

L'INTRODUCTION DU DIALOGUE COMPÉTITIF DANS LA NOUVELLE LOI SUR LES MARCHÉS PUBLICS

La loi du 25 juin 2009 sur les marchés publics (ci-après la « **Loi** »), et son règlement grand-ducal d'exécution en date du 3 août 2009¹ (ci-après le « **Règlement** ») transposent en droit luxembourgeois 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 qui a procédé à une modernisation et à un assouplissement 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**.

Les justifications du recours à la procédure du dialogue compétitif

- tenir compte des réalités économiques et des diversités existant dans les États membres;
- assurer une certaine souplesse dans la passation des marchés publics;
- permettre aux pouvoirs adjudicateurs de mener de véritables pourparlers avec les candidats, et
- définir de façon optimale les besoins des pouvoirs adjudicateurs, avant le dépôt des offres.

Le caractère dérogatoire du recours à la procédure du dialogue compétitif

Bien que les marchés publics soient, en règle générale, passés en procédure soit ouverte, soit restreinte (avec publication d'avis), l'article 37 (2) alinéa 2 de la Loi prévoit que « *dans les circonstances particulières expressément prévues à l'article 41, les pouvoirs adjudicateurs peuvent attribuer leurs marchés publics au moyen du dialogue compétitif* ». En l'occurrence, cette procédure ne vise que les marchés publics :

- qui atteignent ou dépassent les seuils communautaires et relèvent du champ d'application du Livre II de la Loi, concernant les marchés publics d'une certaine envergure,
- et qui présentent une particulière complexité² qui doit :
 - être une impossibilité objective, pour le pouvoir adjudicateur, de définir en fonction des moyens dont il dispose les solutions les plus aptes à satisfaire ses besoins, et
 - concerner uniquement les aspects techniques (fonctionnalité ou performance), juridiques ou financiers du marché envisagé.

Les différentes étapes de la procédure de dialogue compétitif

1. Un acte unilatéral à caractère réglementaire du pouvoir adjudicateur décidant de recourir au dialogue compétitif et motivant ce choix en énonçant les circonstances le mettant dans l'impossibilité de définir les solutions techniques, juridiques ou financières pour répondre à ses besoins.
2. La publication facultative d'un avis de pré-information sur le profil de l'acheteur (art. 170 et annexe VII A du Règlement).

¹ Respectivement Mém. A, n° 172, du 29 juill. 2009, p. 2492 et Mém. A, n° 180, du 11 août 2009, p. 2607.

² Art. 3 point 10 e, art. 41 de la Loi.

3. La publication obligatoire d'un avis de marché faisant connaître les besoins et exigences du pouvoir adjudicateur (art. 210 du Règlement). Cette publication fait courir un délai minimal de 37 jours pour la réception des demandes de participation à un dialogue compétitif (art. 184 a) du Règlement):
- L'avis de marché précise les critères de sélection des candidats (niveaux de capacité économique et financière) en relation avec l'objet du marché et la pondération de ces critères.
 - L'avis de marché précise éventuellement le nombre de candidats admis au dialogue (au moins trois).
 - L'avis de marché indique si le pouvoir adjudicateur effectuera, en cours de dialogue, une réduction graduelle du nombre de candidats y participant.
 - L'avis de marché (ou le document descriptif) doit préciser les critères pertinents et proportionnés d'attribution du marché (v. art. 241 du Règlement), étant précisé que celui-ci ne peut pas être attribué à l'offre au prix le plus bas, mais doit nécessairement être adjugé à l'offre économiquement la plus avantageuse.
 - L'avis de marché (ou le document descriptif) doit préciser la pondération relative des critères d'attribution du marché ou, en cas d'impossibilité démontrable, l'ordre décroissant d'importance des critères (art. 242 alinéa 3 du Règlement).
4. Le pouvoir adjudicateur vérifie les aptitudes des opérateurs économiques et détermine ceux d'entre eux qui participeront au dialogue sur base des critères de sélection et, le cas échéant, sur base du nombre de participants fixé dans l'avis de marché.
5. Le pouvoir adjudicateur invite les candidats retenus au dialogue et informe les autres candidats non retenus du rejet de leurs demandes de participation et des motifs de ce rejet.
6. Le pouvoir adjudicateur engage le dialogue avec les candidats retenus, sur tous les aspects (techniques, économiques, juridiques...) du marché dans le but d'identifier et de définir les moyens propres à satisfaire au mieux ses besoins (art. 211 du Règlement). Il veille à assurer l'égalité de traitement de tous les candidats (art. 212 du Règlement) et ne peut pas révéler aux uns les solutions proposées ou d'autres informations confidentielles communiquées par un autre candidat sans son accord (art. 213 du Règlement).
7. Le cas échéant, le pouvoir adjudicateur réduit le nombre de candidats participant au dialogue, sur base des critères d'attribution.
8. Le pouvoir adjudicateur poursuit le dialogue jusqu'à ce qu'il soit en mesure d'identifier la ou les solutions, susceptibles de répondre à ses besoins (art. 215 du Règlement) et clôt le dialogue, lorsqu'il estime que le dialogue est arrivé à son terme.
9. Le pouvoir adjudicateur invite les candidats à lui remettre leur offre finale dans un délai qu'il fixe et sur base des solutions présentées au cours du dialogue. Ces offres doivent comprendre tous les éléments requis et nécessaires à la réalisation du projet (art. 216 du Règlement).
10. Les soumissionnaires remettent leurs offres finales au pouvoir adjudicateur, lequel peut ensuite leur demander de clarifier, de préciser et de perfectionner ces offres.
11. Le pouvoir adjudicateur évalue et classe ces offres en fonction de la pondération ou de l'ordre croissant d'importance des critères d'attribution (art. 217 du Règlement).
12. Le pouvoir adjudicateur identifie l'offre économiquement la plus avantageuse et peut encore demander au soumissionnaire concerné de clarifier son offre et de confirmer ses engagements.

L'offre économiquement la plus avantageuse est celle qui, après vérification de sa conformité par rapport aux exigences contenues dans les documents de marché, a obtenu le plus grand nombre de points ou le meilleur classement, en application des critères d'attribution préalablement fixés dans ces documents de marché et en fonction de la pondération ou de l'importance respective de chacun de ces critères.

13. Le pouvoir adjudicateur attribue le marché au soumissionnaire ayant remis l'offre économiquement la plus avantageuse.
14. Le pouvoir adjudicateur informe les autres soumissionnaires du rejet de leur offre et ne peut pas conclure le marché avec l'adjudicataire avant l'expiration d'un délai de quinzaine suivant cette information.
15. Les candidats évincés peuvent demander au pouvoir adjudicateur de leur communiquer les motifs du rejet de leurs offres (art. 197 du Règlement).
16. Le marché est conclu avec l'adjudicataire.
17. Les candidats et soumissionnaires peuvent recevoir une prime de participation afin de compenser le temps investi pour préparer leur offre, si cela était prévu dans l'avis de marché.

Selon 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 ».



Sur ce sujet, v. G. Perrot, *L'introduction du dialogue compétitif dans la nouvelle loi sur les marchés publics*, ACE janvier 2010, n° 1, pp 3-29.

Pour plus d'informations, veuillez contacter:

Martine Gerber

mgerber@oostvogels.com

Guy Perrot

gperrot@oostvogels.com

Tel: +352 46 83 83

Le présent document vise à fournir un aperçu général uniquement pour un but d'information et ne constitue pas un avis professionnel ou juridique. Si vous avez besoin d'avis spécifiques nous vous recommandons de consulter un professionnel dûment qualifié.

OOSTVOGELS PFISTER FEYTEN

AVOCATS A LA COUR

www.oostvogels.com

LUXEMBOURG
291 Route d'Arlon
L-1150 Luxembourg
T: +(352) 46 83 83
F: +(352) 46 84 84

LONDON
10 Dominion Street
London, EC2M 2EF
T: +44 (0)20 7330 11 11
F: +44 (0)20 7330 11 12