

Fasc. 64-10 : DIALOGUE COMPÉTITIF

JurisClasseur Contrats et Marchés Publics

Fasc. 64-10 : DIALOGUE COMPÉTITIF

Date du fascicule : 19 Janvier 2018

Date de la dernière mise à jour : 19 Janvier 2018

Étienne AMBLARD - Avocat au barreau de Paris - Associé, cabinet Aramis

Kévyn GILLET - Avocat au barreau de Paris - Collaborateur, cabinet Aramis

Points-clés

1. – Le dialogue compétitif est une procédure de publicité et de mise en concurrence qui offre à la personne publique la possibilité de **dialoguer avec les candidats**, en vue d'**améliorer la qualité** et de **stimuler l'innovation des offres** qui lui sont faites pour répondre à ses besoins (V. [n° 3](#)).
2. – Depuis l'entrée en vigueur de l'ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015 (Ord. n° 2015-899, 23 juill. 2015) et du décret n° 2016-360 du 25 mars 2016 (D. n° 2016-360, 26 mars 2016), **six situations particulières** permettent de recourir indifféremment au dialogue compétitif et à la procédure concurrentielle avec négociation. Le recours à ces procédures est désormais possible lorsque le besoin ne peut être satisfait sans adapter des solutions immédiatement disponibles, lorsqu'il consiste en une solution innovante, lorsque le marché public comporte des prestations de conception ou lorsqu'il ne peut être attribué sans négociation préalable du fait de circonstances particulières liées à sa nature, à sa complexité ou au montage juridique et financier ou en raison de risques qui s'y rattachent. Il est également possible de recourir au dialogue compétitif lorsque le pouvoir adjudicateur n'est pas en mesure de définir les spécifications techniques avec une précision suffisante et lorsque, à la suite d'un appel d'offres, seules des offres irrégulières ou inacceptables ont été présentées.
3. – Le déroulement de la procédure de dialogue compétitif s'opère en **trois temps** (V. [n° 32 à 87](#)) : – lancement de la procédure et sélection des candidats admis à discuter ; – dialogue avec les candidats admis ; – remise, analyse des offres et choix de l'attributaire du contrat.

I. - Généralités

1. – Le dialogue compétitif est une procédure de publicité et de mise en concurrence communautaire, transposée en droit français, pour la passation des marchés publics relevant du champ d'application de l'ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015.

A. - Droit de l'Union européenne

2. – **Mise en place** – L'instauration du dialogue compétitif résulte d'une réflexion menée par les instances communautaires, sur la mise en place d'une procédure permettant tout à la fois **(i)** d'établir un dialogue technique entre les candidats et l'acheteur public, pour des marchés complexes dans le cadre desquels ce dernier ignore les solutions, en particulier techniques et/ou économiques, à mettre en œuvre pour répondre à ses besoins et **(ii)** de garantir une concurrence effective entre les candidats à travers le respect des principes d'égalité de traitement et de confidentialité notamment (V. par ex., *Doc. COM (1996) 583, les marchés publics dans l'union européenne : piste de réflexion pour l'avenir, Livre vert*).

Instauré par la directive 2004/18/CE (PE et Cons. UE, dir. 2004/18/CE, 31 mars 2004 : JOUE n° L 134,

p. 114), la nouvelle directive du 26 février 2014 (*PE et Cons. UE, dir. 2014/24/UE, 26 févr. 2014 : JOUE n° L 94, p. 65*) entend favoriser et poursuivre le développement du recours au dialogue compétitif dans la mesure où cette procédure présente de la souplesse et une possibilité de discussion entre l'acheteur et les candidats. Le considérant 42 de la directive 2014/24/UE indique en ce sens :

En termes de volume des marchés, le recours au dialogue compétitif s'est considérablement accru au cours des dernières années. Cette procédure s'est révélée utile dans les cas où les pouvoirs adjudicateurs ne sont pas en mesure de définir les moyens permettant de satisfaire leurs besoins ou d'évaluer les solutions que le marché peut offrir sur les plans technique, financier ou juridique.

Dans ces conditions, les cas de recours au dialogue compétitif ont été élargis (*Dir. 2014/24/UE, 26 févr. 2014, art. 26*), de sorte qu'il n'est plus limité aux hypothèses restrictives de complexité technique ou financière.

3. – Dialogue compétitif et entités adjudicatrices – Sous le régime antérieur, la possibilité de recourir au dialogue compétitif pour les entités adjudicatrices n'était pas expressément prévue par les dispositions relatives aux marchés publics.

La directive 2014/25/UE du 26 février 2014 relative à la passation de marchés par des entités opérant dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux et abrogeant la directive 2004/17/CE a identifié la nécessité d'ouvrir le dialogue compétitif aux entités adjudicatrices. Le considérant 60 de la directive dispose ainsi :

L'expérience a montré que le dialogue compétitif, qui est prévu dans la directive 2014/24/UE, s'est révélé utile dans les cas où les pouvoirs adjudicateurs ne sont pas en mesure de définir les moyens permettant de satisfaire leurs besoins ou d'évaluer les solutions que le marché peut offrir sur le plan technique, financier ou juridique. Une telle situation peut survenir notamment avec des projets innovants, la réalisation de projets importants d'infrastructures de transport intégrées, de grands réseaux informatiques ou des projets comportant un financement complexe et structuré. Il convient dès lors que les États membres puissent mettre cet outil à la disposition des entités adjudicatrices.

L'article 48 de la directive 2014/25/UE a introduit la possibilité pour les entités adjudicatrices de recourir à la procédure de dialogue compétitif (*Dir. 2014/25/UE, 26 févr. 2014, art. 48*).

B. - Définition

4. – Les dispositions de la directive 2014/24/UE et 2014/25/UE transposées à l'article 42 de l'ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015 (*Ord. n° 2015-899, 23 juill. 2015, art. 42, 1°, c*) et à l'article 75 du décret n° 2016-360 du 25 mai 2016 (*D. n° 2016-360, 25 mars 2016, art. 75*) disposent que la procédure de dialogue compétitif est une procédure formalisée "*dans laquelle l'acheteur dialogue avec les candidats admis à participer à la procédure en vue de définir ou développer les solutions de nature à répondre à ses besoins et sur la base desquelles ces candidats sont invités à remettre une offre*".

Selon le Guide des bonnes pratiques en matière de marchés publics, le dialogue compétitif "*présente, par rapport à l'appel d'offres, 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 précises*" (*Circ. 14 févr. 2012 relative au Guide de bonnes pratiques en matière de marchés publics, art. 13.1 : éd. du 26 sept. 2014*).

C. - Dialogue compétitif et droit interne

1° Une procédure applicable aux marchés publics

5. – Afin de se conformer au droit de l'Union européenne, au sens duquel tous les contrats de la commande

publique sont structurés autour de la distinction entre les contrats de concession et les marchés publics, l'ordonnance du 23 juillet 2015 (*Ord. n° 2015-899, 23 juill. 2015 : JO 24 juill. 2015, p. 12602*) et ses décrets d'application (*D. n° 2016-360, 25 mars 2016, relatif aux marchés publics : JO 27 mars 2016, texte n° 28. – D. n° 2016-361, 25 mars 2016, relatif aux marchés publics de défense ou de sécurité : JO 27 mars 2016, texte n° 29*) ont unifié et harmonisé, autour de la notion commune de « marché de partenariat », les différents montages de partenariats public-privé qui existaient auparavant.

Le Rapport au président de la République précisait, en effet, que l'ordonnance du 23 juillet 2015 visait à « rassembler, au sein d'un corpus unique, les règles régissant tous les contrats constituant des marchés publics au sens des directives européennes, tout en conservant des dispositions propres à chaque catégorie de contrats et en prenant en compte les spécificités de certains acheteurs, notamment dans le secteur des réseaux » (*Rapp. au Président de la République relatif à Ord. n° 2015-899, 23 juill. 2015, relative aux marchés publics*).

Désormais, les marchés de partenariat se substituent aux contrats dits « complexes » tels que les contrats de partenariat, les baux emphytéotiques hospitaliers et les baux conclus entre l'État et le titulaire d'une autorisation temporaire d'occupation du domaine public, portant sur des bâtiments et installations à construire pour les besoins de la justice, de la police nationale, de la gendarmerie nationale, des armées ou des services du ministère de la Défense (*Ord. n° 2015-899, 23 juill. 2015, art. 67. – D. n° 2016-360, 25 mars 2016, Deuxième partie*).

Les règles relatives à la procédure de dialogue compétitif sont ainsi applicables à l'ensemble des marchés publics, en ce compris les marchés de partenariat (*D. n° 2016-360, 25 mars 2016, art. 143. – D. n° 2016-361, 25 mars 2016, art. 86*). Ces nouvelles dispositions mettent ainsi fin à la situation antérieure où le dialogue compétitif était régi, selon la nature du contrat en cause, par le Code des marchés publics (*CMP, art. 67 et 245*), par l'ordonnance n° 2004-559 du 17 juin 2004 relative aux contrats de partenariat (*Ord. n° 2004-559, 17 juin 2004, art. 7*) ou encore par d'autres textes sectoriels.

6. – Remarque – Les nouveaux textes relatifs aux contrats de concession (*Ord. n° 2016-65, 29 janv. 2016. – D. n° 2016-86, 1er févr. 2016*) ne prévoient pas de procédure de dialogue compétitif. On peut néanmoins estimer que les autorités concédantes peuvent recourir à une procédure inspirée du dialogue compétitif dans la mesure où elles « peuvent organiser librement une négociation avec un ou plusieurs soumissionnaires dans des conditions prévues par voie réglementaire » (*Ord. n° 2016-65, 29 janv. 2016, art. 46*). La Commission européenne considère à ce propos que le recours au dialogue compétitif est adapté à la passation de contrats pour lesquels l'acheteur public ne peut déterminer à l'avance s'ils prennent la forme de marchés publics ou de concessions dans la mesure où « les exigences procédurales seraient satisfaites » dans l'une ou l'autre des hypothèses (*Fiche explicative – dialogue compétitif – directive classique. Commission européenne, 16 févr. 2016*).

2° Une procédure applicable aux marchés publics conclus par les entités adjudicatrices

7. – Les entités adjudicatrices peuvent dorénavant recourir à la procédure de dialogue compétitif quel que soit l'objet du marché (*D. n° 2016-360, 25 mars 2016, art. 26*), ce qui ne leur était possible qu'en matière de marchés de défense et de sécurité sous le régime antérieur (*CMP, art. 178*).

3° Dialogue compétitif et autres procédures de l'ordonnance relative aux marchés publics

8. – Dialogue compétitif et procédures négociées – L'ordonnance du 23 juillet 2015 distingue la procédure concurrentielle avec négociation ouverte aux pouvoirs adjudicateurs et la procédure négociée avec mise en concurrence préalable ouverte aux entités adjudicatrices (*Ord. n° 2015-899, 23 juill. 2015, art. 42*). Ces procédures négociées permettent à l'acheteur public de négocier les conditions du marché public avec un ou plusieurs opérateurs économiques.

Le Code des marchés publics de 2006 dissociait clairement les hypothèses de recours aux procédures négociées et au dialogue compétitif. En effet, la procédure négociée avec publicité et mise en concurrence préalable répondait à des hypothèses exceptionnelles et limitatives (*CMP, art. 35, I, 1°*) tandis que le dialogue compétitif était ouvert dans des hypothèses particulières de complexité technique ou financière du marché (*CMP, art. 36*). De même, tout en permettant une discussion avec les candidats, les conditions de déroulement du dialogue étaient plus encadrées que celles de la procédure négociée.

En application de l'ordonnance du 23 juillet 2015 (*Ord. n° 2015-899, 23 juill. 2015*), ces deux procédures tendent à se confondre bien que les textes leur assignent des finalités distinctes : le dialogue compétitif permet à l'acheteur public de "*définir ou développer une ou plusieurs solutions de nature à répondre à ses besoins*" (*D. n° 2016-360, 25 mars 2016, art. 75*) alors la procédure négociée consiste à négocier avec les candidats les conditions du marché (*D. n° 2016-360, 25 mars 2016, art. 71 et 74*).

Il existe certes des différences : les propositions initiales d'un dialogue compétitif sont des "*solutions à discuter*" (*D. n° 2016-360, 25 mars 2016, art. 76*), non engageantes à la différence des offres initiales et ultérieures remises par les candidats dans le cadre d'une procédure négociée. De plus, le dialogue permet de discuter de "*tous les aspects du marché*" (*D. n° 2016-360, 25 mars 2016, art. 76*) alors que les "*exigences minimales et les critères d'attributions*" ne peuvent faire l'objet d'une négociation (*D. n° 2016-360, 25 mars 2016, art. 73, I*).

Pour autant, ces différences ne sont pas déterminantes. La procédure négociée, à l'instar du dialogue, permet une discussion pour identifier des solutions permettant de répondre aux besoins de la personne publique et ainsi, négocier les conditions du marché. La frontière entre un programme fonctionnel (dialogue compétitif) et un cahier des charges (procédure négociée) est en pratique délicate à tracer. Dans un dialogue, le caractère non engageant des solutions présentées par les candidats n'a que peu d'incidences dans la mesure où il est toujours délicat pour eux de revenir sur celles-ci. Enfin, il a été jugé que les modifications apportées au programme fonctionnel doivent restées limitées (*CE, 4 avr. 2005, n° 265784, Cne Castellar : JurisData n° 2005-068264 ; Lebon, p. 141 ; JCP A 2005, act. 149 ; JCP G 2005, IV, 2209 ; JCP A 2005, 981 ; Dr. adm. 2005, comm. 102, note A. Ménéménis*).

Au-delà même de ces différences, de nombreux points communs rapprochent surtout les deux procédures : publication des exigences dans l'avis de publicité, délai de remise des candidatures de 30 jours (sauf situation d'urgence en procédure négociée), possibilité d'organiser des phases successives de discussion, choix des offres finales sur la base des critères de sélection, etc. Plus encore, les cas dans lesquels il peut être recouru à l'une ou l'autre des procédures sont désormais les mêmes s'agissant des pouvoirs adjudicateurs (*D. n° 2016-360, 25 mars 2016, art. 25, II*).

En définitive, le seul point important de différenciation entre ces deux procédures tient aux conditions de leur déroulement après la remise des offres finales. Les dispositions relatives au dialogue compétitif permettent à l'acheteur public de demander aux participants "*des précisions, clarifications, perfectionnements ou compléments*" sans qu'ils ne puissent avoir "*pour effet de modifier les aspects essentiels de l'offre finale*" (*D. n° 2016-360, 25 mars 2016, art. 76, III*). Il peut également demander à l'attributaire désigné au terme du dialogue de "*clarifier des aspects de son offre ou [de] confirmer les engagements figurant dans celle-ci*" (*D. n° 2016-360, 25 mars 2016, art. 76, IV*). À l'inverse, il est expressément précisé que le pouvoir adjudicateur ne peut, dans le cadre d'une procédure concurrentielle avec négociation, négocier les offres finales (*D. n° 2016-360, 25 mars 2016, art. 73, I*). Le décret du 25 mars 2016 (*D. n° 2016-360, 25 mars 2016*) offre donc au pouvoir adjudicateur une marge de manœuvre plus importante dans le cadre du dialogue compétitif, on pourrait ainsi y voir un critère pour choisir l'une ou l'autre des procédures.

9. – Dialogue compétitif et procédure de conception-réalisation – Les marchés de conception-réalisation peuvent dorénavant être passés selon la procédure de dialogue compétitif dans la mesure où ils comportent par nature des prestations de conception (*D. n° 2016-360, 25 mars 2016, art. 91. – D. n° 2016-361, 25 mars 2016, art. 79*).

Il s'agit ici d'une nouveauté par rapport au régime antérieur puisque la passation des marchés portant à la fois sur la définition et la construction d'ouvrages soumis à la loi n° 85-704 du 12 juillet 1985 sur la maîtrise d'ouvrage publique dite loi « MOP » (*JO 13 juill. 1985*) était soumise à une procédure spécifique d'appel d'offres restreint, dite de conception-réalisation (*CMP, art. 69, I*). Le recours au dialogue compétitif pour la passation des marchés de conception-réalisation n'était alors possible, par exception, que "*dans le cas des opérations limitées à la réhabilitation de bâtiments, et si les conditions définies aux articles 36 et 37 sont réunies*" (*CMP, art. 69, II*).

10. – Dialogue compétitif et partenariat d'innovation – Le dispositif du partenariat d'innovation peut, à certains égards, se rapprocher de la procédure de dialogue compétitif dont la finalité repose, entre autres, sur l'acquisition de produits innovants. Toutefois, alors que le dialogue compétitif s'opère au travers d'une procédure de publicité et de mise en concurrence préalable à l'attribution du marché, le partenariat d'innovation est une forme de marché dont l'objet est la recherche et le développement de solutions innovantes en réponse aux besoins exprimés par l'acheteur public (*D. n° 2016-360, 25 mars 2016, art. 93*).

Les deux dispositifs répondent à des préoccupations différentes. Le dialogue compétitif est pertinent pour adopter et développer des solutions techniques existantes (conception, nécessité d'adaptation, innovation) alors que le partenariat d'innovation vise à développer des solutions non disponibles sur le marché. En d'autres termes, le partenariat d'innovation vise à définir le besoin relatif à des produits, des services ou des travaux qui ne sont pas déjà disponibles sur le marché.

II. - Conditions de recours au dialogue compétitif

11. – La définition préalable des besoins – L'ordonnance du 23 juillet 2015 et le décret du 25 mars 2016 imposent à la personne publique de déterminer avec précision la nature et l'étendue de ses besoins avant tout appel à la concurrence ou toute négociation non précédée d'un appel à la concurrence (*Ord. n° 2015-899, 23 juill. 2015, art. 30. – D. n° 2016-360, 25 mars 2016, art. 25, II*).

12. – Remarque préliminaire – Les entités adjudicatrices peuvent recourir librement au dialogue compétitif pour la passation de leurs marchés (hors secteurs de la défense ou de la sécurité) dans la mesure où aucune condition de recours n'est exigée (*D. n° 2016-360, 25 mars 2016, art. 26*).

A. - Cas général

13. – La réforme du droit de la commande publique intervenue en 2016 a élargi, pour les pouvoirs adjudicateurs, les conditions de recours au dialogue compétitif pour la passation des marchés publics hors secteurs de la défense et de la sécurité (*D. n° 2016-360, 25 mars 2016, art. 25*). Les précédentes conditions de recours demeurent toutefois inchangées pour les marchés de défense ou de sécurité (*D. n° 2016-361, 25 mars 2016, art. 21*).

1° Les marchés hors secteur de la défense et de la sécurité

14. – Accès facilité au dialogue compétitif – L'article 25 du décret du 25 mars 2016 (*D. n° 2016-360, 25 mars 2016, art. 25*) permet le recours au dialogue compétitif dans différentes hypothèses qui sont identiques à celles permettant le recours à la procédure concurrentielle avec négociation : la nécessité d'adapter les solutions immédiatement disponibles (i), le caractère innovant de la solution (ii), l'existence de prestations de conception (iii), l'impossibilité d'attribuer le marché sans négociation préalable en raison de circonstances particulières liées à sa nature, à sa complexité ou au montage juridique et financier ou encore en raison des risques qui s'y rattachent (iv), l'impossibilité de définir les spécifications techniques avec une

précision suffisante (v) et la présence d'offres irrégulières ou inacceptables (vi).

Ces hypothèses élargissent sensiblement les conditions de recours au dialogue compétitif qui répondaient, sous l'empire de l'ancien Code des marchés publics, à deux conditions tenant à l'impossibilité objective, pour l'acheteur public, de définir seul et à l'avance soit les moyens techniques répondant à ses besoins, soit le montage juridique et financier d'un projet. L'élargissement des hypothèses de recours, la référence à des conditions de recours plus générales (absence de solutions immédiatement disponibles, solutions innovantes, circonstances particulières, etc.) devraient en pratique rendre plus aisé le recours au dialogue compétitif.

C'est d'ailleurs l'objectif de la directive 2014/24/UE, qui énonce qu'*"il est absolument nécessaire que les pouvoirs adjudicateurs disposent de plus de souplesse pour choisir une procédure de passation de marchés prévoyant des négociations. Un recours accru à ces procédures est également susceptible de renforcer les échanges transnationaux"* (préambule, pt 42). Il appartiendra au juge administratif d'apprécier le respect des conditions de recours au dialogue compétitif.

15. – Lorsque le besoin ne peut être satisfait sans adapter des solutions immédiatement disponibles

– L'article 25, II, 1° du décret du 25 mars 2016 (*D. n° 2016-360, 25 mars 2016, art. 25, II, 1°*) permet de recourir à la procédure du dialogue compétitif lorsque le besoin ne peut être satisfait sans adapter les solutions immédiatement disponibles. Au sens de la directive 2014/24/UE, tel est le cas lorsque les bâtiments sont spéciaux ou lorsque les achats de fourniture et de services nécessitent une adaptation. *"De tels efforts d'adaptation ou de conception sont particulièrement nécessaires dans le cas d'acquisitions complexes, telles que les acquisitions de produits sophistiqués, de services intellectuels, par exemple certains services de conseil, d'architecture ou d'ingénierie, ou de projets majeurs relevant du domaine des technologies de l'information et de la communication (TIC)."* (*Dir. 2014/24/UE, 26 févr. 2014, consid. 43*). À l'inverse, des prestations totalement standardisées et fournies par un nombre important d'opérateurs économiques sur le marché économique ne devraient pas satisfaire cette hypothèse de recours.

16. – Lorsque le besoin consiste en une solution innovante – L'article 25, II, 2° du décret du 25 mars 2016 permet de recourir à la procédure du dialogue compétitif lorsque le besoin consiste en une solution innovante (*D. n° 2016-360, 25 mars 2016, art. 25, II, 2°*). Aux termes de cet article, *"Sont innovants les travaux, fournitures ou services nouveaux ou sensiblement améliorés. Le caractère innovant peut consister dans la mise en œuvre de nouveaux procédés de production ou de construction, d'une nouvelle méthode de commercialisation ou d'une nouvelle méthode organisationnelle dans les pratiques, l'organisation du lieu de travail ou les relations extérieures de l'entreprise"*.

En application des précédents textes, la recherche de nouveaux procédés innovants de réalisation des kiosques à journaux de la ville de Paris ainsi que de gestion des kiosquiers (évolutions technologiques et d'objectifs d'usage multiple des kiosques, respect des contraintes architecturales et de l'environnement, de gestion optimale d'un réseau de kiosquiers et d'optimisation des recettes domaniales) a pu par exemple justifier le recours au dialogue compétitif (*CE, 26 juin 2015, n° 389682, Ville Paris : JurisData n° 2015-015674 ; Lebon T., p. 748 ; JCP A 2015, act. 599 ; Contrats-Marchés publ. 2015, comm. 232*). Également, l'achat de tablettes numériques aux élèves d'un département, dès lors qu'il s'inscrit dans le développement de pratiques pédagogiques innovantes accompagnant les dispositifs informatiques du rectorat et de l'académie (par ailleurs en mutation), peut faire l'objet d'un dialogue compétitif (*CAA Nancy, 30 juin 2016, n° 15NC01460 : JurisData n° 2016-014789*).

17. – Lorsque le marché public comporte des prestations de conception – L'article 25, II, 3° du décret du 25 mars 2016 permet de recourir à la procédure du dialogue compétitif lorsque le marché public comporte des prestations de conception (*D. n° 2016-360, 25 mars 2016, art. 25, II, 3°*).

Pour les marchés de travaux comportant des prestations de conception, le recours au dialogue compétitif peut néanmoins comporter certaines spécificités (V. [n° 31](#)).

Cette situation concerne des marchés portant exclusivement sur des prestations de conception (ex. marché d'études) ou, à tout le moins, incluant de telles prestations (ex. marché de partenariat ou marché globaux portant sur des travaux ne relevant pas du champ d'application de la loi n° 85-704 du 12 juillet 1985, dite « loi MOP »). Le juge pourra alors objectivement vérifier l'existence d'une prestation de conception dans l'objet du marché.

18. – Lorsque le marché public ne peut être attribué sans négociation préalable – L'article 25, II, 4° du décret n° 2016-360 du 25 mars 2016 permet de recourir à la procédure du dialogue compétitif "*Lorsque le marché public ne peut être attribué sans négociation préalable du fait de circonstances particulières liées à sa nature, à sa complexité ou au montage juridique et financier ou en raison des risques qui s'y rattachent*" (D. n° 2016-360, 25 mars 2016, art. 25, II, 4°).

Ce cas de recours devrait en particulier viser des situations où, non seulement l'acheteur public, mais aussi les candidats, ne sont pas en mesure de déterminer sans dialogue préalable un prix (selon une forme unitaire ou forfaitaire), des quantités ou des solutions techniques/financières (haute technicité, dimension exceptionnelle, diversité des solutions possibles) en lien avec les prestations du marché. Le dialogue devrait alors contribuer, en évitant par exemple que les candidats intègrent dans leur chiffrage des éléments non prévisibles (provision excessive sur le prix), à l'optimisation et la comparaison des offres.

Cette hypothèse repose sur des circonstances particulières, liées à la nature des prestations (prestations atypiques, ou devant faire l'objet, en raison de leur complexité, d'adaptations constantes). Cela pourrait ainsi concerner par exemple, des prestations de réparation/maintenance concernant des prototypes d'avions dont la nature et l'ampleur dépendent du diagnostic technique développé par les candidats au cours des négociations (pour un parallèle avec la dérogation prévue avec l'ancien article 35, I, 4° du Code des marchés publics : V. *TA Montreuil*, 6 nov. 2012, n° 1208326, *Sté Sabena Technics DNR*).

Les ouvrages ou services dont la réalisation a été jugée complexe sur le plan technique ou financier, sur le fondement des précédents textes relatifs au dialogue compétitif, peuvent aussi constituer par analogie des illustrations pertinentes ainsi que l'a souligné un rapporteur public du Conseil d'État dans une affaire récente (*Conc. G. Pellissier sur CE*, 5 juill. 2017, n° 401940, *Cne La Teste-de-Buch* : *JurisData* n° 2017-013419 ; *JCP A* 2017, act. 497) : un palais de justice dès lors que ses dimensions sont exceptionnelles, qu'il exerce des fonctions très spécifiques et s'intègre dans un environnement urbain contraint (*CAA Paris*, 3 avr. 2014, n° 13PA02769, *Assoc. « La Justice dans la Cité »* : *JurisData* n° 2014-006600 ; *JCP G* 2014, 458 ; *JCP A* 2014, act. 356 ; *Contrats-Marchés publ.* 2014, comm. 177, note P. Devillers), une cité municipale dès lors qu'elle est un « bâtiment à énergie positive (BEPOS) » dont la réalisation présente

une forte dimension expérimentale et s'insère dans une zone classée (*CAA Bordeaux*, 15 sept. 2015, n° 15BX01208, *Cité Municipale de Bordeaux* : *JurisData* n° 2015-022913), la mise en place, pour la première fois, d'un contrat d'assurance unique basé sur des solutions techniques originales se substituant progressivement aux multiples contrats de protection santé existants, dans un contexte de réforme profonde de l'acheteur public (*CE*, 11 mars 2013, n° 364551, *Assemblée des chambres françaises de commerce et d'industrie et mutuelle des chambres de commerce et d'industrie* : *JurisData* n° 2013-004369 ; *Contrats-Marchés publ.* 2013, comm. 130, note W. Zimmer ; *JCl. Contrats et Marchés Publics, Synthèse 50 : Procédures de passation des marchés publics*), un projet global relatif à l'exploitation publicitaire de kiosques de presse pour lequel le titulaire du contrat aurait à fournir des prestations dans des conditions comparables à celles que prévoyaient les contrats en cours (*CE*, 26 mai 2015, n° 389682, *Ville Paris, préc.* n° 16).

À l'inverse, les situations suivantes ont été considérées comme ne présentant pas de complexité technique : un projet global relatif à un hôtel de ville dont la commune avait précisément défini ses besoins à la date à laquelle elle a décidé de recourir au contrat de partenariat même si les conditions de maintenance et d'exploitation et les modalités de mesure des performances énergétiques n'étaient pas définies (CAA Bordeaux, 31 mai 2016, n° 15BX01638 : *JurisData* n° 2016-013992 ; *Contrats-Marchés publ.* 2016, comm. 221, note H. Hoepffner ; *Contrats-Marchés publ.* 2016, comm. 210, note H. Hoepffner), l'extension et la modernisation d'un musée et la construction d'une Cité de l'Océan et du surf même si la Commune devait faire appel à « des équipements de haute technologie » (CE, 30 juill. 2014, n° 363007, Cne Biarritz : *JurisData* n° 2014-018663 ; Lebon T., p. 745 ; JCP A 2014, act. 67 ; JCP A 2014, 2268 ; *Contrats-Marchés publ.* 2014, comm. 274 ; *Dr. adm.* 2014, comm. 74 ; *BJCP* 2014, p. 404, concl. G. Pellissier), la construction d'un hôtel de ville qui ne présentait pas de complexité technique particulière ni de caractère novateur en dépit des objectifs fixés en matière de consommation énergétique et d'impact environnemental (CE, 5 juill. 2017, n° 401940, Cne La Teste-de-Buch, préc.).

Les circonstances liées au « montage juridique et financier » pourraient viser la réalisation d'un projet comportant un financement complexe et structuré laissant par exemple la faculté aux opérateurs de proposer différentes formes de rémunération (Fiche « Urgence, complexité et efficacité économique », 28 sept. 2010, *Mission d'appui aux partenariats public-privé*).

La circonstance liée à l'existence d'un risque peut renvoyer à la difficulté pour l'acheteur de prévoir sans dialogue préalable la nature des risques susceptibles d'être assumés par les candidats (DAJ, 1er avr. 2016, *La procédure concurrentielle avec négociation*).

19. – Lorsque le pouvoir adjudicateur n'est pas en mesure de définir les spécifications techniques du marché – L'article 25, II, 5° du décret n° 2016-360 du 25 mars 2016 permet de recourir à la procédure du dialogue compétitif « *Lorsque le pouvoir adjudicateur n'est pas en mesure de définir les spécifications techniques avec une précision suffisante en se référant à une norme, une évaluation technique européenne, une spécification technique commune ou un référentiel technique* » (D. n° 2016-360, 25 mars 2016, art. 25, II, 4°).

Cette hypothèse renvoie à l'obligation faite aux acheteurs publics de définir, dans les pièces du marché public, ses besoins par référence à des spécifications techniques formulées en termes de normes ou de référentiels (Ord. n° 2015-299, 23 juill. 2015, art. 33. – D. n° 2016-360, 25 mars 2016, art. 25). L'acheteur peut, sur des sujets complexes, rencontrer une difficulté à exprimer avec précision les prescriptions techniques permettant de répondre à ses besoins. Le recours au dialogue compétitif lui permet d'exprimer ses besoins, de façon plus générale, en termes d'objectifs et d'exigences à atteindre (programme fonctionnel).

L'hypothèse décrite ci-dessus procède au fond d'une logique similaire de celle qui permettait déjà à l'acheteur public, sous l'empire des anciens textes, de recourir au dialogue compétitif lorsqu'il n'était pas « *objectivement en mesure de définir seul et à l'avance les moyens techniques pouvant répondre à ses besoins* ». Les décisions rendues sous l'empire des dispositions antérieures du Code des marchés publics peuvent ainsi fournir d'utiles illustrations pour l'application de cette nouvelle condition (Conc. G. Pellissier sur CE, 5 juill. 2017, n° 401940, Cne La Teste-de-Buch, préc. n° 18). La nouvelle rédaction, en particulier l'expression « *avec une précision suffisante* », témoigne cependant d'une volonté d'assouplissement. En pratique, cette hypothèse pourrait d'ailleurs assez largement recouper celle décrite ci-avant au point précédent.

Enfin, les termes l'article 25, II, 4° du décret n° 2016-360 du 25 mars 2016 ne sont pas non plus sans

rappeler ceux de l'article 35-I 2° du précédent Code des marchés publics qui permettaient, sous l'empire de cet ancien texte, le recours à la procédure négociée avec publicité et mise en concurrence préalable. Cet article visait alors particulièrement les marchés de service financier et les marchés de prestation intellectuelle.

20. – Offres irrégulières ou inacceptables – L'article 25, II, 6° du décret n° 2016-360 du 25 mars 2016 permet de recourir à la procédure du dialogue compétitif "*Lorsque, dans le cadre d'un appel d'offres, seules des offres irrégulières ou inacceptables, au sens de l'article 59, ont été présentées pour autant que les conditions initiales du marché public ne soient pas substantiellement modifiées. Le pouvoir adjudicateur n'est pas tenu de publier un avis de marché s'il ne fait participer à la procédure que le ou les soumissionnaires qui ont présenté des offres conformes aux exigences relatives aux délais et modalités formelles de l'appel d'offres*" (D. n° 2016-360, 25 mars 2016, art. 25, II, 6°).

Aux termes de l'article 59 du décret n° 2016-360 du 25 mars 2016, "*une offre irrégulière est une offre qui ne respecte pas les exigences formulées dans les documents de la consultation notamment parce qu'elle est incomplète, ou qui méconnaît la législation applicable notamment en matière sociale et environnementale. Une offre inacceptable est une offre dont le prix excède les crédits budgétaires alloués au marché public tels qu'ils ont été déterminés et établis avant le lancement de la procédure*" (D. n° 2016-360, 25 mars 2016, art. 59, I).

Exemple d'offres inacceptables : la méconnaissance par une offre de la réglementation relative aux produits de construction de l'appel d'offres (CE, 30 sept. 2011, n° 350153, Dpt Haute Savoie : *JurisData* n° 2011-020457 ; *Lebon T.*, p. 1084 ; JCP A 2011, act. 635 ; *Contrats-Marchés publ.* 2011, comm. 333, note J.-P. Pietri) ou encore dans le cadre d'une offre qui excédait « très largement les prévisions de financement » d'un marché (CAA Douai, 28 janv. 2016, n° 14DA00039).

Exemple d'offres irrégulières : situation d'un soumissionnaire qui n'avait pas présenté séparément une option chiffrée alors qu'elle était imposée par le règlement de consultation (CE, 23 juin 2010, n° 336910, Cne Châtel : *JurisData* n° 2010-010889 ; JCP A 2010, 1843) ou encore dans le cadre d'une offre qui comportait un nombre erroné de rotations eu égard au transport des effectifs annoncés ne respectant ainsi pas les exigences figurant dans le dossier de consultation (CAA Marseille, 24 févr. 2014, n° 11MA02562, Sté autocars Rignon).

Lorsque l'acheteur n'a réceptionné que des offres irrégulières ou inacceptables, il est tenu de les rejeter et peut déclarer la procédure sans suite ou infructueuse. Lorsqu'il déclare la procédure infructueuse, il peut décider d'initier une nouvelle procédure sous la forme d'un dialogue compétitif. Le contrôle exercé par le juge administratif sur la décision d'infructuosité est celui de l'erreur manifeste d'appréciation (CE, 3 oct. 2012, n° 359921, Dpt Hauts-de-Seine : *JurisData* n° 2012-022289 ; JCP A 2013, 2003, note F. Linditch ; *Contrats-Marchés publ.* 2012, comm. 305, note P. Devillers).

Si l'infructuosité résulte d'offres ayant un caractère inacceptable, la procédure de dialogue compétitif peut se dérouler avec les soumissionnaires ayant remis de telles offres, sans nouvel avis d'appel public à la concurrence.

2° Marchés de défense ou de sécurité

21. – Maintien des conditions antérieures (de complexité) – L'acheteur public peut recourir au dialogue compétitif pour la passation des marchés de défense ou de sécurité lorsque l'une des conditions alternatives est remplie : (i) "*l'acheteur n'est objectivement pas en mesure de définir seul et à l'avance les moyens techniques pouvant répondre à ses besoins*" ; (ii) "*il n'est objectivement pas en mesure d'établir le montage juridique ou financier du projet*" (D. n° 2016-361, 25 mars 2016, art. 21). Ces conditions de recours s'

appliquent d'ailleurs aussi bien aux pouvoirs adjudicateurs qu'aux entités adjudicatrices.

22. – Impossibilité de définir les moyens techniques – L'impossibilité « de définir les moyens techniques » signifie que l'acheteur public n'est pas en mesure de déterminer les prestations qu'il souhaite obtenir de l'attributaire pour mener à bien son projet en raison notamment de sa complexité technique particulière ou de son caractère novateur (*Conc. Gilles Pellissier, 30 juill. 2014, n° 363007, Cne Biarritz, préc. n° 18*).

Concrètement, l'acheteur public devra démontrer qu'il ne peut arrêter seul la conception du projet dans un cahier des charges définitif, sur la base duquel les candidats pourraient remettre une offre sans aucun changement. Le juge administratif considère ainsi qu'un marché ne peut être considéré comme complexe lorsque le cahier des clauses techniques particulières amendé après l'unique réunion de dialogue compétitif diffère très peu du cahier des clauses techniques particulières initial tant en ce qui concerne la définition des objectifs de performance qui étaient énumérés dès l'origine que les moyens d'y parvenir, notamment pour le programme fonctionnel, les conditions d'exploitation et les spécifications techniques (*CAA Paris, 14 mars 2017, n° 16PA02230 : JurisData n° 2017-007997 ; Contrats-Marchés publ. 2017, comm. 124, note P. Devillers*).

Pour apprécier la complexité d'un projet, le juge tient compte de l'ensemble des circonstances de l'espèce et notamment de l'ensemble des études, même réalisées par des tiers, dont l'acheteur public dispose déjà à la date à laquelle il décide de recourir à la procédure du dialogue compétitif (*CE, 30 juill. 2014, n° 363007, Cne Biarritz, préc. n° 18*. – V. [n° 22](#) à propos d'une situation d'extension et de modernisation d'un musée et la construction d'une Cité de l'Océan et du surf ne remplissant pas la condition de complexité). De même, ne remplit pas la condition de complexité la construction d'un hôtel de ville qui ne présentait pas de complexité technique particulière ni de caractère novateur en dépit des objectifs fixés en matière de consommation énergétique et d'impact environnemental (*CE, 5 juill. 2017, n° 401940, Cne La Teste-de-Buch, préc. n° 18*).

Le juge administratif a en revanche admis le caractère complexe d'un projet de marché unique destiné à se substituer progressivement à l'ensemble des contrats d'assurance santé et prévoyance passés par chaque chambre de commerce et d'industrie au profit de leurs personnels sur la base de solutions techniques originales (*CE, 11 mars 2013, n° 364551, Assemblée des chambres françaises de commerce et d'industrie : JurisData n° 2013-004369 ; Contrats-Marchés publ. 2013, comm. 130, note W. Zimmer ; JCl. Contrats et Marchés Publics, Synthèse 40 : Procédures de passation des marchés publics*). Il en a été jugé de même s'agissant d'un marché de rénovation du réseau de kiosques à journaux parisiens pour lequel la Ville souhaitait que les candidats proposent des solutions innovantes aussi bien pour la conception des ouvrages que pour la gestion de l'activité des kiosquiers (*CE, 26 juin 2015, n° 389682, Ville Paris, préc. n° 16*). La complexité a également été reconnue pour un marché unique portant sur le transport aérien des greffons et des équipes médicales chargées d'assurer leur acheminement vers plusieurs établissements publics répartis sur le territoire national dans la mesure où le pouvoir adjudicateur ne disposait pas d'une expérience suffisante sur l'organisation à mettre en place pour répondre aux impératifs de desserte nationale et de respect du temps de trajet (*CAA Marseille, 9 mai 2016, n° 15MA02663, Sté Air taxi & Charter international s/c/ Centre hospitalier régional universitaire de Montpellier*).

23. – Impossibilité d'établir un montage juridique ou financier – L'impossibilité « d'établir le montage financier ou juridique du projet » suppose que la personne publique ne soit pas objectivement en mesure « d'évaluer ce que le marché peut offrir en termes de solutions techniques ou financières », notamment dans l'hypothèse « de projets comportant un financement complexe et structuré » (*Dir. 2014/25/UE, 26 févr. 2014, consid. 42*).

La notion de complexité juridique et financière serait ainsi moins sous-tendue par l'idée d'une incapacité totale, pour l'acheteur public, de définir précisément le montage juridique et financier du projet que par une

volonté d'optimiser financièrement les conditions de réalisation de ce projet, notamment par une répartition des risques adéquate, en souhaitant recourir à un procédé de financement dont elle pressent la pertinence mais dont elle ne connaît pas les caractéristiques exactes. Concrètement, le dialogue compétitif permettrait ainsi à l'acheteur public non seulement d'obtenir un financement mais, plus encore, de choisir ce financement parmi différentes propositions formulées par les candidats, ce qui n'est pas possible dans le cadre d'un appel d'offres classique.

Une telle impossibilité pourrait ainsi être constatée lorsque « les écarts financiers prévisibles entre plusieurs solutions sont très faibles » (*L. Richer et F. Lichère, Droit des contrats administratifs : LGDJ, 10e éd., 2016, p. 1021*). Dans le même sens, la Commission européenne prenait comme exemple l'hypothèse d'un marché de travaux passé pour la restructuration d'une école aux termes duquel le pouvoir adjudicateur laissait la faculté aux candidats de proposer différentes manières de se rémunérer afin d'en limiter les coûts en utilisant des terrains pour des fins diverses (construction de logements, facilités sportives, etc.), accompagnées ou non de paiements (*Fiche explicative « Dialogue compétitif – directive classique », Commission européenne, dir. 2004/18/CE, 31 mars 2004*).

Le juge a notamment considéré que « la seule indétermination du choix entre un achat de l'appareil, une location de l'appareil avec option d'achat ou l'achat de données, qui ne constituent pas des montages juridiques et financiers complexes » n'est pas de nature à révéler, à elle seule, l'incapacité objective du pouvoir adjudicateur d'établir le montage juridique ou financier du projet (*CE, 18 déc. 2017, n° 413527, Météo-France et Sté Leosphere : JurisData n° 2017-026028*).

3° Réalité et justification des conditions de recours au dialogue compétitif

24. – Les types de recours – Le juge administratif contrôle le respect des conditions de recours au dialogue compétitif à plusieurs égards.

Le non-respect des conditions de recours au dialogue compétitif constitue un manquement aux règles de mise en concurrence relevant de l'office du juge des référés précontractuels (*CE, 11 mars 2013, n° 364551, Assemblée des chambres françaises de commerce et d'industrie et mutuelle des chambres de commerce et d'industrie, préc. n° 18*). Ce non-respect, dans la mesure où il est susceptible de léser les candidats ayant participé à la consultation, sauf si leur candidature ou leur offre est affectée par un vice étranger à la procédure suivie (*CE, 14 déc. 2009, n° 330052, Dpt Cher : JurisData n° 2009-016877 ; Contrats-Marchés publ. 2009, comm. 348, note W. Zimmer*), est donc de nature à entraîner l'annulation de la procédure de publicité et de mise en concurrence.

Par ailleurs, les conditions de recours au dialogue compétitif relèvent aussi du contrôle du juge saisi par un tiers intéressé dans le cadre d'un recours en contestation de validité du contrat ou dans le cadre d'un recours contre la décision de signer le contrat. Dans la mesure où le non-respect des conditions de recours ne constitue pas un « vice d'une particulière gravité », il ne devrait pas entraîner la résolution du contrat mais plutôt sa résiliation, sauf si la poursuite de l'exécution du contrat est justifiée par un motif (notamment financier) d'intérêt général (*CE, 4 avr. 2014, n° 358994, Dpt Tarn-et-Garonne : JurisData n° 2014-006635 ; JCP A 2014, 2152, note Sestier ; JCP A 2014, 2153, note Hul ; Dr. adm. 2014, comm. 36, note F. Brenet ; Contrats-Marchés publ. 2014, repère 5, obs. F. Llorens et Soler-Couteaux ; Contrats-Marchés publ. 2014, étude 5, note Rees ; RFDA 2014, p. 425, concl. Dacosta ; RFDA 2014, p. 438, note Delvolvé. – Conc. Gilles Pellissier sur CE, n° 363007, 30 juill. 2014, Cne Biarritz, préc. n° 18. – CE, 5 juill. 2017, n° 401940, Cne La Teste-de-Buch, préc. n° 18*). À noter aussi que dans le cadre du recours dit « Tarn-et-Garonne », la possibilité de remise en cause du contrat n'est ouverte qu'aux seuls requérants susceptibles, d'une part, « d'être lésés dans [leurs] intérêts de façon suffisamment directe et certaine » par la passation du contrat ou ses clauses et, d'autre part, d'invoquer des « vices en rapport direct avec l'intérêt lésé dont ils se prévalent », c'est-à-dire ici principalement les concurrents évincés du fait du recours au dialogue compétitif.

Enfin, dans le contentieux susceptible de s'élever entre les parties au cours de l'exécution du contrat, l'invocation du non-respect des conditions de recours au dialogue compétitif ne devrait pas, sous réserve de circonstances très particulières, conduire le juge à écarter le contrat pour le règlement du litige (*CE, 12 janv. 2011, n° 338551, Manoukian : JurisData n° 2011-000207 ; Contrats-Marchés publ. 2011, comm. 88, note J.-P. Pietri*).

25. – L'intensité du contrôle – Pour le juge du fond ou du référé précontractuel, l'intensité du contrôle du juge sur les conditions de recours au dialogue compétitif est un contrôle normal ou entier de la qualification juridique des faits, le juge se mettant ainsi à la place de l'acheteur pour apprécier la condition (*Conc. G. Pellissier ss CE, 30 juill. 2014, n° 363007, Cne Biarritz, préc. n° 18*).

Pour le juge de cassation, le contrôle effectué sur les conditions de recours au dialogue compétitif et notamment dans le cas d'espèce sur la condition de complexité est également un contrôle normal (*CE, 11 mars 2013, n° 364551, Assemblée des chambres françaises de commerce et d'industrie et mutuelle des chambres de commerce et d'industrie, préc. n° 18*). En d'autres termes, le juge de cassation contrôle la qualification juridique des faits opérée par les juges du fond.

26. – Appréciation concrète des conditions de recours au dialogue compétitif – Lorsque les hypothèses de recours au dialogue compétitif conduisent à apprécier le comportement et les diligences de l'acheteur, ces derniers sont examinés concrètement compte tenu de la capacité de cet acheteur, de ses moyens et du personnel dont il dispose (*CE, 30 juill. 2014, n° 363007, Cne Biarritz, préc. n° 18. – Fiche explicative « Dialogue compétitif – directive classique », Commission européenne, dir. 2004/18/CE, 31 mars 2004*).

En outre, le juge administratif apprécie l'existence des conditions de recours à la procédure de dialogue compétitif à la date à laquelle l'acheteur décide de recourir au dialogue compétitif. Sous l'empire du précédent texte, il a à ce titre jugé que « pour apprécier la capacité objective de la personne publique à définir seule et à l'avance les moyens techniques permettant de répondre à ses besoins et, par suite, pour déterminer si la complexité technique du projet justifie légalement le recours au contrat de partenariat, il n'y a pas lieu de tenir compte des études postérieures au lancement de la procédure de passation du contrat que cette personne publique serait en mesure de confier à un tiers, soit dans le cadre du contrat de partenariat qu'elle envisage de conclure, soit au titre d'un contrat distinct ; qu'en revanche, il y a lieu de tenir compte de l'ensemble des études, même réalisées par des tiers, dont la personne publique dispose déjà à la date à laquelle elle décide de recourir au contrat de partenariat ; » (*CE, 30 juill. 2014, n° 363007, Cne Biarritz, préc. n° 18*).

B. - Prestations de conception et dialogue compétitif

27. – Problématique – En matière de marchés publics de travaux, l'un des principaux intérêts de la procédure de dialogue compétitif est de pouvoir associer le candidat à la phase amont de définition et de conception du projet. Cette situation peut cependant se heurter à deux contraintes :

- d'une part, si le dialogue compétitif peut conduire les candidats à formuler des propositions en matière de conception, il ne peut pas conduire à la réalisation des études elles-mêmes. Le Conseil d'État a ainsi jugé en 1997 qu'une personne publique ne pouvait pas demander à l'entrepreneur de réaliser les études relevant de la mission de maîtrise d'œuvre au cours d'un appel d'offres sur performances, procédure qui préfigurait la procédure de dialogue compétitif (*CE, 3 nov. 1997, n° 148433, Conseil national de l'ordre des architectes*) ;
- d'autre part et surtout, l'article 7 de la loi « MOP » (*L. n° 85-704, 12 juill. 1985, art. 7*) dispose que « la mission de maîtrise d'œuvre est distincte de celle d'entrepreneur ». Ainsi, la personne publique doit choisir elle-même un maître d'œuvre parfaitement indépendant de l'entrepreneur, qui ne peut en principe pas s'immiscer dans la conception de l'ouvrage. Selon cet article, la mission de maîtrise d'œuvre inclut les « éléments de conception et d'assistance suivants : [...] »

les études d'esquisse ; [...] les études d'avant-projets ; [...] les études de projet". Les « études d'exécution » peuvent en revanche être « faites par l'entrepreneur ». S'agissant des ouvrages soumis aux dispositions de la loi « MOP », il n'est donc, en principe, pas possible de confier, par un seul et même « *contrat à un groupement de personnes de droit privé ou, pour les seuls ouvrages d'infrastructures, à une personne de droit privé, une mission portant à la fois sur l'établissement des études et l'exécution des travaux* » (L. n° 85-704, 12 juill. 1985, art. 18).

28. – Si la mise en œuvre du dialogue compétitif impose, en règle générale, de prendre en compte les contraintes exposées ci-dessus **(1)**, certaines situations particulières permettent de s'en affranchir **(2)**.

1° Conciliation du recours au dialogue compétitif avec les contraintes exposées ci-dessus

29. – Dans le cadre de la passation de marchés de travaux, la loi « MOP » s'applique, de manière générale (L. n° 85-704, 12 juill. 1985, art. 1) à la réalisation et la réhabilitation d'ouvrages de bâtiment ou d'infrastructure (ainsi qu'aux équipements industriels destinés à leur exploitation), dont le maître d'ouvrage est une personne publique. Elle prévoit (L. n° 85-704, 12 juill. 1985, art. 5) que pour la réalisation de ce type d'ouvrages, la mission de maîtrise d'œuvre est distincte de celle des travaux ce qui signifie qu'une personne publique ne peut confier, en principe, ces deux missions au même opérateur.

Il en résulte que l'établissement des études (et des autres éléments composant la mission de base du maître d'œuvre prévue par le décret n° 93-1268 du 29 novembre 1993) doit être confié à un maître d'œuvre indépendant de l'entrepreneur, qui demeure en tout état de cause le seul responsable de la conception de l'ouvrage.

L'article 7 de la loi « MOP », en disposant que « *pour la réalisation d'un ouvrage, la mission de maîtrise d'œuvre est distincte de celle d'entrepreneur* », interdit ainsi de conclure avec un candidat constructeur un contrat ayant pour objet l'établissement des études de maîtrise d'œuvre. Même si le candidat constructeur s'engageait à en confier l'établissement à un maître d'œuvre parfaitement indépendant, le fait qu'il en soit d'abord contractuellement chargé constituerait en effet une méconnaissance de la loi « MOP ».

30. – Ainsi, au moment où les candidats à l'attribution du marché public de travaux reçoivent le dossier de consultation, la conception de l'ouvrage doit être suffisamment avancée, ce qui limite à priori sensiblement l'intérêt de recourir à une procédure de dialogue compétitif relative à un marché portant sur la conception puis la construction d'un ouvrage. Le décret n° 93-1268 du 29 novembre 1993 définit, en ce sens, les éléments de mission obligatoires du maître d'œuvre (qui ne peuvent donc, par définition, être établis dans le cadre du dialogue), à savoir :

- pour les opérations de bâtiment, « *l'avant-projet définitif ou le projet servent de base à la mise en concurrence des entreprises par le maître d'ouvrage* », ce qui suppose que le maître d'œuvre choisi par la personne publique ait auparavant établi les études d'esquisse ou de diagnostic et les études d'avant-projet sommaire (D. n° 93-1268, 29 nov. 1993, art. 7 et 14) ;
- pour les ouvrages d'infrastructure, « *l'avant-projet ou le projet servent de base à la mise en concurrence des entreprises par le maître d'ouvrage* », ce qui suppose que le maître d'œuvre ait auparavant établi les études préliminaires ou de diagnostic (D. n° 93-1268, 29 nov. 1993, art. 23).

31. – Au vu des règles précitées attachées à la maîtrise d'ouvrage publique, une personne publique pourrait néanmoins recourir à une procédure de dialogue compétitif dans les conditions suivantes : elle pourrait élaborer un dossier de consultation fondé sur « l'avant-projet définitif » pour les bâtiments et « l'avant-projet » pour les infrastructures, et non les études de « projet » elles-mêmes, afin de laisser autant de place que possible aux échanges entre la personne publique, les candidats et le maître d'œuvre (V. en ce sens : Recours à la procédure de dialogue compétitif, fiche pratique publiée par la direction des affaires

juridiques du ministère des Finances, disponible sur le site internet du ministère).

Lors des propositions remises par les candidats au cours du dialogue, la personne publique pourrait donc leur demander de livrer leur analyse des études d'avant-projet et les pistes d'optimisation auxquelles ils songent, puis organiser une discussion au cours des auditions et des échanges écrits qui doivent normalement caractériser tout dialogue compétitif. Enfin, au moment de préparer le dossier de consultation remis au stade des offres finales, la personne publique pourrait autoriser les candidats à présenter leurs propositions, encore améliorées grâce aux auditions et aux échanges écrits, dans le cadre d'une offre variante.

32. – Le recours à la technique de la variante serait le moyen à la fois de respecter le décret n° 93-1268 du 29 novembre 1993, qui n'admet l'intervention des candidats sur les études d'avant-projet que dans le cadre de variantes (les articles 7 et 23 du décret énoncent en effet que, *“lorsque le maître d'ouvrage retient une offre d'une entreprise qui comporte une variante respectant les conditions minimales stipulées dans le dossier de consultation, le maître d'œuvre doit compléter les études du projet pour en assurer la cohérence, notamment en établissant la synthèse des plans et spécifications et, le cas échéant, prendre en compte les dispositions découlant d'un permis de construire modifié”*), et de préserver l'esprit du dialogue compétitif, dans lequel la personne publique doit s'abstenir de « mutualiser » les propositions des candidats (technique du dialogue dit « en tunnel ». – V. [n° 96](#)).

À l'issue du dialogue compétitif, le marché public de travaux sera ainsi conclu sur la base d'une contribution du constructeur à l'optimisation de l'avant-projet. À ce stade du processus, il restera encore deux séries d'études à mener pour finaliser la conception de l'ouvrage. Tout d'abord, il restera à établir « les études de projet ». Selon l'article 7 de la loi « MOP », elles doivent obligatoirement être établies par le maître d'œuvre. Puis, il faudra établir les « études d'exécution ». Selon cet article, elles peuvent être confiées, soit au maître d'œuvre, soit au constructeur.

2° Situations particulières permettant de s'affranchir des contraintes exposées ci-dessus

33. – Le principe d'indépendance du maître d'œuvre à l'égard de l'entrepreneur prévu par la loi « MOP » (L. n° 85-704, 12 juill. 1985, art. 7) cède dans différentes hypothèses. La procédure de consultation peut alors porter sur un marché ayant pour objet tant des prestations de conception que de réalisation de travaux. Le dialogue compétitif pourra alors être lancé sans qu'un maître d'œuvre indépendant ait nécessairement travaillé en amont sur les éléments de conception du projet. Dans ces conditions, les opérateurs admis à participer au dialogue pourront être associés à l'établissement des différentes études de conception en vue de définir ou développer des solutions qui permettent de répondre aux besoins de l'acheteur public, sans être contraints par un avant-projet ou un projet préalablement arrêté par un maître d'œuvre. Dans certains cas, la réglementation prévoit aussi que les candidats pourront même au cours du dialogue réaliser de véritables prestations d'étude par dérogation au principe exposé ci-avant (V. [n° 31](#)).

34. – Marchés de partenariat – La loi « MOP » (L. n° 85-704, 12 juill. 1985) ne s'applique qu'aux opérations dans lesquelles la personne publique assure la maîtrise d'ouvrage des travaux. Dès lors, les opérations dans lesquelles la maîtrise d'ouvrage est privée telles que les marchés de partenariat ne sont pas soumises au principe d'indépendance du maître d'œuvre à l'égard de l'entrepreneur.

35. – Marchés publics globaux – L'ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015 distingue trois catégories de marchés publics globaux :

- d'une part, les marchés publics de conception-réalisation : les acheteurs publics peuvent recourir au contrat de conception-réalisation lorsque l'association de l'entrepreneur aux études de l'ouvrage soumis aux dispositions de la loi « MOP » est rendue nécessaire pour des motifs d'ordre technique ou un engagement contractuel sur un niveau d'amélioration de l'efficacité énergétique (Ord. n° 2015-299, 23 juill. 2015, art. 33) ;
- d'autre part, les marchés publics globaux de performance : les marchés publics globaux de

performance permettent aux acheteurs publics d'associer l'exploitation ou la maintenance à la réalisation ou à la conception-réalisation d'un ouvrage soumis aux dispositions de la loi « MOP » à la condition (unique) que des « objectifs chiffrés de performance » sont imposés à l'entrepreneur (*Ord. n° 2015-299, 23 juill. 2015, art. 34*) ;

- enfin, les marchés publics globaux sectoriels : le recours au marché public global sectoriel est admis dans les hypothèses limitativement énumérées. Il déroge de plein droit aux dispositions de la loi « MOP » puisqu'il n'est soumis à aucune conditions de recours et n'implique pas de fixer des engagements de performance mesurable (*Ord. n° 2015-299, 23 juill. 2015, art. 35*). Les acheteurs publics peuvent ainsi conclure un marché public global sectoriel associant, notamment, la conception et la réalisation :
 - des immeubles affectés à la police nationale, à la gendarmerie nationale, aux armées ou aux services du ministère de la Défense,
 - des infrastructures nécessaires à la mise en place de systèmes de communication et d'information répondant aux besoins des services du ministère de l'Intérieur,
 - des immeubles affectés à la brigade des sapeurs-pompiers de Paris,
 - des immeubles affectés par l'État à la formation des personnels qui concourent aux missions de défense et de sécurité civiles,
 - des établissements pénitentiaires,
 - des centres de rétention ou des zones d'attente,
 - des bâtiments ou équipements affectés à l'exercice des missions des établissements publics de santé, des organismes visés à l'article L. 124-4 du Code de la sécurité sociale gérant des établissements de santé et des structures de coopération sanitaire dotées de la personnalité morale publique,
 - de la revitalisation artisanale et commerciale au sens de l'article 19 de la loi n° 2014-626 du 18 juin 2014,
 - des infrastructures du réseau de transport public du Grand Paris ou des infrastructures de transport public dont la maîtrise d'ouvrage est confiée à la Société du Grand Paris.

Il convient, à cet égard, de relever que le texte de l'article 35 réserve le cas "*des dispositions législatives spéciales*" de sorte que cette liste ne doit pas être considérée comme exhaustive.

36. – Marchés portant sur des ouvrages expressément exclus du champ d'application de la loi « MOP » – L'article 1er de la loi « MOP » prévoit que ses dispositions ne sont pas applicables aux procédures de passation de marchés publics qui portent sur :

- des ouvrages de bâtiment ou d'infrastructure destinés à une activité industrielle dont la conception est déterminée par le processus d'exploitation dont la liste, fixée par le décret n° 86-520 du 14 mars 1986 (*JO 16 mars 1986*), comprend actuellement les centrales de production d'énergie, les centrales de chauffage urbain et les unités de traitement de déchets ;
- des ouvrages d'infrastructure réalisés dans le cadre d'une zone d'aménagement concerté ou d'un lotissement ;
- des ouvrages de bâtiments acquis par les organismes d'habitations à loyer modéré énumérés à l'article L. 411-2 du Code de la construction et de l'habitation (CCH) et les sociétés d'économie mixte au terme d'un contrat de vente d'immeuble à construire conclu à terme ou en l'état futur d'achèvement (*C. civ., art. 1601-1 à 1601-3*) ;
- par décision du préfet, des ouvrages réalisés par les organismes d'habitations à loyer modéré énumérés à l'article L. 411-2 du CCH, et qui sont destinés à s'intégrer à des constructions relevant d'un autre régime juridique.

37. – Obligation d'identification d'une équipe de maîtrise d'œuvre dans les marchés publics globaux – Même si le principe d'indépendance du maître d'œuvre n'est pas ici applicable aux marchés publics globaux, les candidats à l'attribution d'un marché public global doivent identifier, à l'appui de leur candidature et parmi les conditions d'exécution du marché, l'équipe de maîtrise d'œuvre qui sera chargée de la

conception de l'ouvrage et du suivi de sa réalisation (*Ord. n° 2015-299, 23 juill. 2015, art. 35 bis. – D. n° 2017-842, 5 mai 2017, art. 1er*). Cette obligation s'applique aux marchés pour lesquels une consultation est engagée ou un avis d'appel à la concurrence est envoyé à compter du 1er juillet 2017 (*D. n° 2017-842, 5 mai 2017, art. 9*).

Cette disposition, issue d'un amendement parlementaire à la loi n° 2016-925 du 7 juillet 2016 relative à la liberté de la création, à l'architecture et au patrimoine, dite « loi LCAP », vise à garantir l'indépendance de la maîtrise d'œuvre dans le cadre particulier des marchés publics globaux qui tendent à se généraliser (*Amendement n° 384 rect. présenté par M. Boissérie*). L'indépendance du maître d'œuvre vis-à-vis de l'entrepreneur est cependant à relativiser.

En effet, l'identification de l'équipe chargée de la maîtrise d'œuvre n'implique pas nécessairement que celle-ci ait une personnalité morale distincte : le candidat pourra soit conclure une convention de groupement avec une ou plusieurs structures juridiques indépendantes, soit identifier un service au sein même de l'entreprise. Cette possibilité doit néanmoins être conciliée avec certaines dispositions particulières telles que le monopole des architectes pour l'établissement d'un projet architectural faisant l'objet d'une demande de permis de construire (*CCH, art. L. 111-2*).

Le décret du 5 mai 2017 (*D. n° 2017-842, 5 mai 2017, art. 2*) définit le périmètre des missions qui doivent être confiées à l'équipe chargée de la maîtrise d'œuvre. Lorsque le marché comprend des missions de conception et qu'il porte sur des ouvrages de bâtiments, la mission confiée à l'équipe de maîtrise d'œuvre identifiée dans le marché public global comprend, au minimum, quelle que soit la valeur estimée du besoin : (i) les études d'avant-projet définitif, (ii) les études de projet, (iii) les études d'exécution permettant la réalisation de l'ouvrage, (iv) le suivi de la réalisation des travaux et, le cas échéant, leur direction, (v) la participation aux opérations de réception et à la mise en œuvre de la garantie de parfait achèvement. Cette mission peut également comprendre les études d'esquisse et les études d'avant-projet sommaire.

38. – Particularités de la procédure de dialogue compétitif dans le cadre de la passation des marchés publics globaux – Les marchés de conception-réalisation et les marchés globaux de performance peuvent être passés selon la procédure de dialogue compétitif dès lors qu'ils comportent des prestations de conception (*D. n° 2016-360, 25 mars 2016, art. 25*), sous réserve néanmoins des adaptations prévues par l'article 91 du décret n° 2016-360.

En premier lieu, les solutions formulées par les candidats admis à participer à la consultation se présentent sous la forme de « prestations » qui comportent au moins un avant-projet sommaire pour un ouvrage de bâtiment ou, pour un ouvrage d'infrastructure, un avant-projet accompagné de la définition des performances techniques de l'ouvrage (*D. n° 2016-360, 25 mars 2016, art. 91, II, 1°*).

En deuxième lieu, la désignation d'un jury pour l'attribution du marché est obligatoire sauf dans les cas suivants : (i) pour l'attribution d'un marché public de maîtrise d'œuvre relatif à la réutilisation ou à la réhabilitation d'ouvrages existants ou à la réalisation d'un projet urbain ou paysager ; (ii) pour l'attribution d'un marché public de maîtrise d'œuvre relatif à des ouvrages réalisés à titre de recherche, d'essai ou d'expérimentation ; (iii) pour l'attribution d'un marché public de maîtrise d'œuvre relatif à des ouvrages d'infrastructures ; (iv) pour les marchés publics de conception-réalisation passés par les entités adjudicatrices (*D. n° 2016-360, 25 mars 2016, art. 91, II, 2°*) ; pour les marchés passés en matière de défense ou de sécurité (*D. n° 2016-361, 25 mars 2016, art. 79, II, 2°*).

Ce jury doit, conformément au principe d'impartialité de la procédure de consultation (*V. not. CE, 14 oct. 2015, n° 390968, Sté Applicam et Région Nord Pas-de-Calais : JurisData n° 2015-022864 ; JCP A 2015, act.*

869 ; *Contrats-Marchés publ. 2015, comm. 279*), être exclusivement composé de personnes indépendantes des candidats. Lorsqu'une qualification professionnelle particulière est exigée pour participer à la procédure (par exemple la qualification d'architecte pour toute opération incluant un dépôt de permis de construire), au moins un tiers des membres du jury doit posséder cette qualification ou une qualification équivalente.

Le jury, qui n'a qu'un rôle consultatif, intervient à différents stades de la consultation : (i) il dresse un procès-verbal d'examen des candidatures et formule un avis motivé sur la liste des candidats à retenir, (ii) il dresse un procès-verbal d'examen des « prestations » et des auditions des candidats et (iii) il formule un avis motivé sur l'offre finale économiquement la plus avantageuse.

En dernier lieu, lorsque les documents de la consultation ont prévu la remise de « prestations » au cours de la consultation, une prime, dont le montant correspond au minimum à 80 % du prix estimé des études de conception à effectuer par les soumissionnaires, doit leur être versée. Les documents de la consultation indiquent alors le montant de cette prime et les modalités de réduction ou de suppression en cas d'irrégularité de l'offre (*D. n° 2016-360, 25 mars 2015, art. 91, IV. – D. n° 2016-360, 25 mars 2015, art. 92, II*).

39. – Remarque – Pour les autres marchés que les marchés de conception-réalisation et les marchés globaux de performance, le dialogue compétitif ne comporte pas les particularités procédurales visées au point ci-dessus.

III. - Déroulement de la procédure

40. – Remarque préliminaire – Depuis le 1er mars 2016, et contrairement au régime antérieur, les articles consacrés au dialogue compétitif (*D. n° 2016-360, 25 mars 2016, art. 75 et 76. – D. n° 2016-361, 25 mars 2016, art. 67 et 68*) ne comportent que les spécificités de la procédure sans en retracer l'entier déroulement. Il importe ainsi de se reporter aux règles générales applicables aux procédures formalisées pour avoir une vision globale de la procédure de dialogue compétitif.

41. – Présentation – La procédure de dialogue compétitif se déroule en trois phases principales : le lancement de la procédure, la phase de dialogue proprement dit, la phase de remise et d'examen des offres.

A. - Lancement de la procédure

42. – Promotion du développement durable dans l'achat public – Avant le lancement de la consultation, l'acheteur public doit déterminer avec précision la nature et l'étendue des besoins à satisfaire en prenant en compte des objectifs de développement durable dans leurs dimensions économique, sociale et environnementale (*Ord. n° 2015-899, 23 juill. 2015, art. 30*).

Cette conception de l'achat public, qui insiste sur la nécessité de promouvoir les considérations de développement durable dans l'ensemble des politiques publiques, est d'ailleurs renforcée par l'article 38 de l'ordonnance selon lequel « *les conditions d'exécution d'un marché publique peuvent prendre en compte des considérations relatives à l'économie, à l'innovation, à l'environnement, au domaine social ou à l'emploi, à condition qu'elles soient liées à l'objet du marché* » (*Ord. n° 2015-899, 23 juill. 2015, art. 38*). Le texte s'inscrit ainsi dans le cadre posé par l'article 6 de la Charte de l'environnement aux termes duquel « *les politiques publiques doivent promouvoir un développement durable. À cet effet, elles concilient la protection et la mise en valeur de l'environnement, le développement économique et le progrès social* » (*L. const. n° 2005-205, 1er mars 2005, relative à la Charte de l'environnement : JO 2 mars 2005*).

43. – Désignation d'un chef de projet – Si le droit communautaire invite les pouvoirs adjudicateurs à « désigner un chef de projet afin d'assurer une bonne coopération entre les opérateurs économiques et le pouvoir adjudicateur durant la procédure d'attribution » (*Dir. 2014/24/UE, 26 févr. 2014, consid. 42*), les textes de transposition n'ont pas repris ce principe, de sorte qu'il n'existe aucune obligation de nommer un

chef de projet propre à chaque marché. La Charte du dialogue compétitif y incite néanmoins afin de permettre de décider ou de faire décider rapidement aux différentes étapes de la procédure et de coordonner l'ensemble des intervenants spécialisés au service de la personne publique.

1° Avis d'appel public à la concurrence

44. – Principe – Le lancement de la procédure formalisée de dialogue compétitif comporte l'obligation de publier un avis d'appel à la concurrence afin de susciter la plus large concurrence entre les candidats (*D. n° 2016-360, 25 mars 2016, art. 33*).

45. – Avis de préinformation – La publication en amont d'un avis de préinformation, s'agissant des pouvoirs adjudicateurs en secteur classique et de tous les acheteurs publics pour les marchés de défense et de sécurité, et d'un avis périodique indicatif, s'agissant des entités adjudicatrices hors secteurs de défense et de sécurité, est facultative et permet d'apporter aux opérateurs économiques une information anticipée des procédures envisagées par l'acheteur public.

La publication d'un avis de préinformation ou d'un avis périodique indicatif ne permet toutefois pas de réduire le délai de remise des candidatures dans le cadre d'un dialogue compétitif (*D. n° 2016-360, 25 mars 2016, art. 76, I*). Elle ne peut également pas remplacer l'avis de marché pour lancer un appel à concurrence, contrairement à l'appel d'offres restreint ou aux procédures négociées (*D. n° 2016-360, 25 mars 2016, art. 31, II et art. 32, II*).

46. – Objet – L'avis de marché a pour objet d'assurer le libre accès de l'ensemble des opérateurs intéressés à la commande publique et d'organiser une véritable mise en concurrence afin d'accroître les chances d'obtenir l'offre économiquement la plus avantageuse et de garantir un bon usage des deniers publics (*Guide de bonnes pratiques en matière de marchés publics, 26 sept. 2014, art. 10.1.1*). Il s'agit ainsi pour l'acheteur public de faire connaître ses besoins et exigences par référence à des spécifications techniques (*Ord. n° 2015-899, 23 juill. 2015, art. 31, I*).

a) Modalités de publication de l'avis

47. – Règles de publicités applicables aux procédures formalisées – Le dialogue compétitif est une procédure formalisée à laquelle les acheteurs publics sont tenus de recourir lorsque la valeur estimée hors taxe du besoin est égale ou supérieur aux seuils européens (*Ord. n° 2015-899, 23 juill. 2015, art. 42, 1°*).

Les seuils de procédures formalisées applicables du 1er janvier 2016 au 31 décembre 2017 sont (*D. n° 2015-1904, 30 déc. 2015*) :

- pour les marchés de fournitures et services : 135 000 € pour l'État et ses établissements publics, 209 000 € pour les collectivités territoriales et les établissements publics de santé, 418 000 € pour les entités adjudicatrices qui exercent une activité d'opérateur de réseaux ;
- pour les marchés de travaux : 5 225 000 €.

48. – Support de publication de l'avis de marché – Pour les marchés publics hors secteurs de défense et de sécurité, passés selon la procédure de dialogue compétitif, l'avis de marché doit être publié (*D. n° 2016-360, 25 mars 2016, art. 33*) :

- au Bulletin officiel des annonces des marchés publics (BOAMP) et au Journal officiel de l'Union européenne (JOUE) pour l'État, ses établissements publics autres qu'à caractère industriel et commercial, les collectivités territoriales, leurs établissements publics et leurs groupements ;
- au Journal officiel de l'Union européenne (JOUE) pour les autres acheteurs publics.

Pour les marchés publics de défense ou de sécurité, l'avis de marché doit être publié au Bulletin officiel des annonces des marchés publics (BOAMP) et au Journal officiel de l'Union européenne (JOUE) quel que soit l'acheteur concerné (*D. n° 2016-361, 25 mars 2016, art. 27*).

49. – Modalités d'envoi à la publication – Les avis destinés à être publiés au Journal officiel de l'Union européenne (JOUE) sont transmis par voie électronique à l'Office des publications de l'Union européenne qui en assure la publication. L'acheteur public doit conserver la preuve de la date d'envoi de ces avis (*D. n° 2016-360, 25 mars 2016, art. 36. – D. n° 2016-361, 25 mars 2016, art. 29*). L'acheteur public peut également passer par l'intermédiaire des services du BOAMP pour l'envoi des avis de marchés convertis en fichier XML à l'Office des publications de l'Union européenne.

Les avis destinés au BOAMP sont transmis électroniquement soit à partir du site www.boamp.fr (saisie en ligne) soit par une transmission au format XML via l'intermédiaire d'un tiers habilité agréé dont la liste est disponible sur le site du BOAMP.

50. – Priorité à la publicité européenne – La publication de l'avis de marché au niveau national, notamment au Bulletin officiel des annonces des marchés publics (BOAMP), ne peut intervenir avant sa publication au Journal officiel de l'Union européenne (JOUE) (*D. n° 2016-360, 25 mars 2016, art. 36. – D. n° 2016-361, 25 mars 2016, art. 29*).

Pour les marchés hors secteur de défense et de sécurité, la publication au niveau national peut néanmoins avoir lieu lorsque l'acheteur n'a pas été informé de la publication au Journal officiel de l'Union européenne (JOUE) dans les 48 heures suivant la confirmation de la réception de l'avis par l'Office des publications de l'Union européenne (*D. n° 2016-360, 25 mars 2016, art. 36*).

En tout état de cause, la publication au niveau national ne peut fournir davantage de renseignements que les avis envoyés à l'Office des publications de l'Union européenne dont elle doit d'ailleurs mentionner la date d'envoi (*D. n° 2016-360, 25 mars 2016, art. 36. – D. n° 2016-361, 25 mars 2016, art. 29*). L'acheteur public doit ainsi utiliser les formulaires européens obligatoires pour les procédures formalisées tant pour la publication nationale ou européenne.

51. – Délai – Pour les marchés publics hors secteurs de défense et de sécurité, le délai minimal de réception des candidatures est de 30 jours à compter de la date d'envoi de l'avis de marché (*D. n° 2016-360, 25 mars 2016, art. 76*). Il est de 37 jours à compter de la date d'envoi de l'avis de marché, ou de 30 jours lorsque cet avis a été transmis par voie électronique, pour les marchés de défense ou de sécurité (*D. n° 2016-361, 25 mars 2016, art. 68*). Ce délai ne peut pas être réduit même en cas de publication d'un avis de préinformation (avis périodique indicatif pour les entités adjudicatrices).

Ces délais minimums impératifs peuvent être augmentés par l'acheteur public en tenant compte de la complexité du marché public et du temps nécessaire aux opérateurs économiques pour préparer leur candidature (*D. n° 2016-360, 25 mars 2016, art. 43, I. – D. n° 2016-361, 25 mars 2016, art. 35, I*).

Les candidatures reçues hors délai sont éliminées (*D. n° 2016-360, 25 mars 2016, art. 43, IV. – D. n° 2016-361, 25 mars 2016, art. 35, IV*).

b) Contenu de l'avis

52. – Enjeu – Le contenu de l'avis d'appel à la concurrence est stratégique dans la mesure où il fixe un cadre à la procédure, cadre dont il est par la suite particulièrement difficile de s'écarter. À cet égard, on relèvera en particulier que les principales caractéristiques du marché (objet, quantité ou l'étendue globale des prestations commandées) doivent être ici définies avec un degré de précision suffisant pour permettre

aux opérateurs économiques de déterminer la nature et l'étendue du besoin et de décider de demander ou non à participer à la procédure (D. n° 2016-360, 25 mars 2016, art. 38. – D. n° 2016-361, 25 mars 2016, art. 30).

S'agissant de la procédure de dialogue compétitif, il est indiqué que « l'acheteur définit ses besoins et ses exigences dans l'avis de marché et, le cas échéant, dans un programme fonctionnel ou un projet partiellement défini » et que « les modalités du dialogue, les critères d'attribution et un calendrier indicatif sont précisés dans l'avis de marché ou dans un autre document de la consultation » (D. n° 2016-360, 25 mars 2016, art. 75).

L'acheteur public n'est pas tenu d'indiquer dans l'avis de marché les conditions qui justifient son recours à la procédure de dialogue compétitif (CE, 10 juin 2009, n° 320037, *Sté Baudin Chateauneuf* : *JurisData* n° 2009-075608 ; *Lebon T.*, p. 841 ; *JCP A* 2009, act. 782 ; *Contrats-Marchés publ.* 2009, comm. 269, note F. Olivier.).

Par ailleurs, les caractéristiques du marché annoncées dans l'avis ne doivent pas significativement évoluer en cours de consultation, sous peine de modifier les conditions initiales de la concurrence.

Exemple Dans une affaire où le programme initial du cahier des charges portait sur un ouvrage « comportant salle de sport, salles de cours, infirmerie, des logements, 51 chambres d'étudiant et de 2 logements de service », une modification de ce programme avait été décidée en raison des dimensions du terrain et de contraintes financières. La modification du programme a consisté à retirer les constructions destinées à l'hébergement, ce qui revenait à lever l'une des principales contraintes de l'opération. Le choix de la personne publique s'est ensuite porté sur l'un des trois projets restant en lice « dont les caractéristiques de technique et de prix avaient été appréciées en fonction des modifications qui venaient d'être apportées au programme ». Le Conseil d'État a considéré « qu'en égard au fait que ces modifications portaient sur le programme dont elles supprimaient l'une des principales contraintes, il appartenait à l'Administration de rouvrir la consultation en vue de permettre à tous les candidats d'adapter leur proposition et leur prix au nouveau programme ». À l'appui de cette solution, le Commissaire du Gouvernement estimait : « ce qui nous paraît déterminant, c'est la modification suffisamment substantielle du programme : la mise en compétition qui doit précéder le choix du cocontractant ne peut rendre ce choix valide que si elle a porté sur le même programme. Faute de quoi, elle risque de n'être qu'un artifice ou un simulacre » (*Concl. D. Labetoulle sur CE*, 22 avr. 1983, *Auffret et Dumoulin* : *Lebon*, p. 160 ; cité in *Droit des Marchés Publics*, t. I, III, 223.3, p. 14, avr. 2007).

L'information donnée aux candidats dans l'avis de marché doit être claire, fiable et cohérente avec les informations contenues dans les autres documents de la consultation.

Exemple Le Conseil d'État considère que des indications contradictoires dans l'avis d'appel à concurrence et dans le règlement de consultation relative aux délais d'exécution d'un marché, dès lors qu'elles « ne [permettaient] pas au candidat de connaître avec une précision suffisante ni la date de début, ni la durée d'exécution du marché », peuvent constituer un manquement aux obligations de publicité et de mise en concurrence. Le commentateur de cet arrêt précise que « pour que soit respectée la concurrence entre les candidats, ceux-ci doivent disposer d'une information fiable. Il ne faut pas que certains puissent être dissuadés de poser leur candidature en raison d'une incertitude sur un point fondamental, en l'espèce, sur la durée et les dates d'exécution du marché » (commentaire de Rémi Schwartz sur *CE*, 15 avr. 2005, n° 273178, *Ville Paris c/ Sté SITA Île-de-France Paris* : *JurisData* n° 2005-68324 ; *Contrats-Marchés publ.* 2005, comm. 184, note W. Zimmer ; *BJCP* 2005, n° 41, p. 289 et s.). À noter que si ces solutions jurisprudentielles conservent leur pertinence, le manque d'informations claires et cohérentes dans l'avis d'appel à concurrence ne pourrait désormais conduire à invalider la procédure que si ce manquement est de nature à léser le requérant (*CE sect.*, 3 oct. 2008, n° 305420, *Smirgeomes* : *JurisData* n° 2008-074680 ; *Lebon T.*, p. 819 ; *Contrats-Marchés publ.* 2008, comm. 264, note J.-P. Pietri. – *CE*, 4 avr. 2014, n° 358994, *Dpt Tarn-et-Garonne, préc. n° 24.* – *CE sect.*, 5 févr. 2016, n° 383149, *Synd. mixte des transports en commun Hérault Transport* : *JurisData* n° 2016-001643 ; *JCP A* 2016, act. 117, obs. L. Erstein ; *Dr. adm.* 2016, alerte 21, note O. Henrard).

On remarquera enfin que les opérateurs économiques peuvent demander, en temps utile, des renseignements complémentaires sur les documents de la consultation. Les réponses doivent lui être envoyées par l'acheteur public au plus tard 6 jours avant la date limite fixée pour la réception des offres finales en cas de dialogue compétitif (D. n° 2016-360, 25 mars 2016, art. 39, III. – D. n° 2016-361, 25 mars 2016, art. 31, II, 3°).

53. – Formulaire européen – Au plan communautaire, la directive 2014/24/UE a fixé la liste des informations devant figurer dans l'avis de marché lorsque la valeur du besoin estimée est égale ou supérieure aux seuils européens (*Dir. 2014/24/UE, 26 févr. 2014, ann. V, partie C*). Sur cette base, la Commission européenne a publié différents modèles de formulaires selon l'objet du marché (secteurs classiques, secteurs spéciaux, secteurs de défense et de sécurité) (*Comm. UE, règl. d'exécution (UE) 2015/1986, 11 nov. 2015 établissant les formulaires standard pour la publication d'avis dans le cadre de la passation de marchés publics et abrogeant le règlement d'exécution (UE) n° 842/2011 : JOUE n° L 296, 12 nov. 2011, p. 1*).

54. – Spécifications techniques – L'avis de marché doit contenir obligatoirement les besoins et les exigences exprimés par l'acheteur public (*D. n° 2016-360, 25 mars 2016, art. 75*). Ces besoins sont définis par référence à des spécifications techniques (*Ord. n° 2015-899, 23 juill. 2015, art. 31, I*). Il s'agit de prescriptions techniques décrivant les caractéristiques requises des travaux, des services ou des produits selon l'objet du marché.

Depuis le 1er avril 2016, les spécifications techniques peuvent également se référer à des facteurs liés au coût du cycle de vie des produits, ouvrages et services au regard (i) des coûts directement supportés par l'acheteur (frais d'acquisition, d'utilisation, de maintenance et de fin de vie) et (ii) des coûts externes liés à leurs impacts environnementaux lorsqu'ils sont monétisables (consommation de matières et d'énergies, rejets et émissions dans l'air). Elles peuvent également indiquer si le transfert des droits de propriété intellectuelle sera exigé (*D. n° 2016-360, 25 mars 2016, art. 6, I*).

Les spécifications techniques peuvent être formulées soit par référence à des normes ou à d'autres documents équivalents accessibles aux candidats, soit en termes de performances ou d'exigences fonctionnelles précises en incluant notamment des caractéristiques environnementales ou sociales. L'acheteur public peut également faire le choix de combiner ces deux catégories de spécifications techniques (*D. n° 2016-360, 25 mars 2016, art. 6, II*). Ainsi, la définition des besoins par le biais de performances ou d'exigences fonctionnelles apparaît particulièrement adaptée à la procédure de dialogue compétitif dans la mesure où cette formulation apporte suffisamment de souplesse aux candidats pour leur permettre de déterminer des solutions adaptées à la satisfaction des besoins et exigences exprimés par l'acheteur public.

Elles doivent prendre en compte, sauf cas dûment justifiés, des critères d'accessibilités pour les personnes handicapées ou des critères de fonctionnalité pour tous les utilisateurs (*D. n° 2016-360, 25 mars 2016, art. 9*).

En outre, l'acheteur public peut exiger des candidats qu'ils justifient de labels particuliers permettant de prouver que les travaux, services ou fournitures correspondent aux caractéristiques d'ordre environnemental, social ou autre qu'ils exigeraient pour l'exécution du marché (*D. n° 2016-360, 25 mars 2016, art. 10*).

55. – Pluralité des critères d'attribution – Les critères (et sous-critères) servant de base à l'évaluation de l'offre finale (qualité, prix, valeur technique, caractère esthétique et fonctionnel, caractéristiques environnementales, coût d'utilisation, rentabilité, service après-vente et assistance technique, date et délai de livraison et d'exécution, etc.) sont mentionnés au choix dans l'avis d'appel à concurrence ou dans un autre document de la consultation (*D. n° 2016-360, 25 mars 2016, art. 75. – D. n° 2016-361, 25 mars 2016, art. 67*).

Lorsqu'il recourt à la procédure de dialogue compétitif, l'acheteur public doit identifier l'offre économiquement la plus avantageuse sur la base d'une pluralité de critères d'attribution non-discriminatoires et liés à l'objet du

marché ou à ses conditions d'exécution (*D. n° 2016-360, 25 mars 2016, art. 62, III. – D. n° 2016-361, 25 mars 2016, art. 58, III*). Dès lors, les critères d'attribution doivent porter, d'une part, sur le prix ou le coût (fondé sur le cycle de vie d'un produit, service ou ouvrage) des solutions proposées et, d'autre part, un ou plusieurs autres critères comprenant des aspects qualitatifs, environnementaux ou sociaux.

Les critères d'attribution font l'objet d'une pondération qui peut être exprimée, le cas échéant, sous la forme d'une fourchette avec un écart maximum approprié ou, lorsque la pondération n'est pas possible pour des raisons objectives, sont indiqués par ordre décroissant d'importance (*D. n° 2016-360, 25 mars 2016, art. 62, IV*).

Par ailleurs, l'acheteur public doit désormais mettre à disposition des candidats, dès la publication de l'avis d'appel à la concurrence, les « documents de la consultation », c'est-à-dire, selon l'article 38 du décret du 25 mars 2016 (*D. n° 2016-360, 25 mars 2016, art. 38*), « l'ensemble des documents fournis par l'acheteur ou auxquels il se réfère afin de définir ses besoins et de décrire les modalités de la procédure de passation, y compris l'avis d'appel à la concurrence. Les informations fournies sont suffisamment précises pour permettre aux opérateurs économiques de déterminer la nature et l'étendue du besoin et de décider de demander ou non à participer à la procédure ». Cette rédaction suggère que doivent être arrêtés et communiqués aux candidats, dès ce stade, les critères d'attribution (*D. n° 2016-360, 25 mars 2016, art. 39*), seuls les renseignements relatifs à leur pondération pouvant, le cas échéant, être communiqués ultérieurement lors de l'invitation à participer au dialogue compétitif (*D. n° 2016-360, 25 mars 2016, art. 56*).

Il est parfois difficile pour l'acheteur public de fixer ces critères d'attribution au stade du règlement de la consultation, et à fortiori, au stade de l'AAPC du projet. À ce titre, la question se pose de savoir si le pouvoir adjudicateur peut préciser les critères de jugement des offres, sommairement définis dans l'avis d'appel public à la concurrence et/ou dans le règlement de la consultation, à l'issue de la phase de dialogue compétitif. Les précédents textes ne fermaient pas totalement la voie à une telle démarche de précision en indiquant que l'acheteur public, « le cas échéant, précise les critères d'attribution du contrat définis dans l'avis d'appel public à la concurrence ou le règlement de la consultation » (*Ord. n° 2004-559, 17 juin 2004, art. 7*).

Le règlement de la consultation fixe les « règles du jeu » de la procédure de dialogue compétitif. En cela, il s'impose tant au pouvoir adjudicateur qu'aux candidats. De ce point de vue, une telle modification des documents de la consultation, tendant à préciser les critères de jugement des offres, devrait, selon nous, être mise en œuvre de manière exceptionnelle, ceci d'autant plus que le texte en vigueur ne prévoit plus cette possibilité. Il existe, en effet, toujours le risque de voir un candidat saisir le juge administratif en arguant soit que les « précisions » apportées au règlement de dialogue ont contribué à orienter la consultation dans un sens plus favorable à un candidat au détriment d'un autre, soit que cette « précision » apportée aux critères de choix des offres, postérieurement à son éviction, lui aurait permis de présenter une meilleure offre s'il avait été maintenu en lice.

La Commission européenne a indiqué en ce sens que « les critères d'attribution (ainsi que leur ordre d'importance) ne peuvent pas être modifiés en cours de procédure (c'est-à-dire au plus tard après l'envoi des invitations à participer au dialogue) pour d'évidentes raisons d'égalité de traitement – en fait d'éventuelles modifications des critères d'attribution après ce stade de la procédure seraient apportées à un moment où le pouvoir adjudicateur a pu obtenir une connaissance des solutions proposées par les différents participants. Les possibilités de « piloter » la procédure en faveur de l'un ou l'autre ne sont que trop évidentes » (*Commission européenne, Fiche explicative – Dialogue compétitif – Directive classique : Doc. CC/2005/04 FR [révision n° 1]*).

Dans le même sens, le Conseil d'État a considéré que, eu égard aux principes de transparence et d'égalité

entre les candidats, l'acheteur public ne peut modifier les critères de sélection des offres après le lancement de la procédure de passation du marché (V. not. pour le changement de l'un des critères de sélection des offres en cours de négociation dans la mesure où il pourrait rendre possible l'entrée en lice de nouveaux candidats : *CE, 25 juill. 2001, n° 229666, Cne Gravelines, concl. D. Piveteau : JurisData n° 2001-062795 ; Contrats-Marchés publ. 2001, comm. 188, note P. Soler-Couteaux*).

Le risque lié à une telle critique pourrait toutefois être un peu atténué dans l'hypothèse où le pouvoir adjudicateur n'envisagerait pas d'éliminer le moindre candidat en cours de consultation, sans pour autant le faire totalement disparaître.

56. – Variantes – Les variantes visent au développement de solutions innovantes et alternatives à une solution de base préétablie par la personne publique dans un cahier des charges (auquel les candidats doivent par ailleurs adhérer).

L'article 58 du décret n° 2016-360 du 25 mars 2016 (*D. n° 2016-360, 25 mars 2016, art. 58*), qui transpose en droit interne l'article 45 de la directive du 26 février 2014 relative aux marchés publics (*Dir. 2014/24/UE, 26 févr. 2014, art. 45*), distingue deux types de variantes à la disposition des acheteurs publics.

D'une part, les variantes autorisées par l'acheteur public correspondent à des solutions alternatives proposées à l'initiative des candidats. L'autorisation doit être expressément indiquée dans l'avis de marché pour les marchés passés par un pouvoir adjudicateur ou les marchés de défense et de sécurité, alors qu'elle est possible, sauf mention contraire dans l'avis de marché, pour les marchés de droit commun passés par les entités adjudicatrices (*D. n° 2016-360, 25 mars 2016, art. 58, I. – D. n° 2016-361, 25 mars 2016, art. 54*).

D'autre part, les variantes imposées par l'acheteur public doivent être clairement définies dans le cahier des charges et chiffrées par les candidats. Hormis les marchés de défense ou de sécurité, l'acheteur public peut exiger la présentation de variantes en l'indiquant dans l'avis de marché ou les documents de la consultation (*D. n° 2016-360, 25 mars 2016, art. 58, II*). Ces variantes remplacent les « options » dont le terme était, sous l'empire des dispositions anciennes du Code des marchés publics, source de confusion avec les options visées par le modèle de formulaire standard d'avis de marché communautaire comme étant des prestations supplémentaires susceptibles d'être commandées en cours d'exécution du marché.

Lorsque l'acheteur public autorise expressément ou exige la présentation de variantes, il doit mentionner dans les documents de la consultation les exigences minimales que les variantes doivent respecter ainsi que toute condition particulière de leur présentation (*D. n° 2016-360, 25 mars 2016, art. 58, III*).

Le dispositif des variantes est généralement utilisé pour la passation, suivant une procédure d'appel d'offres, de marchés publics présentant un certain degré de complexité ou nécessitant la mise en œuvre de techniques nouvelles. Le recours aux variantes permet ainsi de remédier, dans une certaine mesure, à la rigidité du cahier des charges dont la négociation est interdite.

Le mécanisme de variantes autorisées, et à plus forte raison celui des variantes exigées par l'acheteur public, pourrait *a priori* apparaître inadapté dans le cadre d'une procédure de dialogue compétitif (*F. Olivier, commentaire ss TA Nice, ord. SA TIRU, 30 août 2006, n° 0604196 : Contrats-Marchés publ. 2007, comm. 66. – A. Jossaud, Piloter la procédure de dialogue compétitif : CP-ACCP 2004, n° 36, p. 75*). En effet, les conditions de recours à la procédure de dialogue compétitif (V. [n° 115 et s.](#)) induisent, par définition, une implication relativement faible de la part de cette personne publique, qui n'est tenue, dans le cadre du programme fonctionnel, que de faire l'inventaire des objectifs à atteindre, laissant le soin aux candidats de

préciser les moyens qu'ils proposent de mettre en œuvre pour y répondre.

C'est donc précisément pour faire émerger les différentes solutions techniques ou financières novatrices susceptibles d'être proposées par les candidats que se déroule le dialogue compétitif. Dans ce contexte, l'intérêt de recourir à des variantes, qui sont principalement attachées au caractère intangible du cahier des charges, peut apparaître limité. En tout état de cause, la personne publique pourrait ne pas être en mesure de formuler une solution technique de base ou « les exigences minimales que les variantes doivent respecter ainsi que les modalités de leur soumission ». À plus forte raison, elle ne saurait non plus concevoir une solution alternative au programme fonctionnel sur laquelle les candidats seraient tenus de présenter une offre chiffrée. La Commission européenne a confirmé en ce sens que « les variantes n'ont d'utilité qu'en tant "qu'alternatives" par rapport à une "solution standard" ou des "exigences standards" – étant donné que des solutions "standards" sont rarement prescrites dans le cadre du dialogue compétitif, le besoin de recourir à des variantes sera sans doute limité » (*Fiche explicative – dialogue compétitif – Directive classique. Commission européenne, 16 févr. 2016*).

57. – Pour autant, les textes n'interdisent pas de recourir à des variantes dans le cadre d'une procédure de dialogue compétitif – Dans la fiche explicative précitée, la Commission européenne considère, en ce sens, que « si toutefois les pouvoirs adjudicateurs estiment qu'ils auront besoin de prévoir la faculté de dévier de certaines prescriptions, 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". La possibilité de dévier des prescriptions substantielles voire fondamentales en cours de procédure n'est possible que si une telle possibilité n'a pas été explicitement prévue dès le début de la procédure ».

Ainsi, en tout état de cause, la personne publique devrait être capable d'exprimer, d'une part, une solution technique de base (« prescriptions substantielles ou fondamentales ») et, d'autre part, « les exigences minimales que les variantes doivent respecter » dans un programme fonctionnel suffisamment détaillé au lancement de la procédure. Si la personne publique est dans l'incapacité d'exprimer une solution technique de base au début du dialogue compétitif, elle pourrait envisager « d'affiner », dans un premier temps, son programme fonctionnel par comparaison des propositions des différents candidats. L'objectif serait de dégager une solution technique standard de base ainsi que « les exigences minimales que les variantes doivent respecter ». Les candidats seraient appelés, dans un second temps, à travailler sur la solution de base dégagée et à proposer, le cas échéant, des variantes.

Cette solution est suggérée par l'une des premières décisions rendue par le juge des référés en matière de contrat de partenariat qui précise, sous l'empire de l'ancienne réglementation, que « ni les dispositions du Code général des collectivités territoriales, qui régissent ce contrat, ni aucune autre règle ne mettent à la charge de la personne publique, lorsqu'elle autorise la présentation de variantes et en informe comme en l'espèce les candidats dans l'avis d'appel public à la concurrence, l'obligation de faire figurer les conditions dans lesquelles les variantes pourront être admises dans l'avis de publicité ou dans le règlement de la consultation ; c'est au cours de ce dialogue compétitif que les modalités de présentation des variantes pourront être arrêtées et communiquées à l'ensemble des candidats en lice dans des conditions de transparence propres à assurer l'égalité de traitement de ceux-ci » (*TA Nice, ord., 30 août 2006, n° 0604196, SA TIRU, préc. n° 56*).

58. – Tranches conditionnelles – Le Conseil d'État a jugé, sous l'empire des dispositions anciennes du Code des marchés publics, qu'aucune disposition n'interdit au pouvoir adjudicateur de prévoir, dans le cadre d'un marché attribué à l'issue d'une procédure de dialogue compétitif, des tranches fermes et des tranches conditionnelles, pouvant, dès lors que les conditions posées pour le recours à des marchés à bons de commande sont respectées, donner lieu à l'émission de bons de commande (*CE, 11 mars 2013, n° 364551, Assemblée des chambres françaises de commerce et d'industrie, préc. n° 18*). En outre, les dispositions de l'ordonnance du 23 juillet 2015 (*Ord. n° 2015-899, 23 juill. 2015*) ne font pas obstacle au maintien de cette

jurisprudence.

59. – Nombre de candidats admis à participer au dialogue – L'acheteur public dispose de la faculté de restreindre le nombre de candidats admis à participer au dialogue (*D. n° 2016-360, 25 mars 2016, art. 47. – D. n° 2016-361, 25 mars 2016, art. 39*). Dans ce cas, il doit indiquer dans l'avis d'appel à concurrence le nombre maximal de candidats qu'il prévoit d'inviter ainsi que les critères objectifs et non discriminatoires à appliquer pour choisir les candidats s'ils sont supérieurs au nombre prévu. Ce nombre doit être suffisant pour assurer une concurrence effective, il ne peut être inférieur à trois en matière de dialogue compétitif.

L'acheteur public doit également fixer un nombre minimum de candidats qu'il prévoit d'inviter. Lorsque le nombre de candidats satisfaisant aux critères de sélection des candidatures est inférieur à ce nombre, ce dernier peut poursuivre la procédure avec les seuls candidats sélectionnés (*D. n° 2016-360, 25 mars 2016, art. 47*). Cette possibilité n'est pas expressément envisagée pour les marchés passés en matière de défense ou de sécurité (*D. n° 2016-361, 25 mars 2016, art. 39*).

En pratique, ce sont souvent des considérations liées à l'organisation, à la lourdeur et à la mobilisation induite par la procédure de dialogue qui sont invoquées par l'acheteur public dans l'avis d'appel à concurrence du projet pour limiter, le cas échéant, à trois, le nombre de candidats admis à participer au dialogue. Dans le sens inverse, l'expérience montre que le fait de ne retenir que trois candidats pour participer au dialogue peut s'avérer préjudiciable pour l'acheteur public, en ce que celui-ci pourrait avoir du mal à maintenir, tout au long de la procédure et des livrables attendus de la part des candidats, le degré de motivation requis et légitimement attendu. En effet, lorsque le dialogue est mené avec seulement trois candidats, « l'arme » stratégique dont dispose l'acheteur public, lui permettant d'évincer un candidat en cours de procédure, pourrait s'avérer difficilement compatible avec la nécessaire, saine et réelle concurrence requise par les textes. À ce titre, l'expérience montre que certains candidats, pressentant l'absence de sanction à l'incurie de leur proposition initiale, voire à leur(s) offre(s) intermédiaire(s), ont tendance à ne se dévoiler qu'au stade ultime de l'offre finale, ce qui ne facilite pas le travail d'analyse de l'acheteur public. À la lumière de ce qui précède, notre recommandation est de retenir quatre, voire cinq, candidats pour mener un dialogue de manière efficace, à charge pour l'acheteur public d'éliminer deux d'entre eux en cours de procédure, pour n'en conserver que trois à son terme.

60. – Présélection des propositions en cours de dialogue – L'acheteur public peut prévoir que le dialogue se déroule en phases successives afin de réduire le nombre de solutions à discuter, en appliquant les critères d'attribution définis dans l'avis de marché ou dans un autre document de la consultation (*D. n° 2016-360, 25 mars 2016, art. 76, II*). Le recours à cette faculté doit être prévu dans les documents de la consultation.

L'acheteur public doit néanmoins veiller à ce que le nombre de solutions restant à discuter dans la phase finale du dialogue demeure suffisant pour assurer une concurrence réelle entre les candidats (*D. n° 2016-360, 25 mars 2016, art. 76, II*).

2° Sélection des candidats

61. – Examen des candidatures – L'examen des candidatures et la liste des candidats admis à participer au dialogue s'effectuent suivant les mêmes règles que les autres procédures formalisées (*D. n° 2016-360, 25 mars 2016, art. 48 et s.*).

Les candidatures qui ne sont pas accompagnées de l'ensemble des pièces justificatives sont irrecevables (*D. n° 2016-360, 25 mars 2016, art. 55, IV*). Cependant, l'acheteur public qui constate que des pièces réclamées sont absentes ou incomplètes peut demander aux candidats de compléter leur dossier dans un délai approprié et identique pour tous (*D. n° 2016-360, 25 mars 2016, art. 55, I*).

Les candidatures peuvent être présentées sous la forme du Document unique de marché européen, fixé par le règlement d'exécution (UE) 2016/7 de la Commission du 5 janvier 2016, en lieu et place de la déclaration sur l'honneur et des renseignements mentionnés à l'article 48 du décret n° 2016-360 (*D. n° 2016-360, 25 mars 2016, art. 49, I*).

L'acheteur public doit impérativement vérifier les informations qui figurent dans la candidature (aptitude à exercer l'activité professionnelle, capacité économique et financière, capacités techniques et professionnelles) au plus tard avant l'envoi de l'invitation à participer au dialogue dans la mesure où il limite le nombre de candidats admis à poursuivre la procédure (*D. n° 2016-360, 25 mars 2016, art. 55, II*).

Dans le cadre de l'examen des garanties techniques professionnelles et financières des candidats, le pouvoir adjudicateur dispose d'une liberté d'appréciation dans le jugement de la recevabilité des candidatures. La décision prise peut toutefois être soumise au contrôle du juge administratif. Ce contrôle se limite traditionnellement à celui de l'erreur manifeste d'appréciation (*CE, 17 sept. 2014, n° 378722, Sté Delta Process*).

B. - Dialogue

62. – Principes – Après avoir sélectionné les candidats admis à présenter une proposition, l'acheteur public engage avec chacun d'eux un dialogue. Ce dialogue vise à définir ou développer une ou plusieurs solutions de nature à répondre aux besoins exprimés dans le programme fonctionnel, et sur la base de laquelle ou desquelles les participants au dialogue sont invités à remettre une offre (*D. n° 2016-360, 25 mars 2016, art. 75. – D. n° 2016-361, 25 mars 2016, art. 67*).

1° Invitation à dialoguer et documents de la consultation

63. – Principes – Après examen des candidatures, l'acheteur public invite simultanément et par écrit l'ensemble des candidats admis à participer au dialogue (*D. n° 2016-360, 25 mars 2016, art. 56*).

Cette invitation comprend obligatoirement (i) la référence à l'avis d'appel à la concurrence publié, (ii) la date et le lieu du dialogue ainsi que les langues utilisées (iii) la liste des documents à fournir, (iv) la pondération et la hiérarchisation des critères d'attribution du marché public si ces renseignements ne figurent pas dans les documents de la consultation et (v) l'adresse du profil d'acheteur sur lequel les documents de la consultation sont mis à disposition des candidats.

Par exception, la date limite de réception des offres, l'adresse à laquelle elles doivent être transmises et la ou les langues autorisées figurent dans l'invitation à remettre une offre finale.

64. – Dossier de consultation – Les documents de la consultation sont définis comme "*l'ensemble des documents fournis par l'acheteur ou auxquels il se réfère afin de définir ses besoins et de décrire les modalités de la procédure de passation, y compris l'avis d'appel à la concurrence*" (*D. n° 2016-360, 25 mars 2016, art. 38*).

Dans un dialogue compétitif, le dossier de consultation est généralement composé d'un programme fonctionnel (ou un projet partiellement défini) et du règlement de la consultation. Afin de préciser ses besoins, le pouvoir adjudicateur peut aussi assortir les documents précités d'un projet de contrat, voire d'une matrice de risque. Cette démarche permet aux candidats de formuler des propositions sur des bases précises et permet en particulier d'accélérer le déroulement du dialogue.

65. – Remarque préliminaire – Les documents de la consultation doivent désormais être mis à disposition

des opérateurs économiques sur un profil d'acheteur dès la publication de l'avis d'appel à la concurrence (*D. n° 2016-360, 25 mars 2016, art. 39*). Cette exigence nouvelle conduit à revoir la pratique antérieure qui consistait à adresser les pièces du dossier de consultation aux seuls candidats invités à participer au dialogue compétitif (après la phase d'examen des candidatures). Pour assurer le respect de cette exigence et préserver une certaine souplesse, certaines administrations mettent à disposition un dossier de consultation sous format provisoire lors du lancement de l'avis d'appel à la concurrence. Si une telle pratique n'est pas critiquable en soi, elle ne peut, selon nous, conduire à faire évoluer des points majeurs du dossier de consultation tels que les critères d'attribution (*V. n° 65*).

Deux exceptions sont prévues : (i) dans les cas mentionnés au II de l'article 41 du décret du 25 mars 2016 (*D. n° 2015-360, 25 mars 2016, art. 41*) l'acheteur doit indiquer dans l'avis de marché les moyens par lesquels ces documents peuvent être obtenus et (ii) lorsque l'acheteur impose aux opérateurs économiques des exigences visant à protéger la confidentialité de certaines informations, il indique dans l'avis de marché les mesures qu'il impose en vue de protéger la confidentialité des informations ainsi que les modalités d'accès aux documents concernés.

Les informations contenues dans le dossier annexe ne sauraient se substituer aux mentions obligatoires de l'avis, qui doivent impérativement être renseignées. Le juge des référés du tribunal administratif de Paris a ainsi annulé une procédure de consultation au motif que « ce dossier [de renseignements complémentaires] comporte des précisions relatives à la situation juridique des candidats qui ne figurent pas dans l'avis » (*TA Paris, 4 avr. 2007, n° 0704389/6, Sté Altervia : JurisData n° 2007-329801*).

a) Programme fonctionnel

66. – Définition – Le programme fonctionnel est un document rédigé par la personne publique avant le lancement de la procédure, qui définit en termes fonctionnels les besoins de la personne publique. Lorsqu'il est transmis aux candidats, il doit permettre à ces derniers de présenter une proposition, d'identifier et de définir les moyens techniques et/ou les montages juridiques ou financiers propres à satisfaire aux mieux les besoins de la personne publique.

67. – Remarques – La rédaction du programme fonctionnel n'est désormais jamais obligatoire, y compris en marché de partenariat (*D. n° 2016-360, 25 mars 2016, art. 75*). L'acheteur public peut également lancer la consultation sur la base d'un "projet partiellement défini" dont la finalisation reposera sur le dialogue mené avec les candidats sélectionnés. Dans ce cas, afin de garantir une concurrence effective entre les candidats (comparabilité des propositions et des offres), il devrait préciser les résultats à atteindre ainsi que les méthodes d'évaluation de ces résultats.

68. – Contenu – Le programme fonctionnel a fondamentalement pour objet de poser les objectifs à atteindre dans l'exécution du contrat, d'identifier les grandes caractéristiques du projet envisagé et de synthétiser les contraintes de l'opération répertoriées dans les études préparatoires. Il doit définir les besoins de la personne publique sans préjuger des moyens techniques qui seront mis en œuvre pour y répondre (*Guide du Minefi, Les contrats de partenariat – Principes et méthodes, mars 2011, p. 60* ; téléchargeable sur : www.economie.gouv.fr/ppp/guide-des-contrats-partenariat-principes-et-methodes-0). Il exprime seulement, autant que possible, sous la forme de valeurs quantifiées, des performances à atteindre et le mode de vérification.

Le programme fonctionnel doit être suffisamment abouti et précis pour garantir une comparabilité des propositions (respect des principes de transparence et d'égalité de traitement) et laisser, en même temps, une marge de manœuvre aux candidats, afin que ces derniers puissent proposer les solutions les plus innovantes et adaptées. Le programme fonctionnel fait état de toutes les informations, études et autres données relatives au projet. Il précise les principales fonctionnalités attendues, les éléments intangibles de l'opération en termes de moyens (technologie, type de matériel, etc.) et/ou de résultat (niveau de performance à atteindre) ainsi que les éléments qui peuvent, au contraire, faire l'objet de discussion avec les

candidats. Il mentionne enfin les contraintes que les candidats doivent prendre en compte, afin de rendre leurs propositions conformes.

La Charte du dialogue compétitif (signée le 18 janvier 2007 sous la présidence du président du Sénat) recommande de rédiger le programme fonctionnel en termes de performances à atteindre et d'exigences à respecter en précisant les éléments pouvant être modifiés ou pas, au cours du dialogue compétitif.

69. – Exemple de présentation – Il n'existe pas de modèle de programme fonctionnel auquel les acheteurs publics peuvent de manière générale se reporter. Aussi, le Guide du bail emphytéotique hospitalier (*Guide du bail emphytéotique hospitalier (BEH) : Mission nationale d'appui à l'investissement hospitalier (MAINH)*, févr. 2005, p. 64 ; téléchargeable sur : www.anap.fr/ressources/publications/detail/actualites/le-guide-du-bail-emphyteotique-hospitalier-beh/) relatif aux opérations de financement, conception, construction et entretien/maintenance d'établissements hospitaliers proposait de diviser le programme fonctionnel en plusieurs parties :

- présentation des objectifs et des enjeux généraux de l'opération (i) ;
- définition fonctionnelle des besoins, prestations prises en charge par le titulaire du contrat et contraintes de l'opération (ii) : la définition fonctionnelle des besoins formalise les attentes et les exigences de la personne publique. Elle donne des indications sur l'espace à construire (liste minimale de locaux, par exemple), sur son agencement fonctionnel (principe d'organisation interne et externe, flux, contiguïté imposée, liaisons nécessaires sans contraintes de proximité, etc.) ainsi que sur les souhaits exprimés en matière de protection de l'environnement et d'énergie renouvelable. Dans cette partie, le guide préconise aussi de dresser une liste exhaustive des services qui doivent être fournis par le titulaire du contrat ainsi que des différentes contraintes identifiées (réglementaire, spécifique au sol, relative aux utilisateurs) ;
- résultats et performances à atteindre (iii) : cette partie fixe les objectifs de performance intangibles du projet, insusceptibles de discussion en cours du dialogue. Ils peuvent concerner la fonctionnalité de l'ouvrage (nombre de places de parking, surface minimale des chambres, attente des ascenseurs, etc.), la conception technique et architecturale du projet (niveau d'éclairage du hall d'entrée, acoustique de la salle de restauration, etc.), la maintenance et l'exploitation des ouvrages (quantité de linges pouvant être nettoyée quotidiennement par la blanchisserie, nombre d'agents affectés au gardiennage du parking et périodicité de leur intervention, etc.). Dans cette partie, la personne publique précise les justificatifs à fournir par le candidat (méthodologie, plan et note de calcul, type de machines utilisées, etc.) ainsi que les méthodes d'évaluation et de contrôle (rapport annuel, état des lieux, etc.) ;
- performances à proposer par le candidat (iv) : la personne publique invite ici les candidats à prendre position sur un niveau de performance (dans les domaines précités : fonctionnalité, conception technique et architecturale, etc.) sans formuler d'exigences a priori. La personne fixe alors un champ de réponse et le type de rendu souhaité. Par exemple, pour l'entretien des espaces verts, le candidat est invité à définir les tâches d'entretien, leur périodicité, le nombre de personnes affectées, les modes de justification et de contrôle, etc.

70. – Modification du programme fonctionnel – L'affinement du programme fonctionnel, c'est-à-dire sa modification, est possible en cours de dialogue compétitif afin de prendre en considération les informations complémentaires apparues durant la procédure, sous réserve qu'il soit porté à la connaissance de tous les candidats en temps utiles pour leur permettre de modifier leur offre. Il ne doit toutefois pas conduire l'acheteur public à modifier, de façon significative, la nature et l'étendue des besoins exprimés dans les documents de la consultation.

C'est ainsi que s'est prononcée la jurisprudence administrative à l'occasion de la modification d'un programme fonctionnel détaillé après la remise des offres dans le cadre d'une procédure d'appel d'offres sur performance dont les principes peuvent être transposés au dialogue compétitif compte tenu de la proximité

de ces deux procédures (*CE, 4 avr. 2005, n° 265784, Cne Castellar : JurisData n° 2005-068264 ; Dr. adm. 2005, comm. 102, note A. Ménéménis ; Contrats-Marchés publ. 2005, comm. 149, note F. Olivier ; BJCP n° 40, p. 208*). Le commissaire du Gouvernement précisait lui-même dans ses conclusions sur l'arrêt cité que les considérations développées à l'occasion de ce contentieux et la solution adoptée par la Haute Juridiction administrative « n'auront pas un intérêt purement rétrospectif car la procédure dite du dialogue compétitif est très voisine de l'appel d'offres sur performances ».

La cour administrative d'appel de Paris s'est d'ailleurs prononcée en ce sens puisqu'elle a jugé, après avoir rappelé le principe précité, que l'introduction en cours de dialogue d'un mécanisme de pénalité ne constitue pas une modification irrégulière du programme fonctionnel (*CAA Paris, 30 juin 2017, n° 15PA00443*). Il en va de même pour la modification portant sur « les conditions d'utilisation des licences d'utilisation logicielle, les droits afférents aux logiciels standards et la version devant faire l'objet du portage » dans la mesure où elle n'affecte pas la nature et l'étendue des besoins de l'acheteur public (*TA Paris, 11 juin 2014, n° 1407989*).

Dans ces conditions, les principes suivants devraient, à notre sens, être respectés :

- les modifications auxquelles l'acheteur public peut procéder ne doivent pas conduire à sortir du cadre de la consultation engagée ; il est donc exclu que le dialogue compétitif entre l'acheteur public et les candidats conduise à modifier les besoins tels qu'ils ont été exprimés dans le programme fonctionnel et transmis aux candidats admis à participer au dialogue ;
- le programme fonctionnel peut être modifié dès lors que ces modifications n'affectent pas les besoins que ce programme a précisément pour objet d'exposer ou de définir ; les modifications peuvent seulement tirer les conséquences des éléments apparus au cours du dialogue compétitif ;
- les modifications du programme fonctionnel doivent bien entendu être portées à la connaissance de l'ensemble des candidats en temps utile.

En conséquence, le programme fonctionnel initial pourrait être affiné en vue de préciser des solutions techniques pressenties par l'acheteur public et qui seraient développées et finalisées par comparaison des offres des différents candidats. La modification du programme fonctionnel devrait intervenir dans la première phase de la procédure de dialogue compétitif, avant l'élimination de certains candidats. Enfin, une telle modification ne saurait modifier radicalement la nature et l'étendue des besoins à satisfaire, sauf à porter atteinte au principe de transparence et d'égalité de traitement entre les candidats.

b) Contenu du règlement de consultation

71. – Définition – Le règlement de la consultation fixe les modalités et les règles de déroulement du dialogue : convocation des candidats, thématiques abordées, traitement des questions posées, déroulement des rencontres et des auditions, analyse et évaluation des différentes propositions, élimination des candidats, etc. Il s'agit donc d'un document stratégique sur la rédaction duquel l'acheteur public doit porter une particulière attention, il doit permettre de garantir la confidentialité, la transparence et la traçabilité des discussions, et partant, le respect des principes de confidentialité et d'égalité de traitement entre candidats.

Selon la Charte du dialogue compétitif (signée le 18 janvier 2007 sous la présidence du président du Sénat), le règlement de la consultation doit indiquer « de manière aussi précise et exhaustive que possible » : les étapes envisagées avec leur durée indicative, les modalités d'échanges d'information (écrite) entre les séances de dialogue et de mise au point des offres, la possibilité de compléter ou de modifier les groupements en cours de procédure, le respect de la propriété intellectuelle ou d'innovations importantes (y compris juridiques ou financières) et des informations à ne pas divulguer aux autres candidats, sans l'accord du candidat concerné, les règles d'indemnisation.

Il peut comporter certaines mentions lorsqu'elles ne figurent pas dans l'avis d'appel à la concurrence : modalités du dialogue, critères d'attribution, calendrier indicatif (*D. n° 2016-360, 25 mars 2016, art. 75*), déroulement du dialogue en phases successives de manière à réduire le nombre de solutions à discuter (*D. n° 2016-360, 25 mars 2016, art. 76, II*), mécanisme d'allocation de primes aux candidats (*D. n° 2016-360, 25 mars 2016, art. 76, V*).

En pratique, dans le cadre de certaines opérations particulièrement complexes, où l'autorité organisatrice n'est objectivement pas en mesure, par exemple, d'identifier avec précision les critères de pondération d'analyse des offres, il a pu être envisagé de scinder le règlement de consultation en deux documents distincts : un premier appelé « règlement de dialogue », régissant la phase de dialogue, et un second appelé « règlement de consultation » fixant les modalités et les règles de déroulement de la procédure une fois le dialogue clos et, le cas échéant, précisant certains aspects ou critères posés par le règlement du dialogue. Si un tel procédé n'est pas, en tant que tel, forcément critiquable, il convient de veiller à ce qu'il n'induisse aucune modification susceptible de constituer une rupture du principe d'égalité entre les candidats.

72. – Portée du règlement de la consultation – Le Conseil d'État a jugé que le règlement de la consultation d'un marché est obligatoire dans toutes ses mentions (*CE, 22 déc. 2008, n° 314244, Ville Marseille : JurisData n° 2008-074713 ; Contrats-Marchés publ. 2009, comm. 81*). Il s'impose donc tant aux candidats qu'à l'acheteur public lui-même (V. par ex. le défaut de rédaction par l'acheteur public d'un compte-rendu à l'issue de chaque phase de dialogue compétitif qui devait indiquer aux candidats les points à améliorer ou à développer, *CAA Marseille, 9 mai 2016, n° 15MA02663*).

La non communication de certains éléments, en méconnaissance du règlement de la consultation, peut ne pas être sanctionnée lorsqu'ils ne présentent pas d'utilité pour l'appréciation de l'offre. Tel est notamment le cas lorsque ces informations ont un caractère public (*CE, 22 déc. 2008, n° 314244, Ville Marseille, préc.*) ou qu'un candidat n'a pas effectué la visite obligatoire du site car il en avait déjà une connaissance approfondie (*CAA Bordeaux, 7 juill. 2016, n° 14BX02425 : JurisData n° 2016-013728 ; Contrats-Marchés publ. 2016, comm. 256, note M. Ubaud-Bergeron*).

2° Déroulé du dialogue

73. – Objet – L'objet du dialogue est de susciter la meilleure réponse possible aux besoins exprimés, en créant les conditions d'un échange entre la personne publique et l'opérateur privé. Les candidats ne remettent ainsi leur offre finale qu'au terme des discussions.

À la différence des procédures négociées aux termes desquelles l'acheteur public négocie avec les soumissionnaires afin d'adapter leurs offres aux exigences des documents de la consultation, le dialogue compétitif doit permettre d'identifier et de définir les moyens propres à satisfaire au mieux les besoins de l'acheteur public (*D. n° 2016-360, 25 mars 2016, art. 76, II*).

74. – Remarque – Dans le cadre de la discussion, les candidats sont amenés à faire des propositions à l'acheteur public et non des offres. Dans la mesure où ces propositions ont pour objet de contribuer à l'élaboration d'une solution pour l'acheteur public et non à formaliser un accord, elles n'engagent pas les candidats et ont même vocation à être complétées ou améliorées au fil des discussions (aucune documentation contractuelle à signer), notamment pour la fixation du prix (*Guide de bonnes pratiques en matière de marchés publics, 26 sept. 2014, art. 13-2*).

a) Cadre du dialogue

75. – Étendue du dialogue – Le dialogue peut porter sur tous les aspects du marché (*D. n° 2016-360, 25 mars 2016, art. 76, II. – D. n° 2016-361, 25 mars 2016, art. 68, II*). Cette formulation large permet notamment d'inclure sans hésitation le prix des prestations proposées parmi les éléments de la discussion. En ce sens, la Commission européenne a confirmé que « le dialogue peut donc porter non seulement sur les

aspects "techniques" mais également sur des aspects économiques (prix, coûts, revenus, etc.) ou les aspects juridiques (distribution et limitation des risques, garanties, possible création de "sociétés *ad hoc*") » (Commission européenne, Fiche explicative – Dialogue compétitif – Directive classique : Doc. CC/2005/04 FR [révision n° 1]).

76. – Durée du dialogue – Aucune durée déterminée n'est prévue pour le déroulement du dialogue. Il est simplement indiqué que le déroulement du dialogue se poursuit jusqu'à ce que l'acheteur "soit en mesure d'identifier la ou les solutions qui sont susceptibles de répondre à ses besoins" (D. n° 2016-360, 25 mars 2016, art. 76, II. – D. n° 2016-361, 25 mars 2016, art. 68, II).

En l'occurrence, la Charte du dialogue compétitif (signée le 18 janvier 2007 sous la présidence du président du Sénat) recommande à l'acheteur public de veiller à ce que les réponses ou décisions interviennent dans des délais raisonnables et de ne pas poursuivre des discussions inutiles et coûteuses avec des candidats dès lors que leur solution n'apparaît plus susceptible d'être retenue en phase finale.

La pratique tend à démontrer, notamment pour les procédures de dialogue visant à l'attribution d'un marché de partenariat, qu'une durée comprise entre 14 et 22 mois est requise entre l'envoi de l'avis d'appel à la concurrence du projet et la signature du contrat. La durée de la procédure varie essentiellement selon la complexité et l'envergure du projet. L'expérience montre en effet que certains projets immobiliers connaissent aujourd'hui une certaine forme de standardisation, en particulier au plan architectural et contractuel, ce qui permet de gagner un temps précieux dans la finalisation du projet et donc de réduire le temps dédié à la procédure d'attribution.

77. – Déroulement du dialogue en phases successives – Le dialogue compétitif peut se dérouler en phases successives afin de réduire progressivement le nombre de solutions à discuter en appliquant les critères d'attribution définis dans l'avis de marché ou les documents de la consultation. L'acheteur public doit alors l'indiquer au préalable dans les documents de la consultation (D. n° 2016-360, 25 mars 2016, art. 76, II. – D. n° 2016-361, 25 mars 2016, art. 68, II). Il en informe alors le ou les candidats concernés et poursuit le dialogue avec les candidats restants (Guide de bonnes pratiques en matière de marchés publics, 26 sept. 2014, art. 13-2). Le nombre de phases est laissé à l'appréciation de l'acheteur public.

On remarquera à ce propos que le texte vise la réduction du nombre de « solutions » et non des candidats. Cela étant, ainsi que le relevait la Commission européenne, « 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 » (Commission européenne, Fiche explicative – Dialogue compétitif – Directive classique : Doc. CC/2005/04 FR [révision n° 1]).

En outre, l'acheteur public peut demander aux candidats de modifier leurs propositions au terme de chaque phase, afin de tirer les conséquences des éléments nouveaux apparus au cours du dialogue (Guide de bonnes pratiques en matière de marchés publics, 26 sept. 2014, art. 13-2).

78. – Attribution de primes – Le pouvoir adjudicateur a la faculté de prévoir, dans les documents de la consultation, le versement de primes aux candidats qui ont participé au dialogue (D. n° 2016-360, 25 mars 2016, art. 76, V. – D. n° 2016-361, 25 mars 2016, art. 68, V). On remarquera à ce propos que sous le régime antérieur applicable à la passation des contrats de partenariat, le versement d'une prime était de droit lorsque les demandes de la personne publique impliquaient un investissement significatif pour les candidats (Ord. n° 2004-559, 17 juin 2004, art. 7).

En outre, la rémunération du titulaire du marché devra tenir compte de la prime qui lui aura été, le cas

échéant, versée au titre de sa participation à la procédure de dialogue compétitif.

79. – Propositions irrégulières, inacceptables et inappropriées – Les propositions inappropriées, c'est-à-dire les propositions sans rapport avec le marché public, doivent être éliminées à ce stade. En revanche, l'acheteur public peut poursuivre le dialogue avec les candidats qui ont remis une proposition irrégulière ou inacceptable dans la mesure où celle-ci "*peut devenir régulière ou acceptable*" à l'issue du dialogue, à condition qu'elle ne soit pas anormalement basse (*D. n° 2016-360, 25 mars 2016, art. 59, III. – D. n° 2016-361, 25 mars 2016, art. 56, III*).

80. – Auditions, modalités de discussion – La procédure de dialogue compétitif n'impose pas de formalisme spécifique pour encadrer les modalités de discussion entre les candidats et l'acheteur public. Il en résulte que ce dernier est libre de fixer le nombre de réunions nécessaires ainsi que toute autre forme de processus de discussion qu'il jugerait utile pour le déroulement du dialogue (courriers, visites sur site, etc.).

En pratique, pour limiter les risques de violation des principes de confidentialité, d'égalité de traitement entre candidats et de dépassement des délais, il est néanmoins vivement recommandé à l'acheteur public de formaliser, en amont du dialogue, un processus permettant de piloter avec précision les discussions. À ce titre, la pratique dominante tend aujourd'hui à prévoir une procédure de dialogue à un ou deux tours, préalablement à celle de l'offre finale.

81. – Égalité de traitement entre les candidats – Le dialogue doit être conduit "*dans le respect du principe d'égalité de traitement de tous les participants*". L'acheteur public doit donc s'abstenir de donner toute information susceptible d'avantager certains participants par rapport à d'autres (*D. n° 2016-360, 25 mars 2016, art. 76, II. – D. n° 2016-361, 25 mars 2016, art. 68, II*).

Afin de respecter cette obligation, l'acheteur public doit transmettre le même niveau d'information à chacun des candidats, aux différents stades de la procédure. Concrètement, il convient notamment d'assurer une périodicité de convocation, un temps de discussion ainsi qu'un degré de détails des documents transmis équivalent, pour l'ensemble des soumissionnaires. Dans la mesure où les propositions formulées sont différentes, le choix des questions devrait, en revanche, pouvoir être adapté à chaque candidat, par l'acheteur public, sans que cela constitue une rupture d'égalité.

82. – Confidentialité des propositions – L'acheteur public ne peut communiquer les informations confidentielles qu'il détient dans le cadre du marché public, telles que celles dont la divulgation violerait le secret en matière industrielle et commerciale ou nuirait à une concurrence loyale entre les opérateurs économiques, notamment par la communication du montant global ou du prix détaillé des offres au cours du dialogue. Il peut toutefois demander aux candidats de consentir à ce que certaines informations confidentielles qu'ils ont fournies, précisément désignées, puissent être divulguées (*Ord. n° 2015-899, 23 juill. 2015, art. 44, I*).

Dans la mesure où le dialogue compétitif a pour objet de susciter, de la part des candidats, des solutions innovantes, la question de la propriété intellectuelle des techniques utilisées, et plus généralement celle du secret des affaires, se pose ici de manière très concrète. Elle concerne à la fois le cloisonnement des discussions entre les candidats en cours de dialogue et l'élaboration du contenu du cahier des charges (qui a vocation à être transmis à l'ensemble des candidats au terme de la discussion). Au-delà de l'affirmation du principe de confidentialité, les textes n'apportent pas de réponse pratique à cette question, notamment pour limiter les risques de divulgation d'informations et de mise en cause subséquente de l'acheteur public par un ou plusieurs candidat(s). Pour limiter les risques de diffusion d'informations sensibles, la pratique tend à soumettre toutes les personnes, au sein de l'acheteur public, ayant à connaître de la procédure, mais aussi et surtout des projets communiqués par les candidats en cours de consultation, à des « Chartes de confidentialité », rappelant leurs obligations en la matière et précisant les risques induits en cas de diffusion d'informations couvertes par le secret des affaires.

En ce qui concerne les réponses à des questions posées par des candidats, l'acheteur public doit veiller à ne pas communiquer à un candidat des informations privilégiées qui l'avantageraient par rapport aux autres candidats. Cette obligation conduit à distinguer selon que :

- la réponse donnée par l'acheteur public concerne des éléments spécifiques à une solution technique et un savoir-faire développés par un candidat : dans cette hypothèse, il nous semble que l'acheteur public n'a pas à révéler aux autres candidats la réponse apportée ;
- la réponse donnée par l'acheteur public concerne des aspects de portée générale liés à l'expression de ses besoins, tels que des précisions sur les spécifications techniques ou les performances fonctionnelles attendues : dans cette hypothèse, l'acheteur public devrait communiquer sa réponse aux autres candidats.

83. – Conseils pratiques en matière de confidentialité – Une première précaution consiste à formaliser rigoureusement le processus de transmission d'informations entre l'acheteur public et les candidats (qualité et nombre de personnes admises aux discussions, réglementation des échanges postaux ou téléphoniques, etc.) de manière à limiter les possibilités de fuite et d'« espionnage » industriel.

L'acheteur public doit ensuite veiller à recueillir l'accord du candidat s'il envisage de reprendre au stade de la remise des offres finales, une solution que ce dernier avait proposée de manière confidentielle. En cas de refus de ce dernier, il pourrait être envisagé soit de proposer aux candidats que les aspects couverts par le secret ne soient pas inscrits au cahier des charges mais sollicités dans le cadre d'une demande de clarification et de précision de l'offre, soit de proposer au candidat concerné de racheter les droits de reproduction de la solution dans le respect néanmoins des règles de la commande publique.

b) Formes possibles du dialogue

84. – Approches – Comme cela a été souligné précédemment, l'acheteur public dispose d'une grande marge de manœuvre pour organiser les modalités pratiques du dialogue et le déroulement des discussions. Dès lors, deux approches principales peuvent être envisagées pour mener à bien le processus.

85. – Dialogue de concert – Le dialogue est mené de concert, avec tous les candidats dans l'optique d'identifier une ou plusieurs solutions qui servira(ont) de base à l'élaboration du cahier des charges. Dans ce cadre, chacun des candidats est amené à formuler des solutions dont le contenu tend à converger au cours du dialogue. Ce processus permet d'affiner les caractéristiques du projet tout en facilitant la comparabilité des propositions et offres, notamment lorsque le dialogue est scindé en phases successives où des solutions (et non des candidats) sont éliminées au fur et à mesure. Toutefois, le caractère confidentiel de certaines propositions peut se heurter au bon déroulement d'un tel processus, si l'un des candidats refuse de partager sa solution avec les autres candidats.

86. – Dialogue en tunnel – Le dialogue est mené de manière indépendante avec chaque candidat. Dans ce cadre, la discussion vise alors à approfondir et expliciter la ou les solution(s) qu'il propose. Au terme du processus, les offres portent sur les solutions techniques développées spécifiquement par chacun des candidats. Si elle peut parfois rendre délicate le travail de comparaison des offres, cette formule est aujourd'hui la plus souvent utilisée par les acheteurs publics lorsqu'elles recourent à la procédure de dialogue compétitif. Cette formule s'avère notamment adaptée au respect de la confidentialité des solutions développées par les candidats (innovation, élément de propriété intellectuelle).

Elle est d'ailleurs préconisée par la Charte du dialogue compétitif signée le 18 janvier 2007 sous l'égide de l'Institut de la gestion déléguée (IGD), de l'Assemblée des départements de France, de l'Association des maires de France, de l'Association des régions de France et de la Mission d'appui à la réalisation des contrats de partenariat et énumère différentes recommandations et principes de bonne pratique attachés au

déroulement de la procédure de dialogue compétitif. Elle pose le principe selon lequel « toute mutualisation des innovations, des idées originales et, a fortiori, d'éléments de propriété intellectuelle doit être bannie ("tunnel"), sauf en cas d'accord du candidat concerné » (*Charte dialogue compétitif 18 janv. 2007, principe n° 7*).

c) Pilotage et méthodologie

87. – Enjeu – La formalisation d'un processus de pilotage ainsi que l'élaboration d'une méthodologie permettant de « tracer » les échanges est une clé de réussite de la procédure de dialogue compétitif. Les règles à respecter ont vocation à être inscrite dans une partie du règlement de la consultation et doivent être communiquées au candidat, au stade de l'invitation à dialoguer au plus tard. Cette démarche est essentielle pour deux raisons :

- elle garantit un recueil optimal des informations transmises par les candidats dans l'optique de l'élaboration du cahier des charges et du rapport final ;
- elle permet d'assurer (et, le cas échéant, de justifier) le respect des règles de confidentialité et d'égalité de traitement entre les candidats.

88. – Organisation générale – Afin d'organiser le processus de discussion, il pourrait être opportun de préciser, dans les documents de la consultation, divers points : nombre de phases (à titre indicatif) ainsi que déroulement de chacune d'entre elles (nombre et mode de rencontres, analyse des propositions, demande de précisions, etc.), liste des thèmes qui y seront abordés, etc.

89. – Rencontres – Les rencontres entre l'acheteur public et les candidats doivent permettre à ces derniers de présenter leur solution ainsi que de discuter les aspects techniques, juridiques ou financiers du programme fonctionnel et, le cas échéant, d'un projet partiellement défini.

À ce propos, la Mission nationale d'appui à l'investissement hospitalier (MAINH) préconisait que la préparation de la rencontre débute par l'envoi, par courrier, d'un ordre du jour prévisionnel (par exemple, quinze à vingt jours avant la rencontre), que les candidats peuvent être invités à compléter en fonction des thèmes qu'ils souhaiteraient voir aborder. À cette fin, ils se manifestent par retour de courrier (par exemple, une semaine, au plus tard avant la rencontre). La rencontre fait l'objet d'un compte rendu qui porte sur la date et la durée de la discussion, les noms et fonction des participants, ainsi que les thèmes effectivement abordés. Afin de favoriser la prise de parole et la discussion au cours de la rencontre, un compte rendu synthétique doit être préféré à un relevé exhaustif et intégral des propos tenus. Ce compte rendu est signé par l'ensemble des participants à la fin de la rencontre. À la suite de la rencontre, il apparaît également important de formaliser le processus d'échange relatif aux questions qui peuvent naître (personne publique) et demandes d'information complémentaire (candidats). À ce titre, il est recommandé que les questions posées et les réponses formulées soient transmises, par écrit, à l'ensemble des candidats (*Guide du bail emphytéotique hospitalier, MAINH préc. n° 69, févr. 2005, p. 113*).

Sur ce point, le ministre de l'Économie (*Rép. min. n° 22032 : JO Sénat 18 mai 2006, p. 1387*) a par ailleurs confirmé « [qu'il] paraît de bonne administration pour la personne publique de conserver la mémoire des différentes étapes du dialogue, ne serait-ce que dans l'hypothèse d'avoir à justifier l'éventuelle élimination de certaines solutions ou le choix de l'offre retenue, dans le cadre d'une contestation amiable ou contentieuse. Cela permettra, entre autres, de justifier le choix de l'offre ou de démontrer le respect de l'obligation de confidentialité relative aux offres. Cette mémoire pourra également être précieuse en cas de litige ultérieur sur la nature des droits et obligations du futur partenaire ».

Au titre ou à l'issue des discussions menées par l'acheteur public avec les candidats pendant la phase de dialogue, l'acheteur public peut organiser des séances (pédagogiques) de présentation des propositions initiales, voire même des offres finales, à condition d'en déterminer précisément les modalités. Dans le cas

de séance de présentation intervenant postérieurement au dépôt des offres finales – le dialogue étant par définition clos – et afin de limiter le risque induit de voir en ces séances une « audition » déguisée, nous recommandons que cette présentation soit identifiée comme telle dans le règlement de consultation et ne donne lieu à aucun débat à l'initiative de l'acheteur public ou, tout au plus, dans le respect du décret, de limiter celui-ci à des demandes de clarification de certains aspects des offres ou de confirmation des engagements figurant dans celle-ci (*D. n° 2016-360, 25 mars 2016, art. 76, IV*).

d) Analyse et formalisation des propositions

90. – Principe – Au cours du dialogue, l'analyse des propositions faites par les candidats est soumise à deux impératifs : la comparaison des solutions formulées et l'approfondissement de celles qui apparaissent les plus intéressantes. En fonction du type de dialogue, cette analyse doit conduire l'acheteur public à demander aux candidats d'affiner le rendu de leurs propositions qui peut porter, au choix, sur des solutions qui tendent à converger (dialogue de concert) ou sur des solutions différentes (dialogues indépendants).

91. – Exemple – L'analyse des propositions peut s'opérer par phases successives sur la base de thèmes de discussion, reflétant les critères d'attribution du contrat (inscrits dans l'avis d'appel à la concurrence ou le règlement de la consultation) : fonctionnalité de l'ouvrage, conception technique et architecturale, technologie employée, approche financière, etc.). Sur chacun des thèmes, l'acheteur public doit être en mesure d'évaluer la faisabilité et les atouts des solutions proposées par chacun des candidats. La mise en place d'une méthodologie d'analyse et de comparaison, croisant les critères précités, leur pondération avec le contenu des propositions faites, est fortement recommandée (*A. Jossaud, Piloter la procédure de dialogue compétitif, préc. n° 56*).

92. – Élimination de candidats en cours de dialogue – Cette faculté offerte à l'acheteur public doit s'opérer sur la base des critères d'attribution définis dans l'avis de marché ou l'un des documents de la consultation (*D. n° 2016-360, 25 mars 2016, art. 76, II*). À ce titre, la Commission européenne a indiqué que « la complexité du marché ainsi que la nécessité pour les pouvoirs adjudicateurs de comparer plusieurs solutions et de pouvoir prendre des décisions qu'ils pourront justifier [...], exigent que l'application du critère d'attribution se fasse sur la base de documents écrits », qui pourraient être des « esquisses de solution » ou des « propositions de projets » (*Commission européenne, Fiche explicative – Dialogue compétitif – Directive classique : Doc. CC/2005/04 FR [révision n° 1]*).

Plus généralement, dans l'esprit du dialogue et afin de préserver une concurrence réelle, l'élimination devrait résulter uniquement de l'abandon d'une solution proposée par un candidat et non d'une stratégie prédéfinie, dans laquelle la personne publique s'engagerait sur un nombre de candidats à écarter. Enfin, la décision d'élimination doit être communiquée au candidat par lettre recommandée avec accusé de réception. L'acheteur public veillera d'ailleurs à y faire mention des voies et délais de recours dont dispose le candidat évincé.

93. – Cahier des charges – Les dispositions en vigueur ne prévoient pas l'établissement d'un cahier des charges par l'acheteur public au terme du dialogue. Les candidats sont, en effet, invités à remettre leur offre finale « sur la base de la ou des solutions qu'ils ont présentées et spécifiées au cours du dialogue » (*D. n° 2016-360, 25 mars 2016, art. 76, III*).

Il demeure que, en l'état de la réglementation, le recours à un cahier des charges n'est pas critiquable en soi. Il peut, à notre sens, être envisagé à condition d'être rédigé de façon parfaitement objective, sans privilégier une solution technique préconisée ou exposée par l'un des candidats. Par ailleurs, dans l'hypothèse où le cahier des charges reprendrait des idées ou solutions techniques proposées spécifiquement par un candidat, la personne publique devrait obtenir l'accord préalable de ce dernier (*V. principe de confidentialité, préc. n° 82*).

C. - Remise et analyse des offres, choix du candidat

94. – Après le dialogue proprement dit, cette phase de remise, analyse des offres et choix du candidat s'inspire largement d'une procédure d'appel d'offres restreint.

1° Remise des offres

95. – Invitation – Lorsqu'il estime que le dialogue avec les candidats est arrivé à son terme, l'acheteur public invite les participants restants à remettre une offre finale (*D. n° 2016-360, 25 mars 2016, art. 76, III. – D. n° 2016-361, 25 mars 2016, art. 68, III*). L'invitation à remettre une offre finale doit comprendre *a minima* la date limite de réception des offres, l'adresse à laquelle les offres doivent être transmises et la ou les langues autorisées pour leur présentation (*D. n° 2016-360, 25 mars 2016, art. 56, 2° – D. n° 2016-361, 25 mars 2016, art. 50, 2°*).

Aucun délai minimal de remise des offres n'est fixé par les textes, l'acheteur public doit seulement tenir compte de la complexité du marché et du temps nécessaire aux candidats pour préparer leur offre (*D. n° 2016-360, 25 mars 2016, art. 43*).

L'acheteur public peut-il rouvrir la discussion avec les candidats postérieurement à la clôture officielle du dialogue ? Une telle situation n'est pas envisagée par les textes instituant la procédure de dialogue et il pourrait être argué qu'un tel cas de figure est purement et simplement impossible. À défaut, il pourrait être reproché à l'acheteur public de se livrer à de la négociation déguisée avec les candidats restant en lice. Cette critique serait, à notre sens, pleinement justifiée dans l'hypothèse où cette réouverture des débats interviendrait postérieurement au dépôt des offres finales par les candidats, l'acheteur public prenant conscience à la lumière de celles-ci, que tous les aspects du contrat ou les moyens proposés par les candidats pour répondre à ses besoins ne l'ont pas été de manière satisfaisante. Une telle situation serait donc, à notre avis, juridiquement critiquable.

Cette situation pourrait d'ailleurs être rapprochée de celle résultant de la remise des offres lors d'une procédure d'appel d'offres restreint. Ainsi, en 1998, le Conseil d'État a été saisi des conditions de passation d'un marché d'études passé pour le compte d'un syndicat intercommunal. Lors de la passation de ce marché, l'article 300 du Code des marchés publics disposait que, "*dans le cas où plusieurs offres, jugées les plus intéressantes, sont tenues pour équivalentes, tous éléments considérés, la commission, pour départager les candidats, peut demander à ceux-ci de présenter de nouvelles offres. Hormis ces cas, la commission ne peut discuter avec les candidats que pour leur faire préciser ou compléter la teneur de leurs offres*". Au cours de la procédure de passation, "*la commission d'appel d'offres a estimé ne pouvoir prendre aucune décision compte tenu des différences entre les offres présentées et a décidé de se réunir après nouvelle étude de celles-ci*". Elle avait ainsi procédé à une « reconsultation » des candidats puis constaté que l'un d'eux qui « avait prévu trop de prestations », baissait son prix tandis que l'autre, qui avait « oublié des prestations », maintenait son prix, en respectant le cahier des charges. Le Conseil d'État a jugé que « les affirmations du préfet (...) selon lesquelles la commission d'appel d'offres a procédé à une négociation excédant les limites de la discussion autorisée par l'article 300 du Code des marchés publics doivent être tenues pour établies ». Il a donc annulé le marché (*CE, 8 avr. 1998, n° 167372, Préfet Aube : JurisData n° 1998-050154*).

En revanche, si cette même décision de réouverture de la discussion avec les candidats intervient avant le dépôt des offres finales, la conclusion pourrait ne pas être la même, dès lors que l'acheteur public est en mesure de justifier sa décision par des motifs réels et sérieux ; idéalement exogènes aux parties à la consultation, de nature par exemple, à rendre impossible le dépôt des offres des candidats ou à en surenchérir le coût de manière disproportionnée.

96. – Offres – Les offres finales remises par les candidats doivent comprendre "*tous les éléments requis et nécessaires pour la réalisation du projet*" (*D. n° 2016-360, 25 mars 2016, art. 76, III. – D. n° 2016-361, 25 mars 2016, art. 68, III*). Elles doivent, en outre, être transmises par écrit (*Rep. min. n° 02218 : JO Sénat*

14 févr. 2008, p. 296). À ce stade, il est important de souligner que les éléments transmis par le candidat ne constituent plus une proposition mais une offre à part entière, qui cristallise son engagement (c'est-à-dire une documentation contractuelle signée par le candidat).

97. – Demandes de clarifications ou de compléments – L'acheteur public peut, le cas échéant, demander aux candidats "des précisions, clarifications, perfectionnements ou compléments" sur leur offre finale. Ces demandes ne sauraient toutefois "avoir pour effet de modifier les aspects essentiels de l'offre finale, notamment les besoins et exigences indiqués dans les documents de la consultation, lorsque les modifications apportées sont susceptibles de fausser la concurrence ou d'avoir un effet discriminatoire" (D. n° 2016-360, 25 mars 2016, art. 76, III. – D. n° 2016-361, 25 mars 2016, art. 68, III).

98. – Clarification et confirmation d'engagements – L'acheteur peut demander aux candidats de clarifier des aspects de leur offre ou à confirmer les engagements figurant dans celle-ci (D. n° 2016-360, 25 mars 2016, art. 76, IV. – D. n° 2016-361, 25 mars 2016, art. 68, IV). Cette demande de confirmation peut, selon nous, concerner les conditions de financement proposées par le candidat au cours du dialogue ou dans son offre, au regard par exemple des accords fermes obtenus auprès des établissements bancaires lors de la mise au point du contrat.

2° Attribution du contrat

99. – Offres irrégulières ou inacceptables – Dans la procédure de dialogue compétitif, "les offres inappropriées sont éliminées. Les offres irrégulières ou inacceptables peuvent devenir régulières ou acceptables à l'issue [...] du dialogue, à condition qu'elles ne soient pas anormalement basses. Lorsque [...] le dialogue a pris fin, les offres qui demeurent irrégulières ou inacceptables sont éliminées. Toutefois, l'acheteur peut autoriser tous les soumissionnaires concernés à régulariser les offres irrégulières dans un délai approprié, à condition qu'elles ne soient pas anormalement basses. [...] La régularisation des offres irrégulières ne peut avoir pour effet de modifier des caractéristiques substantielles des offres" (D. n° 2016-360, 25 mars 2016, art. 59, III. – D. n° 2016-361, 25 mars 2016, art. 56, III).

Cette disposition n'exclut pas que le dialogue porte sur des propositions, qui ne seraient pas en tout point conformes aux exigences du dossier de consultation (offre irrégulière) ou pour lesquelles le prix est manifestement excessif (offre inacceptable). À l'issue du dialogue compétitif, une offre finale, qui demeure irrégulière ou inacceptable, doit en revanche être éliminée, sauf si l'acheteur décide d'autoriser le candidat concerné à la régulariser dans un délai approprié. À ce titre, le caractère régularisable de l'offre est apprécié au cas par cas. Afin de ne pas méconnaître le principe d'égalité de traitement, la régularisation ne peut conduire à présenter une nouvelle offre ou des modifications significatives de l'offre initiale (V. en ce sens : L'examen des offres, fiche pratique publiée par la direction des affaires juridiques du ministère des Finances, disponible sur le site internet du ministère).

Le Conseil d'État a jugé que, dans le cadre d'une procédure de dialogue compétitif, le pouvoir adjudicateur ne peut en revanche corriger lui-même une offre finale irrégulière en identifiant par exemple le chiffre exact de luminaires que la société s'engageait à remplacer (CE, 3 juill. 2013, n° 366847, *Sté Citelum et Cne de Sète* : *JurisData* n° 2013-014541 ; *Contrats-Marchés publ.* 2013, comm. 244).

100. – Évaluation des offres – Les offres finales remises par les candidats sont évaluées sur la base des critères d'attribution indiqués dans l'avis de marché ou l'un des documents de la consultation (D. n° 2016-360, 25 mars 2016, art. 75. – D. n° 2016-361, 25 mars 2016, art. 67). Elles sont alors classées par ordre décroissant (D. n° 2016-360, 25 mars 2016, art. 62, I. – D. n° 2016-361, 25 mars 2016, art. 58, I).

L'acheteur public doit, dans le cadre d'une procédure de dialogue compétitif, choisir une pluralité de critères d'attribution non-discriminatoires et liés à l'objet du marché ou à ses conditions d'exécution (D. n° 2016-360, 25 mars 2016, art. 62, III. – D. n° 2016-361, 25 mars 2016, art. 58, III). Dès lors, les critères d'attribution doivent porter, d'une part, sur le prix ou le coût (fondé sur le cycle de vie d'un produit, service ou ouvrage)

des solutions proposées et, d'autre part, un ou plusieurs autres critères comprenant des aspects qualitatifs, environnementaux ou sociaux.

101. – Abandon de la procédure – On relèvera que l'acheteur public peut, à tout moment, décider de déclarer la procédure sans suite. Il doit alors communiquer aux candidats et soumissionnaires, dans les plus brefs délais les raisons pour lesquelles il a décidé de ne pas attribuer le marché ou de recommencer la procédure (*D. n° 2016-360, 25 mars 2016, art. 98. – D. n° 2016-361, 25 mars 2016, art. 87*). L'acheteur public n'est donc pas tenu de conclure le contrat avec l'attributaire. Les textes en vigueur n'exigent d'ailleurs plus qu'il justifie d'un motif d'intérêt général.

102. – Décision d'attribution – Le marché est attribué au candidat qui a présenté l'offre économiquement la plus avantageuse (*Ord. n° 2015-899, 23 juill. 2015, art. 52*).

Si le candidat dont l'offre a été retenue ne peut produire la déclaration sur l'honneur et l'ensemble des renseignements demandés en application de l'article 48 du décret n° 2016-360, son offre est rejetée et l'acheteur public sollicite le candidat dont l'offre a été classée immédiatement après la sienne pour produire les documents nécessaires. En cas d'impossibilité, cette procédure peut se reproduire tant qu'il subsiste des offres qui n'ont pas été écartées au motif qu'elles étaient inacceptables ou irrégulières (*D. n° 2016-360, 25 mars 2016, art. 55*).

103. – Information des candidats évincés – À l'issue de la procédure de passation, l'acheteur public informe les candidats et soumissionnaires dont la candidature ou l'offre n'a pas été retenue (*Ord. n° 2015-899, 23 juill. 2015, art. 55*).

Il doit ainsi notifier à chaque soumissionnaire concerné le rejet de son offre en lui indiquant les motifs de ce rejet. Lorsque cette notification intervient après l'attribution du marché, elle mentionne également (i) le nom de l'attributaire et les motifs qui ont conduit au choix de son offre ainsi que (ii) la date à compter de laquelle l'acheteur est susceptible de signer le marché dans le respect des dispositions relatives au délai de suspension dit de *standstill* (*D. n° 2016-360, 25 mars 2016, art. 99, II. – D. n° 2016-361, 25 mars 2016, art. 88, II*).

Les candidats dont l'offre n'a pas été rejetée au motif qu'elle était irrégulière, inacceptable ou inappropriée peuvent demander à l'acheteur public la communication dans les meilleurs délais, et au plus tard sous 15 jours à compter de la réception de la demande, les caractéristiques et les avantages de l'offre retenue.

Enfin, les candidats dont l'offre a été écartée avant la fin du dialogue peuvent, dans les mêmes conditions, solliciter de l'acheteur public la communication d'informations relatives au déroulement et à l'avancement du dialogue.

104. – Respect d'un délai de suspension avant la signature du marché – L'acheteur public est tenu de respecter un délai minimal de onze (11) jours, dit de « délai de standstill », entre la date d'envoi aux candidats évincés de la notification du rejet de leurs offres et la date de signature du marché avec l'attributaire. Ce délai est porté à seize (16) jours lorsque cette notification n'a pas été transmise par voie électronique (*D. n° 2016-360, 25 mars 2016, art. 101. – D. n° 2016-361, 25 mars 2016, art. 89*).

Il convient de noter que ce délai de *standstill* n'est pas un délai franc, de sorte que sa computation s'opère de date à date (*CE, 2 août 2011, n° 347526, Sté Clean Garden : JCP A 2011, act. 589 ; Lebon T., p. 1021 ; Contrats-Marchés publ. 2011, comm. 303, comm. J.-P. Pietri : « qu'ainsi, ayant envoyé le 28 décembre 2010 à la Société Clean Garden la notification du rejet de son offre, la commune de Ducos pouvait régulièrement signer le marché litigieux le 13 janvier 2011, le délai de suspension ayant expiré le 12 janvier 2011 »*).

105. – Signature et notification du marché – Au terme du délai de *standstill*, l'acheteur public peut signer le contrat, le cas échéant par voie électronique, avec l'attributaire. Le contrat lui est alors notifié et prend effet à la date de réception de la notification, sous réserve du respect des dispositions relatives au contrôle de légalité applicables aux collectivités territoriales (*D. n° 2016-360, 25 mars 2016, art. 103. – D. n° 2016-361, 25 mars 2016, art. 91*).

106. – Publication d'un avis d'attribution/données essentielles – L'acheteur doit rendre public le choix de l'offre retenue et les caractéristiques essentielles du contrat par un avis d'attribution dont le contenu est défini en annexe V de la directive 2014/24/UE.

Au terme de la procédure de dialogue compétitif et dans la mesure où le montant du marché est égal ou supérieur aux seuils européens, il doit envoyer pour publication, dans un délai de trente jours à compter de la signature du marché (quarante-huit jours en matière de marché de défense et de sécurité), un avis d'attribution dans les mêmes conditions et sur les mêmes supports que ceux utilisés lors de la publication de l'avis d'appel à la concurrence (*D. n° 2016-360, 25 mars 2016, art. 104. – D. n° 2016-361, 25 mars 2016, art. 98*).

Les acheteurs devront également rendre accessibles sur leur profil acheteur, au plus tard le 1er octobre 2018, sous un format ouvert et librement réutilisable les données essentielles du marché comprenant notamment la procédure de passation utilisée (*Ord. n° 2015-899, 23 juill. 2015, art. 56. – D. n° 2016-360, 25 mars 2016, art. 107*).

Bibliographie

Articles

D. Adda

Une procédure de dialogue compétitif à la française : Mon. TP 27 févr. 2004, p. 70

Marché de définition ou dialogue compétitif ? : Le Moniteur, 10 mars 2006, p. 98

Marc Mazurkiewicz : Concessions, marchés publics et contrats de partenariat, choisir une procédure de dialogue pour les projets complexes

Mon. TP 3 déc. 2004, p. 96

É. Barbry et A. Walter

La Procédure de dialogue compétitif dans le Nouveau Code des marchés publics : L'écho des marchés publics, févr. 2007, n° 100

J.-M. Binot

Le Dialogue compétitif continu de faire peur aux entreprises : achatpublic.info, 3 sept. 2007

S. Braconnier et É. Fernandez

L'Infructuosité de la procédure d'appel d'offres et du dialogue compétitif : Contrats-Marchés publ. 2007, prat. 5

A. Breville

La Charte du dialogue compétitif, vers une normalisation des discussions entre les partenaires : Rev. Trésor 2007, p. 391

N. Charrel

Dialogue compétitif et conception-réalisation, la confusion des procédures : CP-ACCP févr. 2004, n° 31, p. 83

Ph. Delelis

Le Dialogue compétitif : Contrats-Marchés publ. 2004, prat. 9

M. Heintz

Le Dialogue compétitif : Gaz. cnes 4 déc. 2006, p. 68

E. Jeanneau et N. Ricci

Les marchés publics globaux : Contrats publ. oct. 2015, n° 158, p. 58

A. Jossaud

Piloter la procédure de dialogue compétitif : CP-ACCP sept. 2004, n° 36, p. 75

P. Lantner

La Procédure de dialogue compétitif : Le Moniteur 17 nov. 2006, p. 105

D. Marcellesi

Comment organiser les phases successives d'un dialogue compétitif ? : L'écho des marchés publics, nov. 2007, n° 108, p. 11

A. Ménéménis et L. Richer

Dialogue et négociation dans la procédure de dialogue compétitif : CP-ACCP juin 2005, n° 45, p. 33

J.-M. Peyrical

Conception-réalisation ou dialogue compétitif ? : Le Moniteur, 10 mars 2006, p. 100

S. Pignon

Vers une communautarisation du droit des marchés publics, la procédure de dialogue compétitif : Rev. Lamy dr. coll. terr. oct. 2006, n° 17, p. 20

T. Reynaud et J. Leraut

Pour un dialogue compétitif équitable dans la passation d'un contrat de partenariat, retours d'expérience et amorce de méthodologie : BJCP 2006, p. 236

F. Tenailleau

Regard critique d'un praticien sur le projet de loi relatif aux contrats de partenariat : JCP A 2008, act. 195

J.-B. Vila

Précisions sur la mise en œuvre des critères de sélection des offres des marchés publics : AJDA 2017, p. 477

Notes

J.-D. Dreyfus

Appréciation de l'urgence justifiant la passation d'un contrat de partenariat, note sur TA Orléans, 29 avr. 2008, n° 0604132 et n° 0604140, Lenoir, Syndicat national des entreprises de second œuvre du bâtiment c/ Département du Loiret : AJDA 2008, p. 1203

G. Eckert

Conditions de recours au contrat de partenariat : une appréciation stricte de la notion d'urgence, note sur TA Orléans, 29 avr. 2008, n° 0604132 et n° 0604140, Lenoir, Syndicat national des entreprises de second œuvre du bâtiment c/ Département du Loiret : Contrats-Marchés publ. 2008, comm. 123

F. Olivier

Référé précontractuel : les premiers enseignements en matière de contrat de partenariat, note sur TA Nice, ord., 30 août 2006, n° 0604196, SA TIRU (Traitement industriel des résidus urbains) : Contrats-Marchés publ. 2007, comm. 66

Ouvrage

F. Bergère , X. Besançon , L. Deruy , R. Fiszelson et M. Fornacciari

Le guide opérationnel des PPP 2007 : Le Moniteur, 2007

Rapports et études

Assemblée des départements de France , Association des maires de France , Association des régions de France , Institut de la Gestion déléguée et MAPPP

Charte du dialogue compétitif : 18 janv. 2007

Commission européenne

Fiche explicative – Dialogue compétitif – Directive classique : 16 févr. 2016

Guide du bail emphytéotique hospitalier

MAINH : févr. 2005

Guide du dialogue compétitif et annexe

MEDEF : févr. 2007

MAPPP

Les Contrats de partenariat et l'intangibilité des groupements de candidats :
www.economie.gouv.fr/files/directions_services/ppp/fiche_intangibilite.pdf

La Gestion de la fin du dialogue compétitif :
www.economie.gouv.fr/files/directions_services/ppp/fiche_fin_dialogue.pdf

Phases du recours au contrat de partenariat / Collectivités territoriales et leurs établissements / Complexité / Dialogue compétitif : www.economie.gouv.fr/files/directions_services/ppp/FichesSite/diagramme_ct_dc.pdf

Recours à la procédure de dialogue compétitif

fiche pratique publiée par la direction des affaires juridiques du ministère des Finances :
www.economie.gouv.fr/files/directions_services/ppp/fiche-dialogue_fr.pdf

© LexisNexis SA