

PROCEDURES NEGOCIEES

PROBLÈME

Une procédure négociée est une procédure par laquelle la personne publique choisit le titulaire du marché après négociation des conditions du marché avec un ou plusieurs d'entre eux. Les marchés négociés sont passés avec ou sans publicité préalable permettant la présentation d'offres concurrentes, et dans des cas limitativement énumérés, ils peuvent être passés sans mise en concurrence, donc négociés directement avec un seul interlocuteur.

TEXTES

Code des marchés publics : articles 18, 34, 35, 65, 66, 85.

▣ LES PROCEDURES NÉGOCIÉES APRÈS PUBLICITÉ PRÉALABLE ET MISE EN CONCURRENCE

Peuvent être négociés dans ces conditions :

- Les marchés et les accords-cadres pour lesquels, après appel d'offres ou dialogue compétitif, il n'a été proposé que des offres irrégulières ou inacceptables que le pouvoir adjudicateur est tenu de rejeter. Une offre irrégulière est une offre qui, tout en apportant une réponse au besoin du pouvoir adjudicateur, est incomplète ou ne respecte pas les exigences formulées dans l'AAPC ou dans les documents de la consultation. Une offre est inacceptable si les conditions qui sont prévues pour son exécution méconnaissent la législation en vigueur, ou si les crédits budgétaires alloués au marché après évaluation du besoin à satisfaire ne permettent pas au pouvoir adjudicateur de la financer. Les conditions initiales du marché ne doivent toutefois pas être substantiellement modifiées. Le pouvoir adjudicateur est dispensé de procéder à une nouvelle mesure de publicité s'il ne fait participer à la négociation que le ou les candidats qui, lors de la procédure antérieure, ont soumis des offres respectant les exigences relatives aux délais et modalités formelles de présentation des offres ;

Il est recommandé de motiver très précisément les décisions de la Commission d'Appel d'Offres éliminant les candidatures et les offres et choisissant la nouvelle procédure (articles 59 III 64 III).

La jurisprudence administrative considère ainsi que les dispositions de l'article 35 du Code des marchés publics ne font pas obstacle à ce qu'après que les offres ont été déclarées inacceptables, la procédure négociée s'engage sur la base d'une simple lettre indiquant aux candidats qu'en raison du caractère infructueux de la procédure initiale, ils étaient invités à réviser leurs prix à la baisse, les documents de la consultation restant inchangés (CE, 27 mars 2015, *Association Optima*, n°386682).

- Les marchés et les accords-cadres de services, notamment les marchés de services financiers mentionnés au 6° de l'article 29 (qui peut être appliqué notamment aux marchés d'assurance) et les marchés de prestations intellectuelles, lorsque la prestation de services à réaliser est d'une nature telle que les spécifications du marché ne peuvent être établies préalablement avec une précision suffisante pour permettre le recours à l'appel d'offres. L'utilisation de cette possibilité doit être sérieusement justifiée.
- Les marchés et les accords-cadres de travaux conclus uniquement à des fins de recherche, d'essai, d'expérimentation, ou de mise au point, sans finalité commerciale immédiate.
- Exceptionnellement pour des travaux, des fournitures ou des services dont le prix ne peut pas être fixé préalablement du fait de leur nature ou des aléas qui peuvent affecter leur réalisation. L'interprétation de cette disposition est néanmoins délicate.

Les opérations de travaux de moins de 5 186 000 euros HT ne peuvent plus être attribués en procédure négociée, mais en procédure adaptée (article 26 II CMP).

□ LES MARCHÉS NÉGOCIÉS SANS PUBLICITÉ PRÉALABLE NI MISE EN CONCURRENCE

Peuvent être négociés dans ces conditions :

- Les marchés et les accords-cadres pour lesquels l'urgence impérieuse résultant de circonstances imprévisibles pour le pouvoir adjudicateur et n'étant pas de son fait, et dont les conditions de passation ne sont pas compatibles avec les délais exigés par les procédures d'appel d'offres ou de marchés négociés précédés d'un avis d'appel public à la concurrence. Il peut notamment s'agir des marchés conclus pour faire face à des situations « d'urgence impérieuse » liées à une catastrophe technologique ou naturelle dont les conditions de passation ne sont pas compatibles avec les délais exigés par les procédures d'appel d'offres ou de marchés négociés avec publicité et mise en concurrence préalable. Ces marchés peuvent également être conclus pour l'exécution d'office, en urgence, de travaux en cas de danger ponctuel imminent pour la santé publique, notamment en matière d'insalubrité des immeubles ou de lutte contre le saturnisme. Toujours en cas de danger grave et imminent, ils peuvent être mis en œuvre pour assurer la sécurité des immeubles recevant du public, des immeubles collectifs et des bâtiments menaçant ruine dans le cadre des procédures prévues par le code de la construction et de l'habitation. Ces marchés sont limités aux prestations strictement nécessaires pour faire face à la situation d'urgence, et si « l'urgence impérieuse » est incompatible avec la préparation des documents constitutifs du marché, la passation est confirmée par un simple échange de lettres.

Il n'est plus possible de conclure selon une procédure négociée un marché de substitution pour remplacer le titulaire défaillant, sauf à prouver l'urgence impérieuse et imprévisible.

- Les marchés et les accords-cadres de fournitures concernant des produits fabriqués conclus uniquement à des fins de recherche, d'essai, d'expérimentation, d'étude ou de développement sans objectif de rentabilité ou de récupération des coûts de recherche et de développement.

- Les marchés et les accords-cadres passés selon la procédure de l'appel d'offres, pour lesquels aucune candidature ou aucune offre n'a été déposée ou pour lesquels seules des offres inappropriées ont été déposées, pour autant que les conditions initiales du marché ne soient pas substantiellement modifiées et qu'un rapport soit communiqué, à sa demande, à la Commission européenne. Est inappropriée une offre qui apporte une réponse sans rapport avec le besoin du pouvoir adjudicateur et qui peut en conséquence être assimilée à une absence d'offre.

- les marchés complémentaires de fournitures exécutés par le titulaire initial et destinés soit au renouvellement partiel de fournitures ou d'installations d'usage courant, soit à l'extension d'installations existantes, lorsque le changement de fournisseur obligerait le pouvoir adjudicateur à acquérir un matériel de technique différente entraînant une incompatibilité avec le matériel déjà acquis ou des difficultés techniques d'utilisation et d'entretien disproportionnées.

La durée de ces marchés complémentaires, périodes de reconduction comprises, ne peut dépasser trois ans et le montant total du marché, livraisons complémentaires comprises, ne peut excéder 200 007euros HT (134 000 euros HT pour l'Etat), sauf si le marché a été passé initialement par appel d'offres et a fait l'objet d'un avis d'appel public à la concurrence publié au JOUE.

- les marchés complémentaires de services ou de travaux consistant en des prestations qui ne figurent pas dans le marché initialement conclu mais qui sont devenus nécessaires, à la suite d'une circonstance imprévue, à l'exécution du service ou à la réalisation de l'ouvrage tel qu'il est décrit dans le marché initial, à condition que l'attribution soit faite à l'opérateur économique qui a exécuté ce service ou réalisé cet ouvrage :

- a) lorsque ces services ou travaux complémentaires ne peuvent être techniquement ou économiquement séparés du marché principal sans inconvénient majeur pour le pouvoir adjudicateur ;
- b) lorsque ces services ou travaux, quoiqu'ils soient séparables de l'exécution du marché initial, sont strictement nécessaires à son parfait achèvement.

Le montant cumulé des marchés complémentaires ne doit pas dépasser 50 % du montant du marché principal.

- les marchés de services ou de travaux qui ont pour objet la réalisation de prestations identiques à celles qui ont été confiées au titulaire d'un marché précédent passé après mise en concurrence. Le premier marché doit avoir indiqué la possibilité de recourir à la procédure négociée pour la réalisation de prestations similaires. Sa mise en concurrence doit avoir pris en compte le montant total envisagé, y compris les nouveaux services ou travaux. La durée pendant laquelle les nouveaux marchés peuvent être conclus ne peut dépasser trois ans à compter de la notification du marché initial.

Il s'agit du régime en vigueur pour les marchés dits de reconduction, impliquant l'identité des prestations.

- les marchés et les accords-cadres de services qui sont attribués à un ou plusieurs lauréats d'un concours ; lorsqu'il y a plusieurs lauréats, ils sont tous invités à négocier.
- les marchés et les accords-cadres qui ne peuvent être confiés qu'à un opérateur économique déterminé pour des raisons techniques, artistiques ou tenant à la protection de droits d'exclusivité. Encore faut-il que ces raisons soient justifiées par l'objet du marché et ne restreignent pas abusivement la concurrence (à rapprocher de l'article 6 IV CMP). Pour un marché de maîtrise d'œuvre dont la passation n'est pas soumise à concours en application de l'article 74, le maître d'ouvrage peut recourir à une procédure négociée spécifique. Le Conseil d'Etat valide aujourd'hui l'utilisation de cette procédure sans publicité ni mise en concurrence préalable s'agissant des marchés de fourniture, mise en œuvre et déploiement de logiciels pour lesquels une entreprise dispose d'un droit spécifique, en l'espèce protégé par l'attribution d'un certificat délivré par l'Agence pour la protection des programmes (CE, 2 octobre 2013, req. n°368846).
- Les marchés et les accords-cadres ayant pour objet l'achat de matières premières cotées et achetées en bourse ;
- Les marchés et les accords-cadres ayant pour objet l'achat de fournitures à des conditions particulièrement avantageuses, soit auprès d'un fournisseur en cessation définitive d'activité, soit auprès des liquidateurs d'une faillite ou d'une procédure de même nature.

□ L'AVIS D'APPEL PUBLIC À LA CONCURRENCE

Lorsqu'il doit être procédé à un avis d'appel public à concurrence (AAPC), le délai minimal entre l'envoi de l'avis à la publication et la date limite de réception des candidatures est d'au moins 37 jours, ou de 30 jours si l'avis a été envoyé par voie électronique. Il peut être ramené à 15 jours en cas d'urgence ne résultant pas du fait du pouvoir adjudicateur, ou à 10 jours si de plus l'avis a été envoyé par voie électronique. Le contenu minimal est règlementé par l'arrêté du 27 août 2011 pris en application des articles 40 et 150 du Code des marchés publics et contrôlé en cas de contentieux.

Les candidatures et les offres sont transmises par tout moyen permettant de déterminer de façon certaine la date de leur réception et de garantir leur confidentialité. La transmission par voie électronique peut être imposée par le pouvoir adjudicateur. Celle-ci est obligatoire pour tous les marchés de fournitures et de services informatiques d'un montant supérieur à 90 000 euros HT.

En outre, le pouvoir adjudicateur ne peut refuser la réception d'offres par voie électronique pour tous les marchés de fournitures, services ou travaux d'un montant supérieur à 90 000 euros HT.

Enfin, depuis le 1^{er} octobre 2012, les candidats ne sont plus tenus d'utiliser le système de signature électronique prescrit par le pouvoir adjudicateur, et peuvent recourir au système de leur choix. Les pouvoirs adjudicateurs sont tenus d'accepter les réponses déposées avec un système de signature électronique autre que celui utilisé par leur plateforme (arrêté du 15 juin 2012 lié à la signature électronique dans les marchés publics).

□ OUVERTURE DES PLIS DE CANDIDATURES (art. 65-IV)

Seuls peuvent être ouverts les plis qui ont été reçus au plus tard à la date et à l'heure limites qui ont été annoncées dans l'AAPC.

Avant de procéder à l'examen des candidatures, le pouvoir adjudicateur qui constate que des pièces dont la production était réclamée sont absentes ou incomplètes, peut demander aux candidats de compléter leur dossier conformément aux dispositions du I de l'article 52, y compris lorsque les informations manquantes portent sur la capacité juridique de l'opérateur à déposer sa candidature.

Au vu des seuls renseignements relatifs aux candidatures, la liste des candidats invités à négocier est établie en application des dispositions de l'article 52.

Les candidats non retenus en sont informés.

□ LETTRE DE CONSULTATION (art. 66-I)

Une lettre de consultation est envoyée simultanément à tous les candidats sélectionnés. Cette lettre de consultation comporte au moins :

- les documents de la consultation ou, s'ils ne sont pas détenus par le pouvoir adjudicateur, l'adresse du service auprès duquel les documents de la consultation peuvent être obtenus sur demande et la date limite pour présenter cette demande, ou encore les conditions d'accès à ces documents s'ils sont mis à disposition directe par voie électronique ;
- la date et l'heure limites de réception des offres, l'adresse à laquelle elles sont transmises et la mention de l'obligation de les rédiger en langue française ;
- les références de l'AAPC publié ;
- le cas échéant, la date limite pour demander des documents complémentaires (les renseignements complémentaires sur les documents de la consultation sont envoyés aux opérateurs économiques 6 jours au plus tard avant la date limite de réception des offres, en cas de délais réduits du fait de l'urgence, ce délai est ramené à 4 jours);
- la liste des documents à fournir avec l'offre.

□ SECURISATION DES TRANSMISSIONS ET OUVERTURE DES PLIS OFFRES (art. 66-IV)

Les offres sont transmises par tout moyen permettant de déterminer de façon certaine la date et l'heure de leur réception et d'en garantir la confidentialité.

Seuls peuvent être ouverts, les plis qui ont été reçus au plus tard à la date et l'heure limites qui ont été annoncées dans la lettre de consultation.

□ LA NEGOCIATION (art.66-V)

La négociation est engagée avec les candidats sélectionnés. Elle ne peut porter sur l'objet du marché ni modifier substantiellement les caractéristiques et les conditions d'exécution du marché tels qu'elles sont définies dans les documents de la consultation.

La négociation est conduite par le pouvoir adjudicateur à partir de réponses à une lettre de consultation qu'il a adressée aux candidats admis à la négociation, avec un minimum de trois sauf insuffisance du nombre de candidats admissibles.

La négociation est conduite dans le respect du principe d'égalité de traitement de tous les candidats. Les informations données aux candidats ne peuvent être de nature à avantager certains d'entre eux. Le pouvoir adjudicateur ne peut révéler aux autres candidats des solutions proposées ou des informations confidentielles communiquées par un candidat dans le cadre de la négociation, sans l'accord de celui-ci.

Il propose un classement des offres, après négociation, à la Commission d'Appel d'Offres, laquelle attribue le marché (art. 66-VI).

□ CONSEIL

Il importe que la négociation soit effective et que la collectivité et ses élus ou ses agents conservent un minimum de traces écrites qui établiront le respect des principes de liberté d'accès et d'égalité des candidats.

□ NOTA

Les règles applicables en la matière vont néanmoins évoluer prochainement en raison de la transposition des directives marchés publics n°2014/24/UE et 2014/25/UE du 26 février 2014. A cet effet, leur transposition a été effectuée par l'Ordonnance n°2015-899 du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics, qui doit entrer en vigueur à une date fixée par décret et avant le 1^{er} avril 2016. Elle ne pourra s'appliquer, en tout état de cause, aux contrats dont la procédure de passation a été engagée avant le 1^{er} janvier 2016.