, Avis du 28 août 2007 sur le projet de loi n° 5655 (1) sur les marchés publics, p. 5. V. aussi Exposé des motifs du projet de loi n° 5655 sur les marchés publics, pp. 6-7 et Chambre de commerce, Avis du 18 févr. 2008 sur le projet de loi n° 5655 (2) p. 8.

²⁷ Chambre de commerce, Avis du 18 févr. 2008 sur le projet de loi n° 5655 (2) sur les marchés publics, p. 8.

²⁸ Bien que le dialogue compétitif n'ait pas été introduit dans la nouvelle directive secteurs, « *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* », Commission européenne, Fiche explicative, p. 1, note 2.

²⁹ S. BRACONNIER, *Précis du Droit des marchés publics*, Ed. du Moniteur, 2007, 2^{ème} éd., p. 297.

³⁰ 11^{ème} Considérant de la Directive, repris textuellement dans l'Exposé des motifs, du projet de loi n° 5655 sur les marchés publics, pp. 6-7 ; Chambre des Métiers, Avis du 28 août 2007 sur le projet de loi n° 5655 (1) sur les marchés publics, p. 6 ; Commission de Travaux publics, Rapport du 30 avril 2009 sur le projet n° 5655 (10) sur les marchés publics, p. 4.

³¹ Avis du Syndicat des villes et communes luxembourgeoises du 25 févr. 2008 sur le projet de loi n° 5655 (3) sur les marchés publics, p. 2.

³² Fiche explicative p. 1. V. aussi le renvoi à l'art. 28, alinéa 2, deuxième phrase.

Le caractère dérogatoire du recours à la procédure du dialogue compétitif

L'introduction dans la loi du dialogue compétitif ne saurait toutefois être perçue comme un abandon des principes de concurrence et de transparence qui président à la passation des marchés publics. Elle doit plus véritablement être analysée comme leur adaptation aux réalités économiques. D'ailleurs, l'article 37 (1) de la Loi rappelle opportunément la règle générale selon laquelle les marchés publics sont passés par la procédure ouverte ou restreinte (avec publication d'avis). Ce n'est que « *dans des hypothèses limitativement et exhaustivement prévues par la loi, et par motivation expresse* »⁽³³⁾ que le recours au dialogue compétitif est possible. Lors de travaux parlementaires, la Chambre des Métiers avait tenu à souligner qu'elle « *ne [pouvait] se déclarer d'accord avec l'utilisation de cette nouvelle procédure du dialogue compétitif, que si et seulement si une telle procédure est considérée comme une procédure tout à fait exceptionnelle et que sa mise en œuvre n'est pas laissée à l'appréciation subjective des pouvoirs adjudicateurs* »⁽³⁴⁾. Selon la Commission des Travaux publics, le recours à cette procédure n'est envisageable « *que dans un cadre strict* »⁽³⁵⁾.

Les préoccupations exprimées tant par la Chambre des Métiers que par la Commission des Travaux publics étaient aussi partagées par le législateur communautaire à l'article 28 de la Directive relatif entre autres à l'utilisation de la procédure du dialogue compétitif. Elles sont, en outre, fidèlement transposées à l'article 37 (2), alinéa 2, de la Loi qui confirme le caractère dérogatoire du recours au dialogue compétitif dans ces termes : « *dans les circonstances particulières expressément prévues à l'article 41, les pouvoirs adjudicateurs peuvent attribuer leurs marchés publics au moyen du dialogue compétitif* ». Or, ces circonstances exceptionnelles justifiant le recours au dialogue compétitif tiennent au caractère « *particulièrement complexe* »⁽³⁶⁾ du marché public, ainsi que nous aurons l'occasion de l'explicitier à travers l'étude des cas d'ouverture du recours au dialogue compétitif (I). Il conviendra ensuite de présenter le déroulement de cette nouvelle procédure (II).

I. LES CAS D'OUVERTURE DU RECOURS A LA PROCEDURE DU DIALOGUE COMPETITIF

A. MARCHE D'UNE CERTAINE ENVERGURE ?

La nouvelle procédure du dialogue compétitif n'est pas prévue pour les marchés publics tombant sous le Livre I^{er} de la Loi et elle ne concerne que les marchés atteignant ou dépassant les seuils communautaires et relevant du champ d'application du Livre II de la Loi. Selon l'exposé des motifs, « *il n'est pas concevable que cette procédure se justifie pour des marchés complexes de moindre envergure* »⁽³⁷⁾. Force nous est toutefois de ne pas partager cette opinion qui, en réalité, ne fait que prendre acte des seuils posés par les directives et au-dessus desquels le pouvoir décisionnel des pouvoirs adjudicateurs nationaux est encadré par le droit communautaire. Au passage, il y a lieu de relever que ces seuils ont fait l'objet de plusieurs modifications depuis l'adoption de la Directive, dont la dernière en date est le Règlement n° 1177/2009 modifiant les directives 2004/17/CE, 2004/18/CE et 2009/81/CE du Parlement européen et du Conseil en ce qui concerne leurs seuils d'application pour les procédures de passation des marchés. A compter du 1^{er} janvier 2010, les seuils de 162.000 EUR, 242.000 EUR et 6.242.000 EUR visés aux articles 21 et 22 de la Loi et qui étaient déjà obsolètes seront respectivement abaissés à 125.000 EUR, 193.000 EUR et 4.845.000 EUR.

En d'autres termes, le législateur luxembourgeois n'a prévu la possibilité de recourir au dialogue compétitif que pour les marchés publics soumis au droit communautaire, sans ouvrir cette faculté pour

³³ Exposé des motifs du projet de loi n° 5655 sur les marchés publics, p. 61, Commentaire des art. 37 et 38.

³⁴ Chambre des Métiers, Avis du 28 août 2007 sur le projet de loi n° 5655 (1) sur les marchés publics, p. 6.

³⁵ Commission des Travaux publics, Rapp. du 30 avril 2009 sur le projet de loi n° 5655 (10) sur les marchés publics, p. 5.

³⁶ Au sens de l'art. 3 point 10 e) de la Loi.

³⁷ Exposé des motifs du projet de loi n° 5655 sur les marchés publics, pp. 6-7. Partageant la même opinion, v. aussi Chambre des Métiers, Avis du 28 août 2007 sur le projet de loi n° 5655 (1) sur les marchés publics, p. 6 et Chambre de commerce, Avis du 18 févr. 2008 sur le projet de loi n° 5655 (2) sur les marchés publics, p. 8.

ceux dont le montant est inférieur aux seuils fixés aux articles 7 et 8 de la Directive modifiée. C'est ainsi que l'article 5 de la Loi ne mentionne pas cette nouvelle procédure de passation parmi celles susceptibles d'être suivies pour les marchés de faible envergure et régis par le Livre 1^{er} de la Loi.

Il n'en reste pas moins que la particulière complexité d'un marché projeté pourrait justifier le recours à la procédure du dialogue compétitif, quand bien même il serait d'un montant inférieur à celui retenu par les directives. Au demeurant, la Directive ne fait pas obstacle à la conclusion d'un marché public suivant la procédure du dialogue compétitif, pour un montant inférieur aux seuils communautaires ⁽³⁸⁾. Autrement dit, il serait parfaitement « *concevable* » de recourir au dialogue compétitif pour les marchés publics inférieurs aux seuils des articles 21 et 22 de la Loi, mais le législateur ne l'a pas voulu ainsi. Au passage, il faudrait aussi s'interroger sur la validité de la passation d'un marché particulièrement complexe selon la procédure du dialogue compétitif si, au final, il s'avérait que le marché était d'un montant inférieur auxdits seuils.

De même, « *il n'est pas prévu, pour les entités adjudicatrices [au sens de la directive 2004/17/CE] de procédure de dialogue compétitif. Cette absence est justifiée (...) par le fait qu'elles peuvent toujours négocier après mise en concurrence et s'applique de la procédure du dialogue* » ⁽³⁹⁾, telle qu'elle est instituée à l'article 41 de la Loi. Cette opinion doctrinale que partage la Commission européenne ⁽⁴⁰⁾ est toutefois discutée, en partant de la considération que les procédures de passation des marchés publics sont limitativement prévues par les directives et que l'article 40 de la directive 2004/17/CE du Parlement et du Conseil du 31 mars 2004 portant coordination des procédures de passation des marchés dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux ⁽⁴¹⁾. Sans doute que la jurisprudence aura l'occasion d'arbitrer entre ces positions.

B. MARCHE PARTICULIEREMENT COMPLEXE

L'article 41 de la Loi précise que le dialogue compétitif ne peut être utilisé que pour autant que le marché public est "*particulièrement complexe*" ⁽⁴²⁾. En d'autres termes, la particulière complexité du marché constitue le seul cas d'ouverture qui autorise les pouvoirs adjudicateurs à recourir à cette procédure pour l'attribution de leurs marchés. La complexité du marché envisagé apparaît donc la condition nécessaire et suffisante du dialogue compétitif qui, inversement, apparaît comme une « *solution adaptée à la conclusion des marchés complexes* » ⁽⁴³⁾.

En effet, juste après avoir défini le dialogue compétitif au premier alinéa de l'article 3 point 10 e), le législateur précise les circonstances dans lesquelles un marché public doit être considéré comme particulièrement complexe « *aux fins du recours à la procédure visée au premier numéro* » ⁽⁴⁴⁾. En d'autres termes, la Loi établit un lien aussi étroit qu'exclusif entre la complexité du marché public envisagé et la possibilité de l'attribuer en suivant la procédure du dialogue compétitif.

³⁸ Sur les seuils applicables, v. art. 21 et 22 de la Loi. A cet égard, la législation française permet à l'acheteur public d'utiliser librement la procédure du dialogue compétitif pour les travaux dont le montant est compris entre 210.000 EUR et 5.270.200 EUR. Voir S. BRACONNIER, *Précis du Droit des marchés publics*, précité, p. 204.

³⁹ S. BRACONNIER, *Précis du Droit des marchés publics*, précité, p.311. V. aussi Fiche explicative, p. 1, note 2 confirmant que les entités adjudicatrices peuvent emprunter la procédure du dialogue compétitif.

⁴⁰ V. Fiche explicative, p. 2, note 2.

⁴¹ JO L du 30 avr. 2004, p. 1. A ce sujet, v. Chr. POINT et G. DAUPHIN, *Le dialogue compétitif*, Intervention donnée lors du Séminaire IFE Benelux du 2 déc. 2009, p. 3.

⁴² « *La procédure du dialogue compétitif ne pourra être utilisée que pour des marchés „particulièrement complexes“* », Chambre de commerce, Avis du 18 févr. 2008 sur le projet de loi n° 5655 (2) sur les marchés publics, p. 9.

⁴³ S. BRACONNIER, *Précis du Droit des marchés publics*, précité, p. 297.

⁴⁴ Le lecteur attentif des travaux parlementaires aura noté l'apport particulièrement constructif du Conseil d'Etat à la procédure législative qui, « *au deuxième alinéa du même n° 10, e)*, [avait suggéré] *de lire „la procédure visée au premier alinéa du présent numéro ...“ au lieu de simplement „... au premier alinéa...“*, v. Conseil d'Etat, Avis du 31 mars 2009 sur le projet de loi n° 5655 (6) sur les marchés publics, p. 3. Ces propositions de modifications ont été suivies.

Le second alinéa de l'article 3 point 10 e) de la Loi précise ainsi les deux hypothèses limitatives dans lesquelles un marché public peut être considéré comme particulièrement complexe, à savoir, d'une part, lorsque le pouvoir adjudicateur « *n'est objectivement pas en mesure de définir les moyens techniques pouvant répondre à ses besoins et à ses objectifs* » ou, d'autre part, quand il « *n'est objectivement pas en mesure d'établir le montage juridique ou financier d'un projet* ». Contrairement à ce que laissait entendre le Conseil d'Etat ⁽⁴⁵⁾, ces deux cas d'ouverture ne sont pas nécessairement cumulatifs, mais se conçoivent aussi bien cumulativement qu'alternativement, comme cela ressort de l'apposition des conjonctions « *et/ou* » dans la Fiche explicative de la Commission européenne ⁽⁴⁶⁾. Comme l'écrit le Professeur Stéphane Braconnier, « *ce sont donc les caractéristiques du marché qui justifient ou non le recours à cette procédure* » ⁽⁴⁷⁾.

En principe, la nature et l'étendue des besoins du pouvoir adjudicateur doivent être définis avec précision, avant l'avis de marché et le juge administratif devrait normalement sanctionner l'insuffisance de définition des besoins ⁽⁴⁸⁾. Il peut toutefois arriver que le pouvoir adjudicateur ait des difficultés à déterminer ses besoins. Lorsque l'incertitude porte à la fois sur les objectifs à atteindre et sur les moyens d'y parvenir, le pouvoir adjudicateur peut notamment emprunter la procédure du dialogue compétitif et il est dispensé de rédiger un cahier des charges. Cela explique que le dialogue compétitif soit parfois conçu comme un « *élément d'amélioration de la définition des besoins* » ⁽⁴⁹⁾. En effet, cette procédure présente « *l'avantage de conférer une vision plus complète et comparative des solutions techniques, financières ou juridiques que le marché peut offrir, puisque les offres ne seront pas, dès le début, enfermées dans des spécifications techniques trop précises* » ⁽⁵⁰⁾. Elle a pour objet de « *permettre au pouvoir adjudicateur de préciser, avec l'aide des candidats au marché, la solution la plus adéquate ainsi que le candidat qu'il chargera d'exécuter la prestation* » ⁽⁵¹⁾, alors que cette solution, la plus adaptée à l'objet projeté, ne pouvait pas être précisée *ab initio*.

Mais la latitude dont disposent le pouvoir adjudicateur et les opérateurs économiques de ne pas enfermer les futures offres dans un cadre strict suppose, à l'inverse, que les conditions de recours au dialogue compétitif soient étroitement définies pour ne pas remettre en cause la raison d'être des procédures classiques de passation des marchés publics, consistant à assurer, dans la transparence, l'égalité d'accès des candidats aux marchés publics.

1. La nature de la complexité : une impossibilité objective

Le recours au dialogue compétitif est subordonné à la particulière complexité du marché projeté. Pour déterminer la portée de cette condition, il y a lieu de se rapporter à la première partie du 31^{ème} Considérant de la Directive énonçant que « *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*

⁴⁵ Le Conseil d'Etat semblait regretter que « *la directive reste muette, et le projet de loi n'est pas plus explicite* [sur le point de] savoir comment ces deux exigences seront satisfaites simultanément », Conseil d'Etat, Avis du 31 mars 2009 sur le projet de loi n° 5655 (6) sur les marchés publics, p. 3.

⁴⁶ Fiche explicative, p. 2. L'article 3 point 10 e) utilise d'ailleurs la conjonction « *ou* », confirmant bien que les cas d'ouverture sont alternatifs et non pas cumulatifs.

⁴⁷ S. BRACONNIER, *Précis du Droit des marchés publics*, précité, p. 297. Partageant implicitement l'opinion selon laquelle les cas d'ouverture sont alternatifs et non cumulatifs, v Chr. POINT et G. DAUPHIN, *Le dialogue compétitif*, Intervention précitée, p. 5, ces auteurs estiment toutefois que « *la complexité d'un projet doit être appréhendée selon trois approches, technique, juridique ou financière* ». Il conviendra toutefois d'attendre les positions jurisprudentielles pour confirmer que la complexité en question peut n'être que juridique ou que financière, sans être nécessairement juridico-financière.

⁴⁸ V., par ex. à propos de l'imprudence d'une commune n'hésitant pas à signer un contrat informatique dont les subtilités des clauses pouvaient être sujettes à interprétation, CAA Douai, 10 mai 2007, Cne Maromme c/ Sté X...n° 06DA00353.

⁴⁹ <http://www.marche-public.fr/Marches-publics/Definitions/Entrees/Procedure-dialogue-competitif.htm>

⁵⁰ <http://www.marche-public.fr/Marches-publics/Definitions/Entrees/Procedure-dialogue-competitif.htm>

⁵¹ JCI Adm., Fasc. 632 : Marchés publics - Autres procédures - III. - Dialogue Compétitif, 2008, Cote : 05,2008, p. 1, n° 44.

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 »⁽⁵²⁾. De façon générale, cette impossibilité objective pour le pouvoir adjudicateur de définir les moyens les plus aptes à satisfaire ses besoins ou d'évaluer ce que le marché peut offrir en termes de solutions techniques, financières ou juridiques se rencontre « pour des projets pour lesquels l'acheteur ne dispose pas d'une visibilité suffisante »⁽⁵³⁾. La procédure du dialogue compétitif est donc ouverte aux marchés qualifiés de complexes par les articles 3, point 10 e) et 41 de la Loi. Pour répondre à ce qualificatif, il ne doit objectivement pas être possible pour l'acteur public de définir à l'avance le montage juridique ou financier d'exécution du projet, ou les moyens techniques nécessaires à son exécution. Dans sa Fiche explicative, la Commission européenne préconise « 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 ». Ainsi, la complexité du marché, comme condition de recours à cette procédure particulière de passation, est mesurée à l'aune des moyens techniques et humains dont le pouvoir adjudicateur dispose concrètement pour déterminer ses propres besoins. En d'autres termes, la condition posée par l'article 3 point 10 e) de la Loi selon laquelle le pouvoir adjudicateur « n'est objectivement pas en mesure de définir les moyens techniques pouvant répondre à ses besoins et à ses objectifs », ne renvoie pas à une « notion abstraite »⁽⁵⁴⁾. Elle est appréciée *in concreto*, en fonction des moyens concrets à la disposition du pouvoir adjudicateur concerné qui doit se trouver dans cette situation d'impossibilité « sans qu'une critique » puisse lui être reprochée⁽⁵⁵⁾. Ainsi, un marché public pourrait être considéré comme particulièrement complexe pour une petite commune du nord du pays qui ne dispose pas nécessairement des moyens matériels et humains lui permettant de cerner précisément ses propres besoins, alors qu'un marché identique projeté par la Ville de Luxembourg ou par l'Etat du Grand-duché de Luxembourg pourrait ne pas se prêter à une procédure de dialogue compétitif s'il apparaissait que ces pouvoirs adjudicateurs ont, pour le marché en question, les moyens techniques leur permettant de définir leurs besoins. En bref, la possibilité de recourir à la procédure du dialogue compétitif doit être appréciée à l'aune « des capacités de la personne publique concernée, capacités qui varient en fonction de la nature et de la taille de celle-ci, mais également en fonction de la nature et du contexte du projet »⁽⁵⁶⁾.

Dès lors, « si par des moyens raisonnables, [le pouvoir adjudicateur] 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 »⁽⁵⁷⁾. Un auteur luxembourgeois estime à cet égard que « l'exigence qu'il doit s'agir d'une procédure présentant une complexité particulière restreint évidemment le champ d'application de la procédure »⁽⁵⁸⁾, et ceci d'autant plus que la condition d'une impossibilité objective « place évidemment la barre très haut ». Selon la Commission

⁵² Reprenant l'argumentation à leur compte, v. Exposé des motifs du projet de loi n° 5655 sur les marchés publics, pp. 6-7, Chambre des Métiers, Avis du 28 août 2007 sur le projet de loi n° 5655 (1) sur les marchés publics, p. 6, Chambre de commerce, Avis du 18 févr. 2008 sur le projet de loi n° 5655 (2) sur les marchés publics, p. 8. V. aussi S. BRACONNIER, *Précis du Droit des marchés publics*, précité, p. 297.

⁵³ <http://www.marche-public.fr/Marches-publics/Definitions/Entrees/ProcEDURE-dialogue-competitif.htm>

⁵⁴ « La notion d'impossibilité objective n'est pas une notion abstraite », Fiche explicative, p. 2.

⁵⁵ Avec une formulation à peine différente, v. Chambre des Métiers, Avis du 28 août 2007 sur le projet de loi n° 5655 (1) sur les marchés publics, p. 6.

⁵⁶ Chr. POINT et G. DAUPHIN, *Le dialogue compétitif*, Intervention précitée, p. 4.

⁵⁷ Fiche explicative, p. 2.

⁵⁸ M. THEWES, *Les partenariats public-privé en droit luxembourgeois*, JT Luxembourg n° 4, p. 111, n° 37.

européenne, la personne publique a une « obligation de diligence »⁽⁵⁹⁾. Et la Chambre des Métiers de poursuivre en exigeant « que pour chaque recours au dialogue compétitif, le pouvoir adjudicateur démontre publiquement, dans l'exposé des motifs du projet de loi (sic) par exemple, qu'il n'est objectivement pas en mesure de définir les moyens techniques et/ou le montage juridico-financier de son projet »⁽⁶⁰⁾. Le législateur communautaire ne va toutefois pas jusqu'à imposer au pouvoir adjudicateur l'organisation préalable d'un concours ou d'un marché public dont l'objet serait d'étudier la réalisation même du projet particulièrement complexe⁽⁶¹⁾. Mais le pouvoir adjudicateur est parfaitement autorisé à recourir à un dialogue compétitif pour définir ses besoins⁽⁶²⁾.

2. Les types de complexité

Il ressort de la lecture du 31^{ème} Considérant précité de la Directive que le recours au dialogue compétitif peut être justifié dans deux grands cas de figure, à savoir que le pouvoir adjudicateur se trouve dans l'impossibilité objective de définir (a) soit les solutions techniques, (b) soit les solutions financières ou juridiques du projet envisagé pour répondre à ses besoins.

a. La complexité technique du marché

Résumant très légèrement l'article 3 point 10 e) de la Loi, la Chambre des Métiers explique qu'« un marché est à considérer comme particulièrement complexe si le pouvoir adjudicateur n'est objectivement pas en mesure de définir, conformément aux règles dans le domaine technique définies par voie de règlement grand-ducal, les moyens techniques pouvant répondre à ses besoins et à ses objectifs »⁽⁶³⁾.

La confrontation de ce commentaire avec les dispositions de la Loi, d'une part, et de l'article 1^{er} point 11 c) de la Directive, d'autre part, permet de cerner en quoi consistent ces « règles dans le domaine technique définies par voie de règlement grand-ducal » en fonction desquelles un marché peut être qualifié de particulièrement complexe. En effet, l'article 3 point 10 e) de la Loi renvoie à des « règles spécifiques concernant le cahier des charges et les documents du marché déterminées par voie de règlement grand-ducal », en l'occurrence aux dispositions du Titre II du Livre II du Règlement grand-ducal relatif au cahier général des charges applicable aux marchés publics d'une certaine envergure. Quant à la Directive, elle renvoie à son article 23, paragraphe 3, point b), c) ou d) relatif aux spécifications techniques compatibles avec le droit communautaire⁽⁶⁴⁾.

⁵⁹ Analyse reprise pratiquement *ne varietur* par la Chambre de commerce, Avis du 18 févr. 2008 sur le projet de loi n° 5655 (2) sur les marchés publics, p. 9. Il convient de préciser que « les circonstances visées à l'article 29 qui justifient le recours à cette procédure » du dialogue compétitif doivent être portées dans le procès-verbal qui est établi par le pouvoir adjudicateur et qui est tenu à la disposition de la Commission, si celle-ci en demande la communication, en vertu de l'article 43 de la Directive.

⁶⁰ Chambre des Métiers, Avis du 28 août 2007 sur le projet de loi n° 5655 (1) sur les marchés publics, p. 6.

⁶¹ V. Fiche explicative, p. 2. Imposer une telle obligation « 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 [s'avérer infructueuse] 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 (8^{ème} Considérant) ».

⁶² S. BRACONNIER, *Précis du Droit des marchés publics*, précité, p. 235 : « dans l'hypothèse où la personne publique se trouve dans l'incapacité de définir ses propres besoins, ou se trouve face à une impossibilité matérielle de procéder à cette définition, elle peut (...) confier à un tiers cette définition », en ayant recours au dialogue compétitif.

⁶³ Chambre des Métiers, Avis du 28 août 2007 sur le projet de loi n° 5655 (1) sur les marchés publics, p. 6.

⁶⁴ Ces dispositions correspondent à l'article 165 (3) b), c) et d) du Règlement grand-ducal du 3 août 2009 portant exécution de la loi du 25 juin 2009 sur les marchés publics et portant modification du seuil prévu à l'article 106 point 10° de la loi communale modifiée du 13 décembre 1988, Mém. A, n° 180, du 11 août 2009, p. 2607, ci-après le « Règlement grand-ducal ».

Ainsi, un marché présente une complexité technique lorsque, malgré les possibilités dont dispose le pouvoir adjudicateur « *d'établir les spécifications techniques – totalement ou partiellement – en termes de fonctionnalités ou de performances* »⁶⁵, celui-ci demeure incapable de spécifier les moyens techniques à utiliser pour réaliser la solution prescrite. Selon la Commission européenne, cette situation devrait être relativement rare. En revanche, il devrait plus fréquemment arriver que le pouvoir ne soit pas en mesure de définir, parmi plusieurs solutions techniquement envisageables, celle qui serait la plus à même de satisfaire ses besoins ou de répondre à ses objectifs. Il n'en reste pas moins que, « *dans les deux cas, le marché concerné devra être considéré comme étant particulièrement complexe* »⁶⁶.

Pour illustrer ces situations où la particulière complexité du marché justifie le recours au dialogue compétitif, la Commission européenne donne « *l'exemple du pouvoir adjudicateur qui veut établir une liaison entre deux rives d'un 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 ...)* »⁶⁷.

En somme, la complexité technique peut se résumer comme l'impossibilité pour le pouvoir adjudicateur de déterminer à l'avance quelle est la solution technique la plus adaptée à ses besoins et exigences et quelles sont les spécifications techniques les plus appropriées à ces fins.

b. La complexité juridique ou financière

Aux vœux de l'article 3 point 10 e) de la Loi, l'autorité publique peut emprunter la procédure du dialogue compétitif lorsqu'elle « *n'est objectivement pas en mesure d'établir le montage juridique ou financier d'un projet* ». Une telle hypothèse 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* »⁶⁸. En effet, les pouvoirs adjudicateurs peuvent être en situation d'avoir le choix entre divers modèles juridiques ou financiers, en fonction de l'envergure du risque économique.

S'agissant de la complexité juridique, la Commission européenne donne l'exemple de pouvoirs adjudicateurs qui ne seraient pas en mesure de « *prévoir si les opérateurs économiques seront prêts à accepter un risque économique tel que le marché sera une concession ou bien s'il sera en définitive un marché public "traditionnel"* »⁶⁹. Dans une telle hypothèse, le pouvoir adjudicateur pourrait *a priori* estimer que le marché projeté

⁶⁵ Fiche explicative, p. 2. C'est-à-dire en recourant à l'une des méthodes prévues à l'art. 165 (3) b), c) et d) du Règlement grand-ducal.

⁶⁶ V. Fiche explicative, p. 3. V. aussi Chambre de commerce, Avis du 18 févr. 2008 sur le projet de loi n° 5655 (2) sur les marchés publics, p. 9 : « *En ce qui concerne la complexité technique, deux cas de figure peuvent se présenter : le pouvoir adjudicateur peut ne pas être en mesure de spécifier les moyens techniques à utiliser en termes de fonctionnalités ou de performances pour réaliser la solution prescrite, ou bien le pouvoir adjudicateur n'arrive pas à établir, parmi plusieurs solutions possibles, quelle serait la plus idoine à répondre à ses besoins* ».

⁶⁷ Fiche explicative, p. 3. Cet exemple s'ajoute à celui donné par le 31^{ème} Considérant de la Directive, à savoir certains projets présentant une complexité technique et portant sur la réalisation d'importantes infrastructures de transport intégrées ou la réalisation de grands réseaux informatiques.

⁶⁸ V. 31^{ème} Considérant de la Directive.

⁶⁹ Fiche explicative, p. 3 et v. aussi la note 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* ».

deviendrait plus probablement une concession et pourrait, en conséquence, mettre en œuvre une procédure autre que celle prévue pour les marchés ⁽⁷⁰⁾. Si, au terme de la procédure, il devait toutefois s'avérer que le contrat projeté doive finalement être un marché public et non pas une concession, le pouvoir adjudicateur serait alors confronté à un choix difficile, soit de conclure un contrat de concession et alors « *commettre une infraction au droit communautaire avec tous les risques de recours ou procédures en manquement qui s'ensuivent, [soit] annuler la procédure et recommencer en appliquant une des procédures prévues pour la passation d'un marché public* ».

La complexité juridique peut ainsi résulter de l'existence d'une panoplie de montages juridiques possibles dont aucun ne s'impose à l'avance et entre lesquels l'adjudicateur public devra arbitrer pour retenir le modèle le plus approprié pour le marché donné ⁽⁷¹⁾. La Commission européenne estime que « *dans de tels cas, le dialogue compétitif permet d'éviter ces problèmes : en effet, les exigences procédurales seraient satisfaites que le contrat [conduise à] un marché public ou [à] une concession* » ⁽⁷²⁾.

S'agissant de la complexité financière, elle peut aussi justifier le recours à la procédure du dialogue compétitif lorsque l'autorité publique se trouve « *dans l'impossibilité objective de définir les moyens aptes à satisfaire [ses] besoins ou d'évaluer ce que le marché peut offrir en termes de solutions (...) financières* » ⁽⁷³⁾. Cette hypothèse peut notamment se rencontrer lorsque le pouvoir adjudicateur n'est pas en mesure de déterminer à l'avance le montage financier le plus approprié pour répondre à ses besoins, « *situation que l'on rencontre fréquemment du fait de l'inexpérience des collectivités publiques dans ce domaine, tout particulièrement lorsqu'il s'agit de montages de grande ampleur* » ⁽⁷⁴⁾.

Dans ce contexte, la Commission européenne évoque une situation susceptible d'impliquer un financement privé où dans « *le but de limiter les coûts le plus possible, le pouvoir public [peut] laisser la faculté aux opérateurs économiques de proposer différentes 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 paiements* » ⁽⁷⁵⁾. Et de poursuivre en mentionnant « *d'autres exemples de projets pouvant le plus souvent justifier un recours au dialogue compétitif [qui] 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-*

⁷⁰ « 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* », Fiche explicative, p. 3, note 7.

⁷¹ Chambre de commerce, Avis du 18 févr. 2008 sur le projet de loi n° 5655 (2) sur les marchés publics, p. 9. Et d'évoquer l'exemple d'une alternative entre un marché public traditionnel, une concession ou un contrat de partenariat avec transfert de risques économiques plus ou moins grand.

⁷² Fiche explicative, p. 3.

⁷³ 31^{ème} Considérant de la Directive.

⁷⁴ Chr. POINT et G. DAUPHIN, *Le dialogue compétitif*, Intervention précitée, p. 6.

⁷⁵ Fiche explicative, p. 4 et v. aussi la note 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 § 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 ». En l'occurrence, il ne s'agissait pas d'une concession, mais bien d'un marché de travaux. V. aussi Chambre de commerce, Avis du 18 févr. 2008 sur le projet de loi n° 5655 (2) sur les marchés publics, p. 9.

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 » ⁽⁷⁶⁾.

A propos de telles situations où le montage juridico-financier du marché envisagé apparaît complexe, la Commission européenne en arrive à la conclusion qu'« *il est évident que de telles questions se poseront très, très souvent pour des projets de partenariat public privé* » ⁽⁷⁷⁾. Cette opinion ne fait toutefois pas l'unanimité. Un auteur luxembourgeois considère ainsi que « *la procédure du dialogue compétitif reste malgré tout soumise à des contraintes qui font – quoi qu'en dise la Commission – qu'elle n'est pas non plus parfaitement adaptée au cas d'un partenariat public-privé* » ⁽⁷⁸⁾.

II. LA PROCEDURE DE RECOURS AU DIALOGUE COMPETITIF

Reprenant mot à mot la formulation de la Directive, l'article 3 point 10 e) de la Loi définit le dialogue compétitif comme étant une « *procédure à laquelle tout opérateur économique peut demander à participer et dans laquelle le pouvoir adjudicateur conduit un dialogue avec les candidats admis à cette procédure, en vue de développer une ou plusieurs solutions aptes à répondre à ses besoins et sur base de laquelle ou desquelles les candidats sélectionnés seront invités à remettre une offre* » ⁽⁷⁹⁾. Or, selon le Conseil d'Etat, « *cette définition reste malheureusement particulièrement opaque, puisqu'elle ne permet pas de résoudre la question de savoir si le „dialogue“ entre le pouvoir adjudicateur et les candidats se déroule face à face avec chaque candidat, ou face à l'ensemble de tous les candidats* » ⁽⁸⁰⁾. Force est effectivement de convenir que la Loi n'apporte guère d'éclaircissements sur cette notion pourtant nouvelle du dialogue compétitif ⁽⁸¹⁾, renvoyant à un règlement grand-ducal ultérieur le soin de préciser les modalités suivant lesquelles un pouvoir adjudicateur pourra recourir à une telle procédure ⁽⁸²⁾.

Le pouvoir adjudicateur devra ainsi expliciter en quoi le marché projeté présente une complexité technique ou une complexité juridique ou financière. Cette exigence de motivation tient au fait que « *le dialogue compétitif constitue une procédure spécifique de passation des marchés publics* » ⁽⁸³⁾. Bien que l'article 38 de la Loi précise quel est, au sein de chaque pouvoir adjudicateur, l'organe habilité à l'engager, il reste malheureusement silencieux sur le déroulement exact des différentes étapes de déclenchement de la procédure. Dans son avis du 31 mars 2009, le Conseil d'Etat avait opportunément suggéré que l'article 38 en question soit rédigé de la façon

⁷⁶ Fiche explicative, p. 4.

⁷⁷ Fiche explicative, p. 3 et estimant qu'« *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* ». V. aussi Chambre des Métiers, Avis du 28 août 2007 sur le projet de loi n° 5655 (1) sur les marchés publics, p. 6 et Chambre de commerce, Avis du 18 févr. 2008 sur le projet de loi n° 5655 (2) sur les marchés publics, p. 9.

⁷⁸ M. THEWES, *Les partenariats public-privé en droit luxembourgeois*, précité, p. 111, n° 37.

⁷⁹ En France, v. art. 36 du Code des marchés publics (ci-après « **CMP** »). La définition française du dialogue compétitif permet explicitement au pouvoir adjudicateur de recourir à cette procédure non seulement pour l'exécution, mais aussi pour la définition d'un projet, ce qui n'implique pas nécessairement l'exécution du projet.

⁸⁰ Conseil d'Etat, Avis du 31 mars 2009 sur le projet de loi n° 5655 (6) sur les marchés publics, p. 3.

⁸¹ « *Nombre d'aspects de la procédure de dialogue compétitif méritent certains éclaircissements* », S. BRACONNIER, *Précis du Droit des marchés publics*, précité, p. 297.

⁸² V. art. 37 (3) et 41 de la Loi. « *Le principe de la procédure du dialogue compétitif est prévu dans la loi, de même que les cas de figure dans lesquels on peut recourir au dialogue compétitif. Les règles d'exécution de ce dialogue, à l'instar des règles relatives aux procédures existantes, sont prévues par voie de règlement grand-ducal* », Exposé des motifs du projet de loi n° 5655 sur les marchés publics, pp. 6-7. V. aussi Chambre des Métiers, Avis du 28 août 2007 sur le projet de loi n° 5655 (1) sur les marchés publics, p. 6, ainsi que l'art. 3 de la Loi qui laisse au pouvoir réglementaire le soin de déterminer les spécifications techniques à l'aune desquelles sera évalué la particulière complexité du marché.

⁸³ S. BRACONNIER, *Précis du Droit des marchés publics*, précité, p. 203.

suivante : « le recours à la procédure négociée et au dialogue compétitif est autorisé sous condition qu'il soit précédé d'une décision motivée »⁽⁸⁴⁾, prise par les organes compétents des pouvoirs adjudicateurs concernés. Cette opinion était partagée par la Chambre de Commerce qui estimait que « le recours au dialogue compétitif devra être autorisé par une décision motivée sur base d'un justificatif détaillé explicitant en quoi tel marché sera à considérer comme particulièrement complexe »⁽⁸⁵⁾.

De son côté, le ministre des Travaux publics⁽⁸⁶⁾ avait expliqué que l'article en question exige que « le maître de l'ouvrage motive le recours (...) au dialogue compétitif et que la formulation proposée par le Conseil d'Etat requiert une procédure en deux étapes ». Et la Commission des Travaux publics suivit l'analyse du ministre et décida, « dans l'intérêt de la simplification administrative, de garder l'article [38] dans sa formulation première »⁽⁸⁷⁾. Or, la proposition du Conseil d'Etat visait à poser clairement l'exigence d'une motivation préalable sur le choix du dialogue compétitif ou de la procédure négociée, avant l'engagement effectif de l'une ou l'autre de ces procédures de passation. Le Conseil d'Etat voulait certainement faire écho à l'embaras de la jurisprudence administrative confrontée à certaines situations où une procédure de marché négocié avait été engagée, sans que l'Etat ait pris le moindre arrêté ministériel justifiant le recours à cette procédure dérogatoire et surtout sans que soit justifié l'abandon de la soumission publique initialement engagée⁽⁸⁸⁾.

Quoi qu'il en soit, nous considérons que la décision de recourir au dialogue compétitif doit être motivée avant l'engagement effectif de la procédure⁽⁸⁹⁾. Selon l'exposé des motifs du projet de loi, « le recours au dialogue compétitif doit être autorisé par décision motivée qui devra comporter un justificatif détaillé expliquant pourquoi le pouvoir adjudicateur considère un tel marché comme particulièrement complexe »⁽⁹⁰⁾. Cette décision du pouvoir adjudicateur de recourir au dialogue compétitif doit s'analyser comme une décision à caractère réglementaire, puisqu'elle ne comporte aucun destinataire nommé désigné. En outre elle est susceptible de recours contentieux car elle modifie l'ordonnancement juridique. A cet égard, le Tribunal administratif s'est déclaré « compétent pour connaître de la régularité de la décision unilatérale du pouvoir adjudicateur de choisir le mode de passation d'un marché public déterminé »⁽⁹¹⁾.

En tout état de cause, il ne nous paraît pas envisageable de différer la motivation du recours au dialogue compétitif à la décision d'adjudication du marché en question. A notre avis, il doit résulter de la motivation que

⁸⁴ Conseil d'Etat, Avis du 31 mars 2009 sur le projet de loi n° 5655 (6) sur les marchés publics, p. 9.

⁸⁵ Avis de la chambre de commerce du 18 févr. 2008 sur le projet de loi n° 5655 (2) sur les marchés publics, p. 8. V. aussi Chambre des Métiers, Avis du 28 août 2007 sur le projet de loi n° 5655 (1) sur les marchés publics, p. 6, rappelant que cette exigence de motivation prévue à l'art. 38 de la Loi est également applicable, en cas de recours à la procédure négociée.

⁸⁶ A la faveur de la formation du nouveau gouvernement, le Ministère des Travaux publics en tant que tel a été supprimé. Ses attributions relevant des compétences en matière de travaux publics ont été dévolues au Ministère du Développement durable et des Infrastructures. V. Arrêté grand-ducal du 27 juillet 2009 portant constitution des Ministères, Mém. A, n° 173, du 29 juill. 2009, p. 2532. Les fonctions restent toutefois exercées par Monsieur Claude Wiesler, v. Arrêté grand-ducal du 23 juillet 2009 portant attribution des compétences ministérielles aux membres du Gouvernement, Mém. A, n° 168, du 24 juill. 2009, p. 2464.

⁸⁷ Commission des Travaux publics, Rapp. du 30 avril 2009 sur le projet de loi n° 5655 (10) sur les marchés publics, p. 12. L'argument avancé était de disposer à l'art. 38 de la même formulation que celle déjà prévue dans le livre I à l'art. 9. La Commission des Travaux publics n'a pas imaginé un instant que l'art. 9 pouvait être modifié dans les mêmes termes que ceux proposés par le Conseil d'Etat pour l'art. 38.

⁸⁸ « Même si l'arrêté d'annulation desdits travaux d'adjudication a été pris postérieurement à la décision ministérielle de conclure un marché négocié avec l'offrant le moins-disant pour les seuls travaux d'isolation et d'étanchéité dudit parvis, ce qui n'est pas logique, étant donné que normalement l'arrêté d'annulation d'une adjudication publique devrait précéder l'autorisation de conclure un marché négocié, il convient néanmoins d'examiner en premier lieu la légalité externe de l'arrêté d'annulation du 7 octobre 2005, étant donné que la validité dudit arrêté d'annulation constitue un préalable nécessaire à la possibilité de procéder par voie de marché négocié », T. adm., 1^{er} juin 2006, société H... GmbH, n° 20906.

⁸⁹ Partageant cette opinion selon laquelle la décision de recourir au dialogue compétitif « doit être prise avant le début de la procédure », v. Chr. POINT et G. DAUPHIN, *Le dialogue compétitif*, Intervention précitée, p. 12. Dans ce sens, v. T. adm., 3 avr. 2006, n° 20.147, légèrement réformé sur ce point par C. adm., 14 nov. 2006, n° 21.394 C.

⁹⁰ Exposé des motifs du projet de loi n° 5655 sur les marchés publics, pp. 6-7. Le recours au dialogue compétitif est possible, moyennant « motivation expresse », Exposé des motifs du projet de loi n° 5655 sur les marchés publics, p. 61, Commentaire des art. 37 et 38.

⁹¹ T. adm., 24 oct. 2005, n° 19.309 du rôle.

le marché projeté par le pouvoir adjudicateur est particulièrement complexe et que, selon lui, « *le recours à la procédure ouverte ou restreinte ne permettra pas d'attribuer le marché* »⁽⁹²⁾. La décision du pouvoir adjudicateur de recourir à la procédure du dialogue compétitif doit ainsi faire apparaître les considérations de fait et de droit qui justifient le choix de cette procédure dérogatoire. Dans ce contexte, le Conseil d'Etat français a cependant jugé que les dispositions du Code général des Collectivités territoriales qui autorisent le pouvoir adjudicateur de recourir au dialogue compétitif « *n'imposent pas à la personne publique de faire figurer dans l'avis d'appel public à la concurrence ou dans les autres documents de consultation les considérations qui justifient son recours à la procédure de dialogue compétitif, mais se bornent à exiger que la mention de ce choix figure dans l'avis de publicité* »⁽⁹³⁾.

Enfin, s'agissant du cas particulier des collectivités territoriales et des entités assimilées, il faudrait évoquer la question de l'applicabilité, dans le cadre spécifique de dialogue compétitif, des dispositions générales les concernant et prévues aux articles 151 et suivants du Règlement grand-ducal. Plus particulièrement, il conviendrait de s'interroger sur l'applicabilité de l'article 156 (2) du Règlement grand-ducal qui subordonne l'engagement de la procédure de passation à l'élaboration d'un cahier des charges soumis au vote du conseil communal et à l'approbation du ministre de l'Intérieur. Or, la procédure du dialogue compétitif se distingue des autres procédures de passation des marchés publics, en ce qu'aucun cahier des charges n'est établi *ab initio*, en raison de la complexité du marché qui ne permet pas au pouvoir adjudicateur de déterminer précisément les solutions techniques, juridiques ou financières les plus adaptées à ses besoins.

Il n'en reste pas moins que la décision des collectivités territoriales et des entités assimilées de recourir au dialogue compétitif doit, selon nous, être motivée et prise avant l'engagement effectif de la procédure.

A. PUBLICITE DU MARCHE

1. La publication facultative d'un avis de préinformation sur le profil de l'acheteur

L'article 170 du Règlement grand-ducal relatif à l'avis de préinformation n'exclut pas le dialogue compétitif de son champ d'application⁽⁹⁴⁾. Cependant, le recours à l'avis de préinformation n'est obligatoire que dans les hypothèses visées à l'article 185 du Règlement grand-ducal où le pouvoir adjudicateur peut réduire le délai de réception des offres. Or, ces hypothèses ne s'appliquent pas au dialogue compétitif.

Il faut donc admettre que la publication d'un avis de préinformation n'est pas obligatoire lorsque les pouvoirs adjudicateurs envisagent de passer leurs marchés publics, en suivant la procédure du dialogue compétitif. La Fiche explicative de la Commission européenne ne mentionne d'ailleurs même pas cette étape⁽⁹⁵⁾.

Au demeurant, l'absence de caractère obligatoire de la publication d'un avis de préinformation est parfaitement compréhensible, s'agissant de marchés dont la caractéristique essentielle est la particulière complexité qui rend difficile sinon impossible toute estimation anticipative du montant total du marché par le pouvoir adjudicateur.

Toutefois, le pouvoir réglementaire luxembourgeois n'a pas pris clairement position sur l'obligation ou non de publier systématiquement un avis de préinformation avant d'engager un dialogue compétitif, comme l'article 37 de la Directive lui en laissait pourtant le choix. Cependant, cette éventualité n'est pas complètement exclue, comme cela résulte du modèle d'avis annonçant

⁹² Art. 29 § 1 de la Directive.

⁹³ CE, 10 Juin 2009, Sté Baudin Chateauneuf, n° 320.037.

⁹⁴ En revanche, et c'est parfaitement logique, les procédures négociées sans publication préalable d'un avis de marché ne sont pas incluses dans le champ d'application de l'art.170 du Règlement grand-ducal. Voir aussi art. 35 § 1 *in fine* de la Directive.

⁹⁵ Cette analyse semble implicitement être partagée par les auteurs luxembourgeois qui ne font aucune allusion à l'avis de préinformation dans le déroulement de la procédure, v. Chr. POINT et G. DAUPHIN, *Le dialogue compétitif*, Intervention précitée, p. 14 et s.

la publication d'un avis de préinformation sur le profil d'acheteur, prévu à l'annexe VII A du Règlement grand-ducal et qui envisage le cas du dialogue compétitif ⁽⁹⁶⁾.

Nous considérons néanmoins que rares seront les pouvoirs adjudicateurs qui suivront une procédure non obligatoire, dans des hypothèses où, par définition, ils sont confrontés à la complexité du marché dont ils cernent difficilement les aspects techniques et/ou juridique ou financier.

2. La publication obligatoire d'un avis de marché

Compte tenu de la complexité du projet et du fait que le but du dialogue compétitif est de préciser les termes du marché, certaines indications valables pour les appels d'offres classiques pouvaient apparaître difficilement transposables au dialogue compétitif. C'est pourquoi l'article 210 du Règlement grand-ducal se contente d'exiger des pouvoirs adjudicateurs qu'ils « *publient un avis de marché dans lequel ils font connaître leurs besoins et exigences, qu'ils définissent dans ce même avis ou dans un document descriptif* » ⁽⁹⁷⁾. Reprenant le contenu de l'article 35 § 2 de la Directive concernant la publication d'avis de marché, au titre des règles de publicité et de transparence, l'article 171 du Règlement grand-ducal réitère cette obligation, sans toutefois que les nuances dans la formulation soient réellement perceptibles ou explicables ⁽⁹⁸⁾. Il conviendra de retenir qu'il est seulement exigé de la part des pouvoirs adjudicateurs qu'ils publient un avis de marché qui décrit leurs besoins et leurs exigences et qui peut être accompagné d'un document descriptif, défini en doctrine comme « *une ébauche de projet ou d'un programme fonctionnel* » ⁽⁹⁹⁾, dans lequel le pouvoir adjudicateur présente en termes pratiques ses attentes et les résultats qu'il veut atteindre. Il convient de noter que « *les éléments substantiels voire fondamentaux des avis et du document descriptif ne peuvent pas être modifiés au cours de la procédure d'attribution* » ⁽¹⁰⁰⁾, ainsi que l'a précisé à toutes fins utiles, la Commission européenne dans sa Fiche explicative.

Cet avis de marché, dont le contenu est prévu à l'Annexe II A du Règlement grand-ducal et dont les modalités de rédaction et de publication sont arrêtées aux articles 173 à 180 du Règlement grand-ducal, est transmis à la Commission européenne.

Conformément à l'article 179 du Règlement grand-ducal, « *les pouvoirs adjudicateurs doivent être en mesure de faire la preuve de la date d'envoi des avis* » à la Commission européenne. En effet, cette date d'envoi est importante puisqu'elle fait courir le délai minimal de réception des demandes de participation à un dialogue compétitif.

En l'occurrence, et en application de l'article 184 a) du Règlement grand-ducal, le pouvoir adjudicateur ne peut normalement pas fixer un délai de réception des demandes de participation

⁹⁶ V. not les points 19, 20 et 23 de l'Annexe VII A.

⁹⁷ V. art. 29 de la Directive. 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 le traditionnel cahier des charges. 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.

⁹⁸ Art. 171 Règlement grand-ducal : « *Les pouvoirs adjudicateurs désireux de passer un marché public (...) en recourant (...), dans les conditions fixées à l'article 41 de loi sur les marchés publics et aux articles 219 à 221, à un dialogue compétitif, font connaître leur intention au moyen d'un avis de marché* ». On notera que, dans la Directive, les pouvoirs adjudicateurs font connaître « *leurs intentions* » et non « *leurs besoins et exigences* » et qu'il n'est pas fait mention du document descriptif. Les dispositions du Règlement grand-ducal ne semblent pas être en retrait par rapport à celles de la Directive.

⁹⁹ S. BRACONNIER, *Précis du Droit des marchés publics*, précité, p. 297. A propos du document descriptif, la Commission européenne explique qu'il « *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 », v. Fiche explicative, p. 4, note 9.

¹⁰⁰ Fiche explicative, p. 4. V. aussi art. 29 § 6, deuxième alinéa *in fine* et art. 29 § 7, deuxième alinéa *in fine* de la Directive.

à un dialogue compétitif qui soit inférieur à 37 jours ⁽¹⁰¹⁾. Autrement dit, le pouvoir adjudicateur doit respecter un « *délai minimal entre l'envoi de l'avis à la publication et la date limite de réception des candidatures* » ⁽¹⁰²⁾. A cet égard, il faut noter que l'article 182 du Règlement grand-ducal fait obligation aux pouvoirs adjudicateurs de tenir compte de la complexité du marché, en fixant les délais de réception des demandes de participation à un marché négocié ⁽¹⁰³⁾. Ils seraient donc bien avisés de ne pas s'en tenir au seul respect des délais minimaux fixés par le Règlement grand-ducal, alors précisément qu'ils s'engagent dans un dialogue compétitif dont la justification tient à la particulière complexité du marché projeté et que les futurs participants au dialogue devront, avant de demander à participer à la procédure, analyser les besoins exprimés par le pouvoir adjudicateur, et se faire une première idée des solutions qu'ils seront susceptibles de soumettre.

3. Le contenu de l'avis de marché

L'Annexe VI A du Règlement grand-ducal relatif aux informations qui doivent paraître dans les avis de marché soulève un certain nombre d'interrogations, en ce qui concerne les renseignements que les pouvoirs adjudicateurs doivent fournir en cas de recours à la procédure du dialogue compétitif ⁽¹⁰⁴⁾. Seuls seront évoqués ici les informations à porter dans l'avis de marché qui concernent directement le choix des futurs candidats, à l'exclusion des renseignements portant sur l'objet ou les modalités d'exécution du marché envisagé.

a. Les critères de sélection des candidats

Parmi les renseignements relatifs aux candidats qui doivent figurer dans l'avis de marché, il faut tout d'abord évoquer les capacités que doivent offrir les candidats qui désirent participer au dialogue compétitif. Dans sa Fiche explicative, la Commission européenne indique que l'avis de marché doit « *mentionner les niveaux minimaux de capacités* » ⁽¹⁰⁵⁾, dans la mesure où la sélection des candidats devra ensuite s'effectuer « *conformément aux*

¹⁰¹ V. art. 38 § 3 a) de la Directive. Le délai peut être réduit à 30 jours quand les avis sont préparés et envoyés par les pouvoirs adjudicateurs par des moyens électroniques, v. art. 186 du Règlement grand-ducal et art. 38 § 5 de la Directive. « *Contrairement à la procédure de marché négocié [art. 38 § 8 a) de la Directive et art. 189 a) du Règlement grand-ducal], aucune réduction de ce délai n'est prévue en cas d'urgence particulière, ce qui peut d'ailleurs s'expliquer par la nature même de la procédure de dialogue compétitif, incompatible, par définition, avec toute conclusion en urgence* ». JCl Adm., Fasc. 632, précité, p. 3, n° 48. V. art. 189 a contrario du Règlement grand-ducal.

¹⁰² S. BRACONNIER, *Précis du Droit des marchés publics*, précité, p. 297.

¹⁰³ V. art. 38 § 1 de la Directive.

¹⁰⁴ La Commission européenne a évoqué toute une série de problématiques que pourrait soulever l'avis de marché dans le cadre du dialogue compétitif. A la page 5 de sa Fiche explicative, on peut lire ainsi : « *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 laquelle de ces formes de marchés seront appropriées – ils devront donc indiquer que les offres peuvent prendre chacune de ces formes au choix du soumissionnaire. Au point 9 de l'avis les pouvoirs adjudicateurs devront indiquer si les variantes sont admises 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 prescrites 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 certaines des prescriptions autrement applicables, ils devront alors non seulement indiquer dans l'avis que les variantes sont admises, 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 § 3). La possibilité de dévier de prescriptions substantielles voire fondamentales en cours de procédure n'est pas possible si une telle possibilité n'avait 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* ».

¹⁰⁵ Fiche explicative p. 4 et 5.

dispositions pertinentes des articles 206 à 240 »⁽¹⁰⁶⁾ du Règlement grand-ducal. Il est à noter que les critères de sélection des candidats doivent être en relation avec l'objet du marché et être proportionnés.

A cet égard, le 39^{ème} Considérant de la Directive trace la ligne de conduite à observer par tout pouvoir adjudicateur et précise qu'« *il convient d'indiquer les critères non discriminatoires que les pouvoirs adjudicateurs peuvent utiliser pour sélectionner les concurrents et les moyens que les opérateurs économiques peuvent utiliser pour prouver qu'ils satisfont à ces critères. Dans cette perspective de transparence, le pouvoir adjudicateur devrait être tenu d'indiquer, dès la mise en concurrence d'un marché, les critères de sélection qu'il utilisera pour la sélection ainsi que le niveau de capacités spécifiques qu'il exige éventuellement de la part des opérateurs économiques pour les admettre à la procédure de passation du marché* ». A ce propos, la Chambre des Métiers voyait dans le projet de loi un risque d'exclusion des petites et moyennes entreprises nationales au profit des géants européens du bâtiment ou des travaux publics et de destruction à moyen terme de la structure économique du secteur de la construction indigène⁽¹⁰⁷⁾. Toutefois, l'introduction de "quota" de petites et moyennes entreprises admises à présenter une offre aurait de fortes chances d'être jugée comme un critère discriminatoire⁽¹⁰⁸⁾.

Sans rentrer dans le détail de la réglementation, l'article 206 du Règlement grand-ducal prévoit que les opérateurs économiques doivent cumulativement :

- ne pas être exclus en vertu des articles 222 à 226 du Règlement grand-ducal⁽¹⁰⁹⁾ ;
- satisfaire aux critères de capacité économique et financière prévus aux articles 227 à 231 du Règlement grand-ducal ;
- satisfaire aux critères relatifs aux connaissances ou capacités professionnelles et techniques visés aux articles 232 à 239 du Règlement grand-ducal⁽¹¹⁰⁾ ; et

¹⁰⁶ Art. 29 § 3 de la Directive qui, lui, renvoie aux art. 44 à 52 de la Directive.

¹⁰⁷ Chambre des Métiers, Avis du 28 août 2007 sur le projet de loi n° 5655 (1) sur les marchés publics, p. 7. Le Conseil d'Etat partage cette opinion, en estimant que « *le texte de transposition ne prend pas en considération les intérêts des petites et moyennes entreprises* », Avis n° 47.528 du 14 juill. 2009 sur le projet de règlement grand-ducal portant exécution de la loi du 25 juin 2009 sur les marchés publics, p. 2.

¹⁰⁸ Sur base du 35^{ème} Considérant de la Directive, il aurait pu paraître envisageable de rajouter au niveau des critères de sélection des candidats invités à participer au dialogue la possibilité de prévoir un nombre minimal de petites et moyennes entreprises admises à présenter une offre dans le cadre de la procédure de dialogue compétitif. Tel est le système de "quota" pour lequel a opté le législateur français à l'art. 67 I du CMP. Toutefois, le Conseil d'Etat français a considéré « *qu'en autorisant les pouvoirs adjudicateurs, dans le cadre des procédures (...) de dialogue compétitif, à fixer un nombre minimal de petites et moyennes entreprises admises à présenter une offre, les dispositions de l'article 67 du code des marchés publics, applicable respectivement à la procédure précitée, conduit nécessairement à faire de la taille des entreprises un critère de sélection des candidatures ; qu'un tel critère qui n'est pas toujours lié à l'objet du marché revêt un caractère discriminatoire et méconnaît le principe d'égal accès à la commande publique* », CE. 9 juill. 2007, Synd. Entreprises générales de France – Bâtiment travaux publics, n° 297.711.

¹⁰⁹ Sur les exclusions visées à l'art. 222 du Règlement grand-ducal, v. Avis n° 47.528 du 14 juill. 2009 sur le projet de règlement grand-ducal portant exécution de la loi du 25 juin 2009 sur les marchés publics, p. 13.

¹¹⁰ Dans sa Fiche explicative, la Commission précise à ce sujet que « *lorsque le dialogue compétitif est justifié par une complexité technique, les pouvoirs adjudicateurs pourront 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 avoir la capacité de réaliser de tels systèmes de transport quelle que soit la combinaison des moyens de transport qu'ils auront utilisée à cette fin* », pp. 4-5.

- satisfaisant, le cas échéant, aux règles et critères non discriminatoires visés à l'article 208 régissant le nombre approprié de candidats invités à dialoguer.

S'agissant justement des candidats qui pourront participer au dialogue, la Directive et le Règlement grand-ducal permettent au pouvoir adjudicateur d'en limiter le nombre, à condition toutefois que cela soit prévu dans l'avis de marché ⁽¹¹¹⁾. A cet égard, l'avis de marché devra aussi préciser « *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* » ⁽¹¹²⁾, si les pouvoirs adjudicateurs entendent limiter le nombre de participants à inviter au dialogue. L'article 208, alinéa 2, du Règlement grand-ducal précise, s'agissant du dialogue compétitif, que « *le nombre minimum est de trois. En tout état de cause, le nombre de candidats invités doit être suffisant pour assurer une concurrence réelle* ». La Directive exige, en outre, que cette réduction du nombre de candidats s'opère sur la base de critères objectifs indiqués dans l'avis de marché, mais qui ne sont pas nécessairement assortis de pondérations.

La Directive permet non seulement aux pouvoirs adjudicateurs d'encadrer le nombre de candidats « *en fixant un plancher et un plafond* » ⁽¹¹³⁾, mais elle les autorise aussi à réduire graduellement le nombre de solutions à discuter au cours de la phase de dialogue ⁽¹¹⁴⁾. Au cas où les pouvoirs adjudicateurs entendent se prévaloir d'une telle possibilité, ils doivent l'indiquer dans l'avis de marché ou le document descriptif et faire reposer cette réduction graduelle du nombre de solutions à discuter sur des critères de sélection également précisés dans les documents de marché. En ce qui concerne la vérification de l'aptitude des participants et le choix des participants, l'article 208, alinéa 1^{er}, du Règlement grand-ducal dispose que : « *dans le dialogue compétitif, les pouvoirs adjudicateurs peuvent restreindre le nombre de candidats appropriés qu'ils inviteront (...) à dialoguer, à condition qu'un nombre suffisant de candidats appropriés soit disponible...* » ⁽¹¹⁵⁾. Et l'article 208, alinéa 3, de préciser que « *les pouvoirs adjudicateurs invitent un nombre de candidats au moins égal au nombre minimum prédéfini. 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* ».

La réduction progressive du nombre de solutions à discuter ne s'effectue évidemment pas selon le bon vouloir du pouvoir adjudicateur, mais doit obéir à des critères objectifs. C'est pourquoi l'article 209 du Règlement grand-ducal prévoit que « *lorsque les pouvoirs adjudicateurs recourent à la faculté de réduire le nombre de solutions à discuter (...), ils*

¹¹¹ V. 40^{ème} Considérant de la Directive. V. aussi S. BRACONNIER, *Précis du Droit des marchés publics*, précité, p. 297.

¹¹² Art. 44 §§ 2 et 3 de la Directive. L'art. 44 § 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.* »

¹¹³ JCl Adm., Fasc. 632, précité, p. 3, n° 47.

¹¹⁴ V. 41^{ème} Considérant et art. 29 § 4 de la Directive.

¹¹⁵ V. art. 44 § 3 de la Directive.

effectuent cette réduction en appliquant les critères d'attribution qu'ils ont indiqués dans l'avis de marché (...) ou dans le document descriptif »⁽¹¹⁶⁾.

Cependant, la faculté dont disposent les pouvoirs adjudicateurs de réduire progressivement le nombre de solutions à discuter, ne doit pas conduire à une situation où, en fin de dialogue, il n'y aurait plus de véritable compétition entre candidats. Ainsi, l'article 209 du Règlement grand-ducal précise, à toutes fins utiles, que « dans la phase finale, ce nombre doit permettre d'assurer une concurrence »⁽¹¹⁷⁾.

b. Les critères d'attribution du marché

Par exception au principe posé à l'article 53 § 1 de la Directive et à l'article 88 (1) du Règlement grand-ducal selon lequel les pouvoirs adjudicateurs attribuent leurs marchés publics en se fondant soit sur l'offre économiquement la plus avantageuse, soit sur l'offre au prix le plus bas, les marchés résultant d'un dialogue compétitif sont exclusivement attribués en fonction d'une pluralité de critères et non en considération du seul prix. Pour reprendre les termes de l'article 29 § 1, alinéa 2, de la Directive, « l'attribution du marché public est faite sur la seule base du critère d'attribution de l'offre économiquement la plus avantageuse », lorsque la procédure de passation suivie par le pouvoir adjudicateur est celle du dialogue compétitif⁽¹¹⁸⁾.

Dès lors, et contrairement à l'interprétation de certains auteurs estimant que « le pouvoir adjudicateur n'a plus, a priori, à fixer les critères d'attribution »⁽¹¹⁹⁾, nous considérons que l'avis de marché ou le document descriptif doit préciser, outre que le marché sera à l'offre économiquement la plus avantageuse, mais aussi les critères qui seront retenus pour identifier une telle offre⁽¹²⁰⁾. La liste des critères susceptibles d'être mis en œuvre pour déterminer l'offre économiquement la plus avantageuse est fixée aux articles 11 (2) de la Loi et 241 du Règlement grand-ducal. Cette liste n'est qu'exemplative et le pouvoir adjudicateur « peut prendre en compte d'autres critères »⁽¹²¹⁾. En tout état de cause, les critères retenus pour déterminer l'offre économiquement la plus avantageuse doivent être pertinents et proportionnés par rapport à l'objet du marché.

Aux vœux de l'article 53 § 2, alinéa 1^{er}, de la Directive, « le pouvoir adjudicateur précise dans l'avis de marché ou (...) dans le document descriptif, la pondération relative qu'il confère à chacun des critères choisis pour déterminer l'offre économiquement la plus avantageuse ». Cette exigence est reprise à l'article 89 (1), alinéa 1^{er}, du Règlement grand-ducal qui omet toutefois de préciser qu'elle a aussi vocation à s'appliquer au document descriptif. « Cette pondération peut être exprimée en prévoyant une fourchette dont l'écart maximal doit être approprié »⁽¹²²⁾. Selon la Commission européenne, la pondération relative des critères

¹¹⁶ V. art. 44 § 4 de la Directive. C'est à très juste titre que Chr. POINT et G. DAUPHIN relèvent que l'article 209 du Règlement grand-ducal renvoie erronément à l'article 212 plutôt qu'à l'article 214, v. *Le dialogue compétitif*, Intervention précitée, p. 17.

¹¹⁷ V. art. 44 § 4 de la Directive.

¹¹⁸ Fiche explicative : « Dans le cas du dialogue compétitif, le critère d'attribution doit obligatoirement être celui de l'offre économiquement la plus avantageuse ». Les dispositions de l'art. 216 du Règlement grand-ducal sont moins explicites.

¹¹⁹ S. BRACONNIER, *Précis du Droit des marchés publics*, précité, p. 297.

¹²⁰ « Par exemple, la qualité, le prix, la valeur technique et fonctionnel, les caractéristiques environnementales, le coût d'utilisation, la rentabilité, le service après-vente et l'assistance technique, la date de livraison et le délai de livraison ou d'exécution », art. 53 § 1 a). V. aussi la Fiche explicative, p. 6 : « Les critères, qui seront utilisés pour l'identification de l'offre économiquement la plus avantageuse, devront figurer dans l'avis de marché lorsqu'ils ne figurent pas dans le document descriptif ». En outre, « ces critères et la manière de les appliquer devront être précisés dans les documents du marché ».

¹²¹ MEDEF, *Guide du dialogue compétitif*, mars 2007, p. 24.

¹²² Art. 53 § 2, alinéa 2, de la Directive et art. 89 (1), alinéa 2, du Règlement grand-ducal.

d'attribution doit « *figurer soit dans l'avis de marché, soit dans le document descriptif soit dans l'invitation à participer au dialogue* »⁽¹²³⁾.

Toutefois, « *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 (...) dans le document descriptif, l'ordre décroissant d'importance des critères* ». Ainsi, et faute de pouvoir déterminer la pondération relative des critères d'attribution du marché, le pouvoir adjudicateur devra au moins mentionner l'ordre décroissant de ces critères. Cette exigence posée par l'article 53 § 2, alinéa 3, de la Directive et reprise notamment à l'article 242, alinéa 3, du Règlement grand-ducal, est à appliquer à la lumière des explications fournies au deuxième alinéa *in fine* du 46^{ème} Considérant aux vœux duquel « *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...* ». Selon la Commission européenne, « *étant donné que le recours au dialogue compétitif présuppose que le marché soit " particulièrement complexe", il est presque tautologique de mentionner que les conditions sont remplies* »⁽¹²⁴⁾ pour ne pas être tenu de préciser la pondération des critères d'attribution, en se limitant à les mentionner par ordre décroissant d'importance.

Il convient surtout d'ajouter que les critères d'attribution du marché, leur pondération ou 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* »⁽¹²⁵⁾. Des éventuelles modifications des critères d'attribution à un moment où le pouvoir adjudicateur a pu obtenir une connaissance des solutions proposées par les différents participants le mettraient évidemment en situation de « *piloter la procédure en faveur de l'un ou l'autre, [et ceci] d'autant plus dans les cas où ces mêmes critères d'attribution servent à diminuer progressivement le nombre de solutions à examiner* »⁽¹²⁶⁾. Mais le fait que les critères d'attribution, leur pondération ou leur ordre d'importance ne puissent pas être modifiés après l'envoi des invitations à participer au dialogue implique que l'indication des critères n'est pas obligatoire à ce stade, c'est-à-dire lors de la publication de l'avis de marché ou du document descriptif⁽¹²⁷⁾. L'article 40 § 5, e) de la Directive permet que ces critères soient indiqués seulement lors de l'envoi des invitations à dialoguer.

B. LA SÉLECTION DES OPERATEURS ECONOMIQUES

Le pouvoir adjudicateur procède ensuite à la sélection des candidats en appliquant les critères de capacité et de nombre qu'il a fixés dans les documents de marché. Puis, il invite les candidats sélectionnés à participer au dialogue.

1. La vérification de l'aptitude des candidats

Après l'expiration du délai de réception des demandes de participation au dialogue compétitif⁽¹²⁸⁾,

¹²³ Fiche explicative, p. 6. V. aussi art. 53 § 2 et art. 40 § 5, point e) de la Directive.

¹²⁴ Fiche explicative, p. 6.

¹²⁵ Fiche explicative, p. 6.

¹²⁶ Fiche explicative, p. 6.

¹²⁷ Partageant cette analyse selon laquelle « *le pouvoir adjudicateur est donc autorisé à ne pas faire figurer les critères d'attribution dans l'avis de marché* », Chr. POINT et G. DAUPHIN estiment, eux aussi, qu'il suffit, sur base de l'article 195 e) du Règlement grand-ducal, que les critères d'attribution soient mentionnés dans l'invitation à participer au dialogue, v. *Le dialogue compétitif*, Intervention précitée, p. 16.

¹²⁸ A fixer en conformité avec les dispositions de l'art. 184 a) du Règlement grand-ducal.

les pouvoirs adjudicateurs procèdent à la sélection des opérateurs économiques qu'ils inviteront à participer au dialogue. S'ils ne peuvent plus ouvrir les plis qui seraient arrivés après le délai de réception des candidatures fixé dans l'avis de marché⁽¹²⁹⁾, les pouvoirs adjudicateurs ont néanmoins la possibilité de réclamer aux candidats, si nécessaire, des pièces manquantes qui doivent leur être fournies⁽¹³⁰⁾. L'article 240 du Règlement grand-ducal prévoit ainsi que « *le pouvoir adjudicateur peut inviter les opérateurs économiques à compléter ou à expliciter les certificats et documents présentés en application des articles 222 à 239* ». Cependant, le Règlement grand-ducal semble rester silencieux sur le point de savoir si, pendant ce délai supplémentaire, les autres candidats ont la possibilité de compléter leur propre dossier de demande de participation⁽¹³¹⁾.

Après avoir reçu toutes les demandes de participation, éventuellement complétées, le pouvoir adjudicateur procède à la « *vérification des aptitudes* »⁽¹³²⁾ des différents candidats en appliquant les critères non discriminatoires de sélection fixés dans l'avis de marché ou le document descriptif et restreint, le cas échéant, le nombre de ceux qu'il invitera à dialoguer, conformément au nombre fixé dans les documents de marchés publiés mais « *à condition qu'un nombre suffisant de candidats appropriés soit disponible* »⁽¹³³⁾.

Une fois vérifiée l'aptitude des candidats et leur sélection opérée, le pouvoir adjudicateur informe les candidats non retenus du rejet de leurs demandes de participation et des motifs de ce rejet. Le pouvoir adjudicateur invite les autres candidats sélectionnés à participer au dialogue compétitif, et ceci conformément à l'article 40 de la Directive dont le contenu est repris aux articles 192 à 195 du Règlement grand-ducal.

Il est à noter que la procédure décrite dans la Directive et dans le Règlement grand-ducal ne précise pas clairement les délais et voies de recours contre les décisions de rejet d'une demande de participation à un dialogue compétitif et, le cas échéant, l'incidence de l'engagement d'une procédure contentieuse sur la continuation du dialogue avec les autres candidats. Pour le bon ordre de la procédure et surtout pour assurer une sécurité juridique à tous les candidats, la Loi ou le Règlement grand-ducal aurait dû prévoir un délai, même réduit, afin de permettre à ceux qui sont évincés de contester le rejet de leur demande de participation au dialogue compétitif et d'empêcher que le pouvoir adjudicateur puisse poursuivre la procédure sans eux, s'ils venaient à obtenir gain de cause, à l'issue d'une procédure devant les juridictions administratives⁽¹³⁴⁾.

2. L'invitation à participer au dialogue

Reprenant la formulation de l'article 40 § 1 de la Directive, l'article 191 du Règlement grand-ducal dispose que « *les pouvoirs adjudicateurs invitent simultanément et par écrit les candidats retenus*

¹²⁹ En France, v. art. 52 I du CMP et JCI Adm., Fasc. 632, précité, p. 3, n° 48.

¹³⁰ En France, v. art. 52 I du CMP et JCI Adm., Fasc. 632 : Marchés publics - Autres procédures - III. - Dialogue Compétitif, 2008, Cote : 05, 2008, p. 3, n° 48.

¹³¹ En revanche, l'art. 188 du Règlement grand-ducal prévoit que « *lorsque, pour quelque raison que ce soit, le cahier des charges et les documents ou renseignements complémentaires, bien que demandés en temps utile, n'ont pas été fournis dans les délais fixés aux articles (...) 191 [à 195] ou lorsque les offres ne peuvent être faites qu'à la suite d'une visite des lieux ou après consultation sur place de documents annexés au cahier des charges, les délais de réception des offres sont prolongés de manière à ce que tous les opérateurs économiques concernés puissent prendre connaissance de toutes les informations nécessaires pour la formulation des offres* ». V. aussi art. 38 § 7 de la Directive.

¹³² 39^{ème} Considérant de la Directive.

¹³³ Art. 208 du Règlement grand-ducal. V. aussi art. 44 § 3 de la Directive.

¹³⁴ JCI Adm., Fasc. 632, précité, p. 3, n° 48. Pour un exemple de contestation de la décision prise par le pouvoir adjudicateur d'écarter une candidature au prétendu motif que celui-ci aurait utilisé un critère non mentionné dans l'avis d'appel public à la concurrence, à savoir une expérience suffisante en matière de conception de ponts suspendus, v. CE, 10 Juin 2009, Sté Baudin Châteauneuf, n° 320.037.

(...) à participer au dialogue »⁽¹³⁵⁾. Cette invitation est accompagnée d'un certain nombre de documents énumérés à l'article 40 § 2 et suivants de la Directive, paragraphes transposés aux articles 192 à 195 du Règlement grand-ducal qui précisent le contenu de l'invitation à participer au dialogue compétitif⁽¹³⁶⁾.

Sans rentrer dans le détail de la réglementation, ces documents d'accompagnement doivent comporter :

- les références de l'avis d'appel public à la concurrence publié, les documents de la consultation ou l'adresse du service auprès duquel ils peuvent être obtenus sur demande et la date limite pour présenter cette demande, ou encore les conditions d'accès à ces documents s'ils sont mis à disposition directe par voie électronique, ainsi que la liste des documents à fournir ;
- la date limite pour demander des renseignements complémentaires, ainsi que la date et le lieu de déroulement du dialogue.

L'invitation à participer au dialogue doit s'analyser comme une décision créatrice de droits. Aussi, son retrait devrait normalement s'effectuer dans le respect des conditions imposées par la jurisprudence. Toutefois, cela ne saurait signifier que le candidat admis à participer au dialogue a droit de participer au dialogue jusqu'au terme de la procédure. Il pourra parfaitement être évincé en cours ou au terme de la procédure, mais uniquement sur base des critères d'attribution fixés dans l'avis de marché ou le document descriptif et qui permettent au pouvoir adjudicateur de réduire graduellement le nombre de solutions à discuter et non *stricto sensu* le nombre de candidats.

S'agissant des décisions par lesquelles le pouvoir adjudicateur rejette les demandes de participation au dialogue, la Loi et le Règlement grand-ducal restent silencieux quant aux exigences minimales à respecter pour assurer la protection de ces candidats non retenus. Dès lors, il faut bien admettre que les règles de la procédure administrative non contentieuse ont vocation à s'appliquer, faute de disposition particulière dans la Loi ou le Règlement grand-ducal assurant une protection au moins égale aux candidats évincés à celle dont il se prévaloir en vertu du règlement grand-ducal du 8 juin 1979 relatif à la procédure à suivre par les administrations relevant de l'Etat et des communes.

En vertu des articles 6 et suivants de ce règlement, les pouvoirs adjudicateurs sont tenus de motiver leurs décisions de rejet des demandes de participation au dialogue⁽¹³⁷⁾ et de communiquer aux candidats évincés le dossier administratif et les éléments d'information sur lesquels ils se sont fondés⁽¹³⁸⁾. Cette obligation se prolonge si l'affaire prend un tour contentieux, puisque l'article 8 (5) de la loi du 21 juin 1999 portant règlement de procédure devant les juridictions administratives impose à « l'autorité qui a posé l'acte visé par le recours [de déposer] le dossier au greffe [du Tribunal] sans autre demande, dans un délai de trois mois à partir de la communication du recours »⁽¹³⁹⁾.

La Loi et le Règlement grand-ducal restent également muets sur le sort à réserver au déroulement

¹³⁵ En France, v. art. 67 V du CMP.

¹³⁶ V. JCI Adm., Fasc. 632, précité, p. 3, n° 49.

¹³⁷ V. T. adm., 1^{er} déc. 1997, n° 9696, confirmé par C. adm., 22 avr. 1999, n° 10489 C.

¹³⁸ V. toutefois l'art. 13 du règlement grand-ducal du 8 juin 1979 relatif à la procédure à suivre par les administrations relevant de l'Etat et des communes qui dispose que la communication pourra être refusée si « *des intérêts privés importants, notamment ceux des parties ayant des intérêts opposés, exigent que le secret soit gardé ou lorsque les pièces contiennent des informations pouvant constituer une atteinte à l'intimité de la vie privée des autres personnes* ».

¹³⁹ Sur l'épineuse question de la confidentialité de certaines pièces constituant le dossier administratif dans le cadre de procédures de passation de marchés publics, v. Chr. POINT et G. DAUPHIN, *Le dialogue compétitif*, Intervention précitée, pp. 8-10. V. aussi T. adm., 15 déc. 1997 et 16 déc. 1998, n° 9776 ; T. adm., 5 juill. 2007, n° 22184.

de la procédure de dialogue en cas de recours contentieux exercé contre une décision rejetant la demande d'un candidat de participer au dialogue. Il serait donc parfaitement envisageable que cette décision soit suspendue ou qu'il soit sursis à son exécution, en vertu d'une ordonnance rendue par le président du Tribunal administratif saisi sur le fondement des articles 11 et 12 de la loi du 21 juin 1999 portant règlement de procédure devant les juridictions administratives, sans préjudice de toutes autres mesures provisoires qu'il serait susceptible d'ordonner, pour peu que les conditions d'application en soient réunies, en vertu de la loi du 13 mars 1993 relative à l'exécution en droit luxembourgeois de la Directive n° 89/665/CEE du Conseil du 21 décembre 1989 portant coordination des dispositions législatives, réglementaires et administratives relatives à l'application des procédures de recours en matière de marchés publics ⁽¹⁴⁰⁾.

Il en résulterait un allongement considérable de la procédure de dialogue compétitif, si l'avancement de la procédure devait être subordonné à une décision au fond validant ou annulant le rejet d'une demande de participation à cette procédure de passation. Ces mêmes écueils pourront se retrouver dans l'hypothèse où le pouvoir adjudicateur prévoirait la possibilité de réduire graduellement le nombre de solutions à discuter en cours de dialogue et que certaines d'entre elles viendraient à être éliminées en cours de dialogue ⁽¹⁴¹⁾.

C. LA SÉLECTION DES OPÉRATEURS ÉCONOMIQUES

Au cours de cette phase qui constitue « le cœur de la procédure » (142), les candidats vont, en fonction de leur expérience et des technologies qu'ils maîtrisent, élaborer leurs offres sur la base de l'avis de marché ou du document descriptif. Mais les solutions préconisées par les candidats ne sont pas, à ce stade, des offres à prendre ou à laisser telles quelles. Celles-ci constituent uniquement des propositions de solutions financières, techniques ou juridiques au projet envisagé par le pouvoir adjudicateur, sans que ce dernier ait encore opté pour l'une ou l'autre solution proposée par un candidat.

1. L'engagement du dialogue

Aux termes de l'article 211 du Règlement grand-ducal, « *les pouvoirs adjudicateurs ouvrent, avec les candidats sélectionnés conformément aux dispositions pertinentes des articles 206 à 240, 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* » ⁽¹⁴³⁾. Dans sa Fiche explicative, la Commission européenne a tenu à préciser la portée de cette dernière disposition, en soulignant que « *le dialogue peut 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"...)* » ⁽¹⁴⁴⁾.

Pour le reste, il faut bien constater que le Règlement grand-ducal, à l'instar de la Directive, « *ne*

¹⁴⁰ Notons que la directive 2007/66/CE du Parlement européen et du Conseil du 11 décembre 2007 modifiant les directives 89/665/CEE et 92/13/CEE du Conseil en ce qui concerne l'amélioration de l'efficacité des procédures de recours en matière de passation de marchés publics, JOUE du 20 déc. 2007 L 335/31 devait être transposée pour le 20 décembre 2009 au plus tard. A notre connaissance, la Chambre des Députés n'est actuellement saisie d'aucun projet de loi destiné à assurer la transposition de cette directive dans l'ordre juridique luxembourgeois.

¹⁴¹ Le Règlement grand-ducal « *ouvre la voie à des conflits juridictionnels de longue haleine, ce qui pourra avoir comme conséquence un ralentissement de l'économie nationale* », Avis du Conseil d'Etat n° 47.528 du 14 juill. 2009 sur le projet de règlement grand-ducal portant exécution de la loi du 25 juin 2009 sur les marchés publics, p. 2.

¹⁴² Chr. POINT et G. DAUPHIN, *Le dialogue compétitif*, Intervention précitée, p. 18.

¹⁴³ V. art. 29 § 3, alinéa 1^{er}, de la Directive. V. aussi S. BRACONNIER, *Précis du Droit des marchés publics*, précité, p. 297. Le MEDEF recommande, par exemple, que « *le dialogue soit lancé lors d'une première réunion plénière*, p. 12.

¹⁴⁴ Fiche explicative p. 7.

règle pas la conduite du dialogue en détail »⁽¹⁴⁵⁾, en laissant, par exemple, à l'appréciation du pouvoir adjudicateur concerné le nombre de réunions nécessaires pour le dialogue compétitif. Le Règlement grand-ducal se borne à rappeler le principe d'égalité entre les candidats qui doit présider à cette phase de la procédure. Ainsi, l'article 212 du Règlement grand-ducal dispose qu'« *au cours du dialogue, les pouvoirs adjudicateurs assurent l'égalité de traitement de tous les soumissionnaires* (sic). *En particulier, ils ne donnent pas, de manière discriminatoire, d'information susceptible d'avantager certains soumissionnaires* (sic) *par rapport à d'autres* »⁽¹⁴⁶⁾. En réalité, ce texte ne fait que réaffirmer le principe d'égalité des candidats dans l'accès aux marchés publics et à la commande publique, tel qu'il découle du Traité instituant les Communautés européennes et tel qu'il est consacré à l'article 4 de la Loi aux termes duquel « *les pouvoirs adjudicateurs traitent les opérateurs économiques sur un pied d'égalité, de manière non discriminatoire et agissent avec transparence* ».

L'idée essentielle à ce stade de la procédure est que chaque candidat soit entendu dans « *des conditions d'égalité* »⁽¹⁴⁷⁾, ce qui n'implique pas que les questions posées aux candidats dans le cadre du dialogue soient forcément identiques pour tous les candidats, mais plutôt adaptées aux diverses offres en cours d'élaboration⁽¹⁴⁸⁾. Toutefois, et pour préserver l'égalité entre candidats et s'assurer de la plus grande transparence possible, il serait opportun que ces questions et leurs réponses, comme d'une manière générale, le déroulement du dialogue, soient consignés par écrit⁽¹⁴⁹⁾. D'ailleurs, la Commission européenne suggère que les pouvoirs adjudicateurs demandent « *aux participants de concrétiser leurs propositions de solutions par écrit, éventuellement sous forme d'offres progressivement complétés/perfectionnés* »⁽¹⁵⁰⁾, comme cela est sous-entendu à l'article 29 § 5 de la Directive dont le contenu est repris à l'article 215 du Règlement grand-ducal⁽¹⁵¹⁾. Sur un plan plus pratique, il convient « *de laisser un temps suffisant aux candidats, entre l'invitation et le début du dialogue, afin de permettre aux candidats de préparer dans des conditions optimales leurs propositions* »⁽¹⁵²⁾.

Surtout, l'article 213 du Règlement grand-ducal encadre rigoureusement le dialogue compétitif en disposant que « *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* ». Cette prescription qui reprend celle posée à l'article 29 § 3, alinéa 3, de la Directive implique, selon la Commission européenne, 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 concernées* »⁽¹⁵³⁾, *il n'y a donc pas de danger*

¹⁴⁵ Fiche explicative p. 7. Chr. POINT et G. DAUPHIN considèrent sévèrement, mais à juste titre, que les pouvoirs législatifs et réglementaires luxembourgeois ont « *limité leur intervention à recopier la directive [et n'ont] pas apporté de précision à cet égard* », Chr. POINT et G. DAUPHIN, *Le dialogue compétitif*, Intervention précitée, p. 18. Le Conseil d'Etat a aussi regretté que « *le texte du [Règlement grand-ducal] ne soit pas une transposition, mais une copie du texte dans le droit national* », Avis du Conseil d'Etat n° 47.528 du 14 juill. 2009 sur le projet de règlement grand-ducal portant exécution de la loi du 25 juin 2009 sur les marchés publics, p. 2. Et le Conseil d'Etat de relever un plagiat indubitable quand le pouvoir réglementaire luxembourgeois renvoie à la « *présente directive* » plutôt qu'au « *présent règlement* », p.17, à propos de l'art. 290 du projet de règlement grand-ducal. V. aussi, p. 20, à propos de l'art. 331 du projet de règlement grand-ducal.

¹⁴⁶ V. art. 29 § 3, alinéa 2, de la Directive.

¹⁴⁷ En France, v. art. 67-VI, alinéa 5, du CMP.

¹⁴⁸ Voir S. BRACONNIER, *Précis du Droit des marchés publics*, précité, p. 298.

¹⁴⁹ En France, v. point 11-1-3 du manuel d'application du Code des marchés publics.

¹⁵⁰ Fiche explicative, p. 8.

¹⁵¹ Art. 215 du Règlement grand-ducal : « *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.* »

¹⁵² S. BRACONNIER, *Précis du Droit des marchés publics*, précité, p. 297.

¹⁵³ Selon la Commission européenne, « *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* », v. Fiche explicative, p. 7, note 22.

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 6 [de la Directive, qui correspond à l'article 164 du Règlement grand-ducal] ⁽¹⁵⁴⁾. 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 propriétés immatérielles, est offerte – en particulier, aucune disposition comparable à celle de l'article 29, paragraphe 3, troisième alinéa n'existe pour la procédure négociée » ⁽¹⁵⁵⁾.

Cette obligation de confidentialité qui couvre les idées originales, les études spécifiques, le savoir-faire, les solutions innovantes, les méthodes et organisations propres au candidat ⁽¹⁵⁶⁾ revêt donc une importance toute particulière dans le cadre du dialogue compétitif, dans la mesure où le pouvoir adjudicateur entretient des échanges avec l'ensemble des candidats. Il est évident que les opérateurs économiques n'accepteront de participer à cette procédure que s'ils ont l'assurance que le pouvoir adjudicateur veille scrupuleusement au respect de cette confidentialité.

2. Limitation progressive du nombre de solutions à examiner

Conformément au but assigné à cette procédure par l'article 211 du Règlement grand-ducal, « le dialogue va donc se poursuivre jusqu'à l'identification de la ou des solutions adéquates. Pour cela, le pouvoir adjudicateur a la faculté de procéder par phases successives, par l'application des critères de sélection annoncés dans l'avis d'appel public à la concurrence ou dans les documents de consultation, sous réserve que ces procédures par phase aient été annoncées dans cet avis ou ces documents » ⁽¹⁵⁷⁾.

Ainsi, le pouvoir adjudicateur a la possibilité d'éliminer au fur et à mesure les différentes solutions proposées par les candidats, comme le 41^{ème} Considérant de la Directive en avait admis le principe ⁽¹⁵⁸⁾ et comme cela avait ensuite été explicité à l'article 9 § 4 de la Directive. Cette même faculté est transposée à l'article 214 du Règlement grand-ducal aux termes duquel « les pouvoirs adjudicateurs peuvent prévoir que la procédure se déroule en phases successives de manière à réduire le nombre de solutions à discuter pendant la phase du dialogue en appliquant les critères d'attribution indiqués dans l'avis de marché ou dans le document descriptif. Le recours à cette faculté est indiqué dans l'avis de marché ou dans le document descriptif ». En d'autres termes, la possibilité de limiter progressivement le nombre de solutions à examiner doit être prévue à l'avance et doit reposer sur des critères objectifs d'attribution énoncés dans les documents de marché, mais « une concurrence effective doit toujours subsister » ⁽¹⁵⁹⁾. A cet égard, la Commission européenne a d'abord relevé que « c'est le nombre de solutions à discuter qui est directement visé

¹⁵⁴ Art. 164 du Règlement grand-ducal : « Sans préjudice des dispositions du présent livre, 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 172 et aux articles 196 à 198 et, conformément au droit 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 »

¹⁵⁵ V. Fiche explicative pp. 7-8.

¹⁵⁶ MEDEF, *Guide du dialogue compétitif*, mars 2007, p. 10.

¹⁵⁷ JCl Adm., Fasc. 632, précité, p. 4, n° 51.

¹⁵⁸ 41^{ème} Considérant de la Directive : « dans le dialogue compétitif et dans les procédures négociées avec publication d'un avis de marché, compte tenu de la flexibilité qui peut être nécessaire ainsi que des coûts trop élevés liés à ces méthodes de passation de marchés, il convient de permettre aux pouvoirs adjudicateurs de prévoir un déroulement de la procédure en phases successives de manière à réduire progressivement, sur la base des critères d'attribution préalablement indiqués, le nombre d'offres qu'ils continueront à discuter ou à négocier. Cette réduction devrait, pour autant que le nombre de solutions ou de candidats appropriés le permette, assurer une concurrence réelle ».

¹⁵⁹ M. THEWES, *Les partenariats public-privé en droit luxembourgeois*, précité, p. 111, note 65.

par la réduction progressive »⁽¹⁶⁰⁾, ce qui n'implique pas forcément une réduction corrélative du nombre de participants au dialogue, dans la mesure où aucune disposition de la Directive, ni du Règlement grand-ducal n'interdit aux candidats invités à participer au dialogue d'élaborer simultanément plusieurs solutions.

La Commission européenne donne ensuite à considérer que cette réduction du nombre de solutions doit toutefois rester dans certaines limites reprises à l'article 209 *in fine* du Règlement grand-ducal et selon lesquelles : « dans la phase finale, ce nombre doit permettre d'assurer une concurrence réelle, pour autant qu'il y ait un nombre suffisant de solutions ou de candidats appropriés »⁽¹⁶¹⁾. Il n'est cependant pas exclu, avec cette précision terminale, que la réduction du nombre par application des critères d'attribution conduise à ce qu'il n'y ait plus qu'une seule solution ou un seul candidat approprié, « ce qui n'empêcherait pas les pouvoirs adjudicateurs de continuer la procédure »⁽¹⁶²⁾.

Au cours de cette phase, « il peut être demandé aux candidats de modifier les propositions successives issues du dialogue »⁽¹⁶³⁾. A cet égard, il convient de préciser que 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 ultérieurement justifier au regard des critères militeraient plutôt dans le sens que les candidats présentent leurs propositions de solutions⁽¹⁶⁴⁾ sous forme de documents écrits⁽¹⁶⁵⁾. Cette recommandation de la Commission européenne est d'autant plus justifiée que la procédure administrative exige que le pouvoir adjudicateur motive ses décisions⁽¹⁶⁶⁾.

Ni la Directive, ni le Règlement grand-ducal ne fixe de délais précis pour la présentation des propositions de solutions par les différents candidats. Toutefois, l'article 182 du Règlement grand-ducal rappelle qu'« en fixant les délais de réception des offres et des demandes de participation, les pouvoirs adjudicateurs tiennent compte en particulier de la complexité du marché et du temps nécessaire pour préparer les offres » et du principe d'égalité de traitement⁽¹⁶⁷⁾. A l'issue de chaque phase, l'acheteur public peut écarter les propositions des candidats qui se révèlent inadaptées à son besoin en fonction des critères fixés dans l'avis de marché ou le document descriptif. Il en informe alors le ou les candidats concernés et poursuit le dialogue avec les candidats restants.

Là encore, il convient de regretter le silence de la Loi et du Règlement grand-ducal sur le déroulement de la procédure si un candidat est évincé pendant la phase de dialogue et qu'il exerce un recours contentieux exercé contre une telle décision d'éviction sur le fondement de la loi du 21

¹⁶⁰ V. Fiche explicative pp. 8-9 précisant également 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. Toutefois, rien dans la directive n'empêcherait que les pouvoirs adjudicateurs permettent aux participants de développer plusieurs solutions ».

¹⁶¹ V. art. 44 § 4 dernière phrase de la Directive. Dans le contexte du dialogue compétitif, la phase finale est le moment où le pouvoir adjudicateur a clôturé le dialogue et a demandé aux candidats de remettre leurs offres finales au sens de l'art. 29 § 6 de la Directive. En ce sens, v. Fiche explicative, p. 9.

¹⁶² V. Fiche explicative, pp. 8-9. Et de préciser encore : « 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 ».

¹⁶³ <http://www.marche-public.fr/Marches-publics/Definitions/Entrees/Procedure-dialogue-competitif.htm>

¹⁶⁴ Que l'on qualifie ces documents d'« esquisses de solution », de « propositions de projets », d'« offres » ou autres, il ne peut, en tout état de cause, être exigé que ces propositions de solutions 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 (v. art. 216 du Règlement grand-ducal).

¹⁶⁵ V. Fiche explicative, p. 8.

¹⁶⁶ A propos d'une motivation insuffisante s'agissant d'une sélection opérée dans le cadre d'un concours d'architectes, v. T. adm., 20 juin 2005, n° 19.022, confirmé par C. adm., 11 juill. 2006, n° 20.192 C.

¹⁶⁷ Fiche explicative, p. 8, note 29. Si aucun délai n'est fixé pour le déroulement de la procédure, il semble « souhaitable que la procédure de dialogue compétitif se déroule dans un délai aussi court que possible, à savoir entre 6 et 9 mois », MEDEF, *Guide du dialogue compétitif*, mars 2007, p. 9

juin 1999 précitée et, le cas échéant, de la loi du 13 mars 1993 susmentionnée ⁽¹⁶⁸⁾.

3. La fin du dialogue et le dépôt des offres finales

Les offres vont pouvoir être améliorées et complétées grâce au dialogue que chaque candidat aura avec le pouvoir adjudicateur. D'une part, le candidat peut avoir besoin de certaines informations complémentaires sur le site (par exemple les caractéristiques de l'installation électrique), d'autre part, le pouvoir adjudicateur peut demander à chaque candidat des explications sur le contenu de sa proposition et des modifications permettant de mieux tirer profit des potentialités de cette proposition. Ainsi, « *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* » ⁽¹⁶⁹⁾. Et lorsqu'il estime que le dialogue est arrivé à son terme, le pouvoir adjudicateur clôt le dialogue.

L'article 216 du Règlement grand-ducal prévoit ensuite qu'« *après avoir déclaré la conclusion du dialogue et en avoir informé les participants, les pouvoirs adjudicateurs les invitent à remettre leur offre finale sur la base de la ou des solutions présentées et spécifiées au cours du dialogue. Ces offres doivent comprendre tous les éléments requis et nécessaires pour la réalisation du projet* ». L'invitation du pouvoir adjudicateur à l'adresse des candidats restés en lice doit, conformément à l'article 40 § 3 de la Directive, comporter la date et l'heure limites de réception des offres, étant précisé que le délai dont disposent ces candidats pour déposer leurs offres finales doit être fixé en tenant compte de la complexité du marché ⁽¹⁷⁰⁾. En outre, l'invitation à déposer une offre doit en même temps préciser à quelle adresse celle-ci doit être transmise et préciser également la langue dans laquelle les offres finales doivent être rédigées. Le non-respect de ces exigences formelles de passation des marchés publics et d'information des candidats devrait être susceptible d'entraîner la nullité du marché ⁽¹⁷¹⁾.

En principe, les candidats doivent finaliser leurs offres sur base des solutions présentées et spécifiées au cours du dialogue par chacun d'eux. Normalement, il n'y a donc pas de nouveau cahier des charges (si tant est qu'il y ait eu un au début de la procédure) ou de nouveau document descriptif à la fin du dialogue. C'est uniquement dans l'hypothèse d'un accord visé à l'article 213 du Règlement grand-ducal, de la part du ou des opérateurs économiques concernés, que le pouvoir adjudicateur pourrait demander aux participants de finaliser leurs offres sur une solution commune à tous.

Bien que les séances du dialogue compétitif se déroulent oralement, que les candidats puissent exposer oralement, avec documents à l'appui (papiers/présentations) la solution proposée et qu'ils soient admis à apporter verbalement des « *précisions, clarifications, perfectionnements ou compléments* » sur leur offre finale, les candidats ne sauraient présenter une offre finale sous forme orale ⁽¹⁷²⁾. En effet, en vertu des dispositions combinées de l'article 3 de la Loi et de l'article 90 (4) du Règlement grand-ducal, les marchés publics sont des contrats écrits qui sont conclus par l'apposition de la signature du pouvoir adjudicateur sur le document d'offre remis par l'adjudicataire. Dès lors, l'offre finale, si elle est retenue, doit pouvoir être signée par le pouvoir adjudicateur, ce qui impose qu'elle ait été préalablement déposée sous la forme d'un document

¹⁶⁸ V. *supra*, p. 26.

¹⁶⁹ Article 215 Règlement grand-ducal et art. 29 § 5 de la Directive.

¹⁷⁰ V. art. 182 du Règlement grand-ducal. Les candidats restés en lice peuvent par ailleurs solliciter avant l'expiration du délai de dépôt de leur offre des renseignements complémentaires sur le programme défini dans le cadre du dialogue compétitif. Ces renseignements doivent leur être communiqués par le pouvoir adjudicateur au plus tard six jours avant la date limite de réception des offres. V. art. 190 (2) du Règlement grand-ducal. V. aussi JCI Adm., Fasc. 632, précité, p. 4, n° 52.

¹⁷¹ En ce sens, v. JCI Adm., Fasc. 632, précité, p. 5, n° 53.

¹⁷² Réponse du Ministère de l'économie, des finances et de l'emploi, JO Sénat du 14 févr. 2008, p. 296 à la Question écrite n° 02218 de M. Daniel Raoul, JO Sénat du 18 oct. 2007, p. 1849.

écrit. Elle doit aussi, aux vœux de l'article 216, alinéa 1^{er}, du Règlement grand-ducal, « *comprendre tous les éléments requis et nécessaires pour la réalisation du projet* ». A ce stade, et comme l'explique la Commission européenne, « *il s'agit donc d'offres complètes* »⁽¹⁷³⁾ qui reprennent « *tous les éléments nécessaires à leur exécution* »⁽¹⁷⁴⁾.

Cependant, une fois les offres finales reçues, l'article 216, alinéa 2, du Règlement grand-ducal prévoit que « *sur demande du pouvoir adjudicateur, ces offres [puissent encore] être clarifiées, précisées et perfectionnées. Cependant, ces précisions, clarifications, perfectionnements ou compléments ne peuvent avoir pour effet de modifier des éléments fondamentaux de l'offre ou de l'appel d'offres, dont la variation est susceptible de fausser la concurrence ou d'avoir un effet discriminatoire* »⁽¹⁷⁵⁾. Il faut donc considérer avec la Commission européenne que « *la marge de manœuvre des pouvoirs adjudicateurs après la présentation des offres finales est assez réduite* »⁽¹⁷⁶⁾ et doit être appréciée à la lumière de la dernière phrase du 31^{ème} Considérant de la Directive⁽¹⁷⁷⁾.

4. Classement des offres

L'article 217 du Règlement grand-ducal prévoit que « *les pouvoirs adjudicateurs évaluent les offres reçues en fonction des critères d'attribution fixés dans l'avis de marché ou dans le document descriptif* »⁽¹⁷⁸⁾. A cet égard, il convient de rappeler que l'adjudication du marché passé au terme d'un dialogue compétitif ne peut pas avoir lieu sur base du prix le plus bas. Pour les marchés initiés selon cette procédure, l'article 41, alinéa 2, de la Loi dispose, en effet, que « *l'attribution du marché public est faite sur la seule base du critère d'attribution de l'offre économiquement la plus avantageuse* »⁽¹⁷⁹⁾.

Ensuite, « *les offres reçues sont classées en application des critères de choix* »⁽¹⁸⁰⁾, étant rappelé que le classement s'effectue soit en fonction de la pondération des différents critères d'attribution, soit en fonction de l'ordre décroissant d'importance de ces critères, lorsque cette pondération n'est pas possible, le tout conformément aux conditions fixées dans l'avis de marché ou le document descriptif. A cet égard, le dialogue compétitif ne diffère pas des autres procédures de

¹⁷³ Fiche explicative, p. 9.

¹⁷⁴ S. BRACONNIER, *Précis du Droit des marchés publics*, précité, p. 298.

¹⁷⁵ V. art. 29 § 6 de la Directive. « *C'est encore ce que prévoit l'exposé des motifs du projet de loi et la directive en prenant le soin de préciser que cette procédure ne devra pas être utilisée afin de fausser ou restreindre la concurrence par exemple par une modification d'éléments fondamentaux des offres ou en imposant des éléments nouveaux substantiels non prévus au soumissionnaire retenu* », Avis de la chambre de commerce du 18 févr. 2008 sur le projet de loi n° 5655 (2) sur les marchés publics, pp. 8-9. La rédaction de cette disposition serait empruntée à la déclaration du Conseil, publiée au JOCE L 210 du 21 juill.1989, p. 22, à propos de 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'art. 5 § 4, de la directive 71/305/CEE.

¹⁷⁶ Fiche explicative, p. 10.

¹⁷⁷ « *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.* »

¹⁷⁸ V. art. 29 § 7, alinéa 1^{er}, de la Directive. V. aussi art. 53 § 1 a) de la Directive qui fournit une liste exemplative : « *la qualité, le prix, la valeur technique, le caractère esthétique et fonctionnel, les caractéristiques environnementales, le coût d'utilisation, la rentabilité, le service après-vente et l'assistance technique, la date de livraison et le délai de livraison ou d'exécution* ».

¹⁷⁹ V. art. 29 § 1, alinéa 2, de la Directive. V. aussi Exposé des motifs du projet de loi n° 5655 sur les marchés publics, p. 61, ainsi que la formulation selon laquelle « *le recours à la procédure du dialogue compétitif ne peut se faire que sur base du critère d'attribution de l'offre économiquement la plus avantageuse* », Avis du Syndicat des villes et communes luxembourgeoises du 25 févr. 2008 sur le projet de loi n° 5655 (3) sur les marchés publics, p. 2. En vérité, c'est plutôt l'attribution du marché qui est soumise à ce critère, non le choix de la procédure.

¹⁸⁰ JCl Adm., Fasc. 632, précité, p. 5 n° 54. « *Le pouvoir adjudicateur effectue un classement des offres qui n'équivaut pas à un choix de l'attributaire. Ce n'est qu'après une phase de clarification et de mise au point du contrat et après vérification ultime des capacités du candidat le mieux positionné au regard de toutes les attestations qu'il doit fournir, que le pouvoir adjudicateur peut réellement choisir l'attributaire du contrat* », MEDEF, *Guide du dialogue compétitif*, mars 2007, p. 23.

passation des marchés publics pour lesquelles le pouvoir adjudicateur a opté pour l'offre économiquement la plus avantageuse comme critère d'attribution. « *L'offre économiquement la plus avantageuse est choisie selon les modalités classiques de l'appel d'offres* »⁽¹⁸¹⁾.

Après avoir opéré le classement des différentes offres reçues, « *l'offre économiquement la plus avantageuse est identifiée* »⁽¹⁸²⁾. L'article 217 du Règlement grand-ducal prévoit toutefois qu'« *à la demande du pouvoir adjudicateur, le soumissionnaire identifié comme ayant remis l'offre économiquement la plus avantageuse peut être amené à clarifier des aspects de son offre ou à confirmer les engagements figurant dans celle-ci* »⁽¹⁸³⁾. A ce stade, l'offre la plus avantageuse est seulement identifiée, mais le marché n'est pas encore attribué au candidat qui l'a remise. Cela explique qu'il puisse, si nécessaire, encore « *être demandé au candidat retenu de clarifier son offre ou de confirmer ses engagements* »⁽¹⁸⁴⁾.

Précisons que ces éventuelles clarifications ou confirmations demandées par le pouvoir adjudicateur ne doivent pas avoir « *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* »⁽¹⁸⁵⁾. Cette disposition aussi doit être interprétée à la lumière de la dernière phrase du 31^{ème} Considérant de la Directive⁽¹⁸⁶⁾. Il ne s'agit donc pas de poursuivre les négociations avec ce seul opérateur économique⁽¹⁸⁷⁾, mais seulement de clarifier ou de confirmer le contenu d'engagements qui figurent déjà dans l'offre finale elle-même⁽¹⁸⁸⁾. Enfin, les pouvoirs adjudicateurs « *choisissent l'offre économiquement la plus avantageuse conformément à l'article 241* »⁽¹⁸⁹⁾, sur base des clarifications et confirmations apportées.

A cet égard, la doctrine française considère, sur base des dispositions équivalentes du Code des marchés publics que « *lorsque le candidat retenu n'est pas en mesure d'apporter les documents exigés (attestations et certificats prouvant le respect de diverses obligations sociales et fiscales), son offre est rejetée et le candidat classé immédiatement après lui est retenu (sauf, à nouveau, à ce qu'il ne puisse également apporter ces documents. Dans ce cas, la même procédure est suivie jusqu'à ce qu'un candidat puisse être retenu). Le marché est notifié au candidat définitivement retenu, et un avis d'attribution du marché est également publié* »⁽¹⁹⁰⁾.

D. FIN DE LA PROCEDURE D'ADJUDICATION

Bien que la Loi reste silencieuse sur ce point, la décision d'attribution est, par application du parallélisme des formes et des compétences, prise par les autorités qui, en vertu de l'article 38, avaient pris la décision motivée de recourir à un dialogue compétitif.

¹⁸¹ S. BRACONNIER, *Précis du Droit des marchés publics*, précité, 2^{ème} éd., p. 298.

¹⁸² Fiche explicative p. 10.

¹⁸³ V. art. 29 § 7, alinéa 2, de la Directive.

¹⁸⁴ JCI Adm., Fasc. 632, précité, p. 5, n° 53.

¹⁸⁵ Art. 217 du Règlement grand-ducal.

¹⁸⁶ Fiche explicative, p. 10.

¹⁸⁷ Des amendements visant à autoriser de telles négociations avaient été proposées, mais ils ont été rejetés par le législateur communautaire. Dans le même sens, « *après la remise des offres, à l'instar de ce qui est prévu pour les procédures ouvertes ou restreintes, il ne saurait donc plus être question de négociation* », Chr. POINT et G. DAUPHIN, *Le dialogue compétitif*, Intervention précité, p. 21.

¹⁸⁸ Selon la Commission européenne, « *cette possibilité de confirmer les engagements au tout dernier 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* », v. Fiche explicative, p. 10, note 36.

¹⁸⁹ V. art. 217 du Règlement grand-ducal qui reprend l'art. 29 § 7, alinéa 1^{er}, de la Directive qui, lui, renvoie à l'art. 53 de la Directive. V. aussi JCI Adm., Fasc. 632, précité, p. 5 n° 54.

¹⁹⁰ A propos de l'art. 67, VIII du CMP, JCI Adm., Fasc. 632, précité, p. 5, n° 55.

1. Information des candidats sur l'attribution ou non du marché

L'information des opérateurs économiques constitue une des règles fondamentales de la passation des marchés publics, au point où le législateur l'a érigé en principe à l'article 4 de la Loi qui prévoit que « *les pouvoirs adjudicateurs informent dans les meilleurs délais les opérateurs économiques des décisions prises concernant leurs offres remis dans le cadre d'une procédure de marchés publics* ».

Ce principe est explicité par le pouvoir réglementaire notamment à l'article 196 du Règlement grand-ducal, précisant que les candidats et les soumissionnaires doivent être tenus au courant « *des décisions prises concernant (...) l'adjudication d'un marché, y compris des motifs pour lesquels [les pouvoirs adjudicateurs] ont décidé de renoncer (...) à passer un marché, pour lequel il y a eu mise en concurrence et pour lequel il a été décidé de recommencer la procédure ; cette information est donnée par écrit si la demande en est faite aux pouvoirs adjudicateurs* ». Cet article reprend, pour l'essentiel, le contenu de l'ancien article 50 de la loi du 30 juin 2003 sur les marchés publics. L'importance affichée par la nouvelle Loi à l'information des opérateurs économiques aurait toutefois pu conduire le pouvoir réglementaire à imposer un écrit en tout état de cause comme moyen de communication et à ne pas s'en tenir aux prescriptions minimales de l'article 41 § 1 de la Directive.

Notons, au passage, que le législateur communautaire a prévu que le pouvoir adjudicateur puisse déclarer le dialogue compétitif infructueux si aucune offre finale n'a été remise ou s'il n'a été remis que des offres irrégulières ou inacceptables. Dans de telles circonstances, le pouvoir adjudicateur a la possibilité d'engager une nouvelle procédure de dialogue compétitif ou bien de recourir à la procédure négociée (¹⁹¹), sans publicité ni mise en concurrence. Cette même faculté est transposée à l'article 39 (1) de Loi (¹⁹²). Cela explique la rédaction de l'article 196 qui ne limite pas le droit à l'information des opérateurs économiques aux seules décisions de rejet des offres et d'attribution des marchés. Les candidats ont également droit à être informés lorsque le pouvoir adjudicateur décide de ne plus passer le marché projeté (¹⁹³) ou lorsqu'il constate qu'aucune offre n'est satisfaisante.

Evidemment, le droit des candidats à obtenir communication des décisions relatives à l'attribution du marché public revêt un caractère plus prégnant lorsqu'il s'agit d'informer tel ou tel candidat ayant participé au dialogue que son offre n'est pas l'offre économiquement la plus avantageuse et qu'elle est rejetée. Dans ce contexte, l'article 197 du Règlement grand-ducal prévoit que « *sur demande de la partie concernée, le pouvoir adjudicateur communique dans les meilleurs délais à tout candidat écarté les motifs du rejet de sa candidature. (...) Ces délais ne peuvent en aucun cas dépasser quinze jours à compter de la réception d'une demande écrite* ». Il y a lieu de relever l'emploi distinctif des termes « *candidats* » et « *soumissionnaires* » à cet article qui confère aux uns et aux autres un droit différent à l'information, selon qu'ils ont ou non déjà déposé leur offre. Cette nuance introduite par la Directive restreint donc le droit à l'information des candidats écartés puisque l'ancien article 49, alinéa 1^{er}, de la loi du 30 juin 2003 sur les marchés publics ne distinguait pas l'étendue du droit à l'information dont pouvaient indistinctement se prévaloir les candidats et soumissionnaires dans les procédures de passation des marchés publics. Si elle peut se justifier, cette distinction risque néanmoins de soulever des difficultés pratiques, notamment parce qu'un

¹⁹¹ V. art. 30 (1) point a) de la Directive.

¹⁹² En France, v. art. 67-IX et 35-I-1 du CMP. Sur ces questions, v. A. CABANES, *Marchés négociés*, JCl Contrats et Marchés publics, Fasc. 63-10, avr. 2007, n° 12 et suivants. S. BRACONNIER, *Précis du Droit des marchés publics*, précité, p. 298. JCl Adm., Fasc. 632, précité, p. 5, n° 56.

¹⁹³ Sur la possibilité de solliciter « *une indemnité en réparation du préjudice qui résulterait de l'abandon fautif, par cet établissement public, de la procédure de dialogue compétitif pour la passation d'un contrat de partenariat ayant pour objet le financement, la conception, la réalisation et la maintenance d'un nouveau lycée français au Caire* », v. CE, 3 sept. 2009, Sté Solefim, n° 313.657.

candidat écarté en cours de procédure pourrait avoir de bonnes et légitimes raisons de contester la décision rejetant sa solution, mais aussi la décision d'adjudication du marché. La jurisprudence sera donc très certainement amenée à se prononcer sur cette problématique nouvelle, conséquence de « *l'obligation d'information différenciée selon le stade de la procédure* »⁽¹⁹⁴⁾ auquel est parvenu l'opérateur économique concerné.

En revanche, ce droit des candidats à l'information des décisions prises concernant l'adjudication d'un marché n'est pas absolu, ainsi que le prévoit l'article 198 du Règlement grand-ducal qui, reprenant peu ou prou le contenu de l'ancien article 49, alinéa 2, de la loi du 30 juin 2003 sur les marchés publics, dispose que « *les pouvoirs adjudicateurs peuvent décider de ne pas communiquer certains renseignements concernant l'adjudication des marchés, la conclusion d'accords-cadres visés à l'article 196, lorsque leur divulgation ferait obstacle à l'application des lois ou serait contraire à l'intérêt public ou porterait préjudice aux intérêts commerciaux légitimes d'opérateurs économiques publics ou privés ou pourrait nuire à une concurrence loyale entre ceux-ci* ».

2. La conclusion du marché

En ce qui concerne la fin de la procédure de passation et la conclusion du marché, la Loi n'apporte guère de nouveautés par rapport à l'ancienne loi du 30 juin 2003 sur les marchés publics.

Il convient incidemment de relever que l'article 218 du Règlement grand-ducal permet aux pouvoirs adjudicateurs de « *prévoir des prix ou des paiements aux participants au dialogue* »⁽¹⁹⁵⁾. Cette prime de participation qui doit logiquement être prévue dans l'avis de marché ou le document descriptif, constitue « *une rétribution pour les candidats admis au dialogue compétitif, de manière à compenser le temps investi pour préparer l'offre* »⁽¹⁹⁶⁾. Conscient que la participation au dialogue compétitif peut exiger des investissements importants de la part des opérateurs économiques concernés, le législateur communautaire a estimé qu'il pourrait être particulièrement approprié dans le cadre de cette procédure de prévoir une compensation pécuniaire aux participants au dialogue⁽¹⁹⁷⁾. Par exemple, il aurait été constaté, selon le MEDEF, « *que le coût des études pour une entreprise représente 3% en moyenne du montant du coût des travaux lorsque l'entreprise a mené des études complètes de conception jusqu'au terme du dialogue. Il serait donc équitable que, dans le cas d'études menées à leur terme, l'indemnisation représente de manière significative le coût de ces études. Il est souhaitable que les autorités publiques retiennent le principe d'une indemnisation de l'ordre de 1% en moyenne par concurrent évincé sur le montant du coût estimé de la valeur du contrat. L'indemnité doit être progressive en fonction du stade d'avancement des études par les candidats au moment de leur éviction* »⁽¹⁹⁸⁾.

Le Règlement grand-ducal n'apporte toutefois aucune précision complémentaire sur les conditions d'attribution de cette prime de participation⁽¹⁹⁹⁾ qui, dans le respect du principe de non-

¹⁹⁴ Chr. POINT et G. DAUPHIN, *Le dialogue compétitif*, Intervention précitée, p. 21. Ces auteurs s'interrogent également sur l'articulation entre les dispositions de l'art. 197 du Règlement grand-ducal supposant une démarche active de la part des opérateurs économiques des informations et les dispositions de l'art. 90 (3) du Règlement grand-ducal, applicable à tous les marchés publics en vertu de l'article 1^{er} du même règlement, prévoyant une information spontanée de la part du pouvoir adjudicateur.

¹⁹⁵ V. art. 53 § 8 de la Directive. En France, v. art. 67-X du CMP.

¹⁹⁶ S. BRACONNIER, *Précis du Droit des marchés publics*, précité, p. 297.

¹⁹⁷ « *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 § 2, point b) sur les concours* », Fiche explicative, p. 8.

¹⁹⁸ MEDEF, *Guide du dialogue compétitif*, mars 2007, p. 26.

¹⁹⁹ Dans son avis sur le projet de règlement grand-ducal, le Conseil d'Etat avait ainsi relevé que « *le texte du projet de règlement sous examen reste, de même que son commentaire, muet sur les critères d'appréciation qui constitueraient la base de la fixation de ces paiements (...). Le Conseil d'Etat craint que le pouvoir d'appréciation très large laissé ainsi au pouvoir adjudicateur n'aboutisse à des situations qui mettront en danger l'indépendance de ce pouvoir, et l'égalité de traitement des participants qui doit rester garantie*», Conseil d'Etat, Avis n° 47.528, du 14 juill. 2009, sur le projet de règlement grand-ducal portant exécution de la loi du 25 juin 2009

discrimination, peut tout aussi bien bénéficier « à tous les participants à la procédure, à ceux dont les offres ont fait l'objet du dialogue, ou encore à celles les mieux classés à l'issue de ce dialogue »⁽²⁰⁰⁾, dès lors que le choix pour l'un ou l'autre mode d'attribution est annoncé dans les documents de marché et que l'égalité entre les candidats placés dans une même situation est respectée. Il faut enfin préciser que, selon la doctrine française, cette prime de participation doit logiquement s'imputer sur le prix dû à l'attributaire⁽²⁰¹⁾. Les justifications de cette imputation ne semblent toutefois pas à l'abri de toute critique. Quant aux autres participants au dialogue qui ont été écartés à un stade ou à un autre de la procédure, ils ont également vocation à être payés, notamment en guise de dédommagement pour leur investissement en moyens matériel et humain dans le projet à l'élaboration duquel ils ont en partie contribué.

Dans ce contexte, il a été récemment jugé, en France, à propos d'un groupement d'intérêt public qui avait « fait connaître dans l'avis, d'une part son intention de ne pas recourir à une procédure se déroulant en phases successives afin de réduire progressivement le nombre des solutions à discuter ou des offres à négocier, d'autre part son engagement de verser à chaque candidat ayant participé à l'ensemble des phases du dialogue une prime de 10.000 euro que (...) ces mentions n'apparaissent pas contradictoires, dès lors qu'il n'apparaît pas que le groupement d'intérêt public ait eu l'intention d'éliminer des candidats en cours de dialogue ni qu'il en ait effectivement écarté ; que le versement de la prime était destiné à récompenser les sociétés ayant fait le choix de poursuivre jusqu'à leur terme les négociations »⁽²⁰²⁾.

Pour le surplus, la conclusion du marché avec l'adjudicataire a lieu, conformément aux dispositions générales de l'article 90 (4) du Règlement grand-ducal, par apposition de la signature du pouvoir adjudicateur sur le document d'offre remis par l'adjudicataire, « après un délai d'au moins quinze jours à compter de l'information donnée aux autres concurrents » que le pouvoir adjudicateur ne fait pas usage de leur offre. La jurisprudence administrative rendue sur base de l'ancien article 90 (4), admettant qu'en instituant une telle période de *stand still* entre la date de l'adjudication et celle de la conclusion du contrat, le pouvoir réglementaire avait entendu « conférer aux soumissionnaires évincés un droit de recours contre la décision d'adjudication [en attribuant] au président du tribunal administratif, statuant dans le cadre des pouvoirs découlant des articles 11 et 12 de la loi modifiée du 21 juin 1999 portant règlement de procédure devant les juridictions administratives, le pouvoir de prononcer le sursis à exécution d'une décision d'adjudication d'un marché public, un tel pouvoir de sursis entraînant essentiellement que tant qu'une ordonnance de sursis à exécution produit ses effets, le pouvoir adjudicateur ne saurait conclure le contrat d'exécution du marché litigieux »⁽²⁰³⁾.

Dans ce délai, les candidats écartés doivent avoir la possibilité de saisir les juridictions compétentes, notamment en référé, pour demander la suspension et l'annulation de la décision d'attribution du marché et de la décision de rejet de leur offre. Dans ce contexte, il convient de regretter que la Loi n'ait pas intégré les dispositions de la directive 2007/66/CE sur les voies de recours qui prévoit un délai de suspension entre la décision d'attribution et la conclusion de contrat, afin de permettre les recours contre les décisions d'attribution. Cela aurait aussi été l'occasion de s'interroger sur l'articulation entre l'interdiction faite au pouvoir adjudicateur de conclure le contrat dans le délai de quinzaine susmentionné et l'obligation pour le requérant

sur les marchés publics et portant modification du seuil prévu à l'article 105 point 10° de la loi communale modifiée du 13 décembre 1988, p. 12.

²⁰⁰ V. art. 67 X du CMP. V. aussi JCI Adm., Fasc. 632, précité, p. 4, n° 50.

²⁰¹ S. BRACONNIER, *Précis du Droit des marchés publics*, précité, p. 297. V. en ce sens l'art. 9 § 1, alinéa 2, de la Directive qui n'est pas limité au seul dialogue compétitif.

²⁰² CE, 3 juin 2009, Groupement d'intérêt public – Carte du professionnel de santé, n° 319.103.

²⁰³ Ord. prés., 9 juill. 2008, n° 24.515.

d'introduire un recours en référé et un recours en annulation, la recevabilité du premier étant subordonné à l'existence du second, dans des circonstances où le soumissionnaire malheureux ne connaît pas nécessairement les motifs de la décision rejetant son offre. La transposition simultanée de la directive 2007/66 CE aurait aussi permis de s'interroger plus largement sur les finalités des recours juridictionnels en matière de marchés publics, alors notamment que directive assigne aux Etats membres de prévoir une procédure de recours au terme de laquelle un marché puisse être « déclaré dépourvu d'effets par une instance de recours indépendante »⁽²⁰⁴⁾, alors que le droit positif luxembourgeois ne permet pas au juge, qu'il soit administratif ou judiciaire, d'annuler un contrat conclu en violation de la législation sur les marchés publics⁽²⁰⁵⁾.

Pour reprendre les propos de la Commission européenne, « on peut, en conclusion et 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 »⁽²⁰⁶⁾.

Le défi de cette nouvelle procédure du dialogue compétitif réside essentiellement dans la tentative de concilier deux exigences distinctes, à savoir permettre, d'une part, au pouvoir adjudicateur « de négocier les aspects techniques, économiques et juridiques du marché tout en respectant, d'autre part, l'égalité de traitement entre participants et sauvegardant la concurrence entre opérateurs économiques »⁽²⁰⁷⁾. Telle est également la perception de la Chambre des Métiers estimant que le dialogue compétitif « impose, contrairement à la procédure négociée, un cadre strict au pouvoir adjudicateur pour le déroulement du dialogue afin de garantir le traitement égal de tous les participants et la transparence des informations en circulation »⁽²⁰⁸⁾.

Force nous est toutefois d'émettre des réserves, dans la mesure où la nouvelle procédure introduite dans la loi du 25 juin 2009 sur les marchés publics comporte encore bien des imprécisions et incertitudes. Le simple rappel dans la Loi et son règlement d'exécution des principes d'égalité de traitement des candidats et de transparence de la procédure de passation est loin de constituer une garantie absolue du respect de ces principes. Les réticences des pouvoirs adjudicateurs à donner, concomitamment à leurs décisions, les motifs qui y président, n'est pas de nature à lever toutes les craintes à ce sujet.

Sans doute aurait-il été opportun que les pouvoirs publics luxembourgeois apportent les précisions législatives ou réglementaires requises, notamment quant au déroulement de la phase de dialogue et à l'exercice des voies de recours pendant cette phase. Sans doute également aurait-il été

²⁰⁴ Art. 2 *quinquies* de la directive 2007/66/CE du Parlement européen et du Conseil du 11 décembre 2007 modifiant les directives 89/665/CEE et 92/13/CEE du Conseil en ce qui concerne l'amélioration de l'efficacité des procédures de recours en matière de passation de marchés publics.

²⁰⁵ Partageant cette analyse, v. M. THEWES, *Les partenariats public-privé en droit luxembourgeois*, précité, p. 109, n° 31.

²⁰⁶ Fiche explicative, p. 10. Analyse reprise dans l'Exposé des motifs du projet de loi n° 5655 sur les marchés publics, pp. 6-7. Cette conclusion se retrouve mot à mot dans les avis de la Chambre de Commerce (Avis de la chambre de commerce du 18 févr. 2008 sur le projet de loi n° 5655 (2) sur les marchés publics, p. 8), de la Commission des Travaux publics (Commission de Travaux publics, Rapp. du 30 avril 2009 sur le projet n° 5655 (10) sur les marchés publics, p. 4) et la Chambre des métiers (Chambre des Métiers, Avis du 28 août 2007 sur le projet de loi n° 5655 (1) sur les marchés publics, p. 5 et 6), laquelle prend néanmoins le soin de rajouter que « la nouvelle procédure prévoit des garanties pour que ce "dialogue" n'ait pas lieu au détriment des principes de transparence et d'égalité de traitement », p. 8.

²⁰⁷ Syndicat des villes et communes luxembourgeoises, Avis du 25 févr. 2008 sur le projet de loi n° 5655 (3) sur les marchés publics, p. 2. Pour la Chambre de commerce, il s'agit d'assurer le « maintien de la transparence des informations et de l'égalité de traitement simultanément avec la souplesse qui caractérise cette procédure », Chambre de commerce, Avis du 18 févr. 2008 sur le projet de loi n° 5655 (2) p. 8.

²⁰⁸ Chambre des Métiers, Avis du 28 août 2007 sur le projet de loi n° 5655 (1) sur les marchés publics, pp. 6-7.

judicieux de prévoir que le non-respect de telle ou telle formalité à certaines étapes du dialogue compétitif serait sanctionné de la nullité de l'ensemble de la procédure. Les pouvoirs adjudicateurs seraient alors assurément incités à respecter les principes légaux et réglementaires d'égalité entre les candidats et de transparence de la procédure.

Gageons que la mise en œuvre de cette nouvelle procédure par les pouvoirs adjudicateurs et les opérateurs économiques apporte les éclaircissements requis et dissipe certaines craintes que la Loi et le Règlement grand-ducal peuvent inspirer. Formons surtout le vœu que le pouvoir réglementaire apporte, dans les mois à venir, les précisions procédurales requises et passées à la trappe dans la mesure où la Directive fut transposée dans la précipitation, moins de deux mois s'étant écoulés entre le premier avis du Conseil d'Etat rendu le 31 mars 2009 et sa dispense de seconde vote constitutionnel le 15 mai suivant.

Luxembourg, le 12 janvier 2010.



Guy PERROT

Avocat à la Cour

Président de la Commission
de procédure civile du barreau de Luxembourg
guy.perrot@harvey.lu