

Modalités de négociation dans le cadre des MAPA

Les textes récents modifiant le droit de la commande publique confirment que les acheteurs peuvent prévoir de négocier avec les candidats à l'attribution d'un MAPA. Ces textes précisent notamment l'étendue des obligations pesant sur les acheteurs en ce qui concerne l'information devant être fournie aux candidats mais demeurent muets sur d'autres points. En outre, sur quels éléments la négociation peut-elle porter ?

La négociation organisée par les acheteurs publics dans le cadre des procédures de passation des contrats de la commande publique a récemment fait l'objet, sous l'effet des directives de 2014^[1] et de leurs textes internes de transposition, de mouvements contradictoires qui invitent à se réinterroger, sur sa place et les règles qui l'encadrent dans les domaines dans lesquels son intérêt et sa légalité semblaient définitivement établis.

Ainsi, alors qu'elle était regardée comme étant la règle en matière de concessions et de délégations de service public, l'ordonnance n° 2016-65 du 29 janvier 2016 relative aux contrats de concession, dans la droite ligne de la directive 2014/23/UE du 26 février 2014^[2], fait désormais de la négociation une simple possibilité pour les autorités



Auteur

Marianne Hauton et Valérie de Sigoyer

Avocates à la Cour
Seban et Associés



Mots clés

Critères • Information des candidats • Offres irrégulières • Prix
• Secret industriel et commercial

[1] Directive 2014/23/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 sur l'attribution de contrats de concession ; Directive 2014/24/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 sur la passation des marchés publics et abrogeant la directive 2004/18/CE ; Directive 2014/25/UE du Parlement européen et du Conseil 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.

[2] Article 37.6 de la directive 2014/23/UE du 26 février 2014 sur l'attribution de contrats de concession.

concédantes^[3]. Et, à l'inverse, alors qu'en matière de marchés publics de montants supérieurs aux seuils des procédures formalisées, le recours à la négociation était jusqu'alors une procédure dérogatoire, l'ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics et le décret n° 2016-360 du 25 mars 2016, également dans le sillage de la directive du 24 février 2014, font de la procédure concurrentielle avec négociation l'une des procédures formalisées de droit commun^[4].

Si la question de la négociation dans le cadre de la conclusion de marchés passés selon une procédure adaptée (ci-après, MAPA) n'a a priori pas connu, depuis l'entrée en vigueur du nouveau cadre juridique applicable en matière de commande publique, d'évolution aussi notable qu'en procédure formalisée ou en droit des concessions, il apparaît néanmoins pertinent de réaliser un état des lieux des règles encadrant le principe même du recours à la négociation en MAPA ainsi que de celles qui en déterminent l'étendue, au regard notamment des nombreuses solutions dégagées par le juge administratif, avant le 1^{er} avril 2016, dans la détermination des règles applicables.

Principe du recours à la négociation

La confirmation du recours possible à la négociation

Sous l'empire du Code des marchés publics de 2006^[5], l'article 28 dudit Code consacrait explicitement la liberté pour les pouvoirs adjudicateurs de négocier avec les candidats à l'attribution d'un MAPA. Ledit article précisait en effet, pour les marchés dont la valeur estimée demeurait inférieure aux seuils de procédures formalisées, que le pouvoir adjudicateur pouvait organiser « une procédure adaptée, dont les modalités sont librement fixées (...) » en précisant à cet égard que « le pouvoir adjudicateur peut négocier avec les candidats ayant présenté une offre ».

Sans reprendre une formulation aussi explicite, l'article 27 du décret n° 2016-360 du 25 mars 2016 confirme néanmoins cette possibilité de négocier en MAPA en évoquant au sujet des procédures adaptées (dont l'acheteur public « détermine librement les modalités en fonction de la nature et des caractéristiques du besoin à satisfaire, du nombre ou de la localisation des opérateurs économiques susceptibles d'y répondre ainsi que des circonstances de l'achat »), l'hypothèse dans laquelle

« l'acheteur a prévu de négocier ». Ce faisant, mais sans surprise, les nouvelles dispositions confirment la possibilité de négocier en procédure adaptée.

Le moment de la délivrance de l'information relative à la négociation

L'information relative à l'organisation d'une négociation doit intervenir, aux termes de l'article 27 du décret n° 2016-360 du 25 mars 2016 précité, dès le démarrage de la procédure, « dans les documents de la consultation », dont on rappellera qu'ils recouvrent « 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 »^[6]. Ces dispositions ne modifient donc pas le sens de la solution qui avait été retenue par la jurisprudence rendue sous l'empire des anciennes dispositions en jugeant que l'information relative à l'organisation d'une négociation devait figurer « dans l'avis public d'appel à la concurrence ou dans les documents de la consultation »^[7]. La Direction des affaires juridiques (DAJ) du ministère de l'Économie et des Finances dans sa fiche consacrée aux MAPA^[8], confirme au demeurant cette approche du caractère alternatif des deux documents.

En pratique, il est donc envisageable de faire figurer cette information, alternativement ou cumulativement, dans l'avis d'appel public à la concurrence et/ou dans le dossier de consultation (et, en particulier dans le règlement de la consultation).

En revanche, si ni dans l'avis d'appel à la concurrence, ni dans le règlement de la consultation, l'acheteur n'a indiqué qu'il entendait recourir à la négociation (ou se réserver la possibilité d'y recourir, cf. développements *infra*), alors il n'est plus possible, en cours de procédure d'introduire cette faculté au gré d'une modification des documents de la consultation. Si le texte de l'article 27 du décret n° 2016-360 du 25 mars 2016 ne pose certes pas une telle interdiction, cette interdiction a été exprimée par le biais d'une réponse ministérielle^[9] et est, surtout, la solution retenue par le Conseil d'État^[10] qui indique que l'information relative à l'organisation d'une négociation doit être fournie « dès le lancement de la procédure ».

[3] L'article 46 de l'ordonnance n° 2016-65 du 29 janvier 2016 disposant : « Les autorités concédantes peuvent organiser librement une négociation avec un ou plusieurs soumissionnaires dans des conditions prévues par voie réglementaire ».

[4] Article 42 de l'ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics.

[5] Décret n° 2006-975 du 1^{er} août 2006 portant code des marchés publics.

[6] Art. 38 du décret n° 2016-360 du 25 mars 2016.

[7] CAA Nantes 7 juin 2013, Société Phytorem SA, req. n° 11NT03240 ; CAA Marseille 18 Avril 2016, Société Faurie c/ Syndicat mixte des eaux et de l'assainissement de la Région du Pic Saint Loup, req. n° 14MA03657.

[8] Cf. point 4.4.1, p.15.

[9] Rép. min. QE, n° 11073, JO Sénat Q. 21 août 2014, p. 1961. La réponse ministérielle relaye la position de la doctrine administrative contredite par la jurisprudence postérieure du Conseil d'État, mais conserve vraisemblablement sa pertinence sur ce point précis.

[10] CE 18 septembre 2015, Sté Axxess, req. n° 380821.

Contenu des indications relatives au principe du recours à la négociation

Les nouveaux textes précisent en outre l'étendue des obligations pesant sur les acheteurs publics en ce qui concerne l'information devant être fournie aux candidats quant à l'organisation d'une négociation.

Cette question de l'information à fournir et de la marge de manœuvre du pouvoir adjudicateur une fois cette information fournie avait, par le passé, donné lieu à des positions divergentes, avant d'être tranchée par le Conseil d'État.

Le débat (ayant donné lieu à des décisions juridictionnelles divergentes⁽¹¹⁾) portait sur le point de savoir si l'acheteur pouvait simplement indiquer se « réserver la possibilité de négocier » ou s'il devait nécessairement informer à l'avance les candidats du point de savoir s'il mettra ou non en œuvre une négociation. Ainsi, la plupart des juridictions et la DAJ du ministère de l'Économie et des Finances, dans son Guide de bonnes pratiques en matière de marchés publics, estimaient que le pouvoir adjudicateur ne pouvait « se réserver le droit de négocier ». Cette position trouvait sa justification notamment dans l'article 42 du Code des marchés publics qui prévoyait, en son second alinéa, que pour les MAPA, le règlement de la consultation peut se limiter aux « caractéristiques principales de la procédure et du choix de l'offre », l'organisation d'une négociation faisant justement partie de ces caractéristiques principales⁽¹²⁾. Certains juges retenaient néanmoins l'approche inverse en admettant que l'acheteur public se réserve une telle possibilité (sous réserve, bien entendu, d'en avoir fait part aux candidats dans les documents de la consultation).

Ce n'est qu'en 2015 que le Conseil d'État a tranché ce débat en jugeant que « si le pouvoir adjudicateur a décidé de faire usage de sa faculté de négocier dans le cadre d'une procédure adaptée, il doit en informer les candidats dès le lancement de la procédure et ne peut alors renoncer à négocier en cours de procédure ; qu'il peut aussi se borner à informer les candidats, lors du lancement de la procédure, qu'il se réserve la possibilité de négocier, sans être tenu, s'il décide effectivement de négocier après la remise des offres, d'en informer l'ensemble des candidats »⁽¹³⁾. L'alternative ainsi consacrée était donc la suivante :

– soit l'acheteur indique qu'il entend négocier ou n'indique rien ;

– soit l'acheteur public indique qu'il se réserve la possibilité de négocier.

Dans le premier cas, qui recouvre donc deux hypothèses, il est tenu par l'information délivrée et doit donc obligatoirement négocier, ou s'abstenir de le faire, selon l'hypothèse. En revanche, dans le second cas, lorsqu'il indique qu'il se réserve la possibilité de négocier, il peut alors librement décider soit de mettre effectivement en œuvre cette possibilité, soit d'y renoncer, et ce, sans avoir à en informer l'ensemble des candidats.

Bien que formulée de manière différente, la solution du Conseil d'État rendue en 2015, s'inscrivait dans le prolongement de ce que prévoit l'article 29.4 de la directive 2014/24 /UE du 26 février 2014 au sujet de la procédure concurrentielle avec négociation qui dispose que « les pouvoirs adjudicateurs peuvent attribuer des marchés sur la base des offres initiales sans négociation, lorsqu'ils ont indiqué, dans l'avis de marché ou dans l'invitation à confirmer l'intérêt, qu'ils se réservent la possibilité de le faire ».

C'est dans ce contexte que le décret n° 2016-360 du 25 mars 2016 dispose, en son article 27, que : « Lorsque l'acheteur a prévu de négocier, il peut attribuer le marché public sur la base des offres initiales sans négociation, à condition d'avoir indiqué dans les documents de la consultation qu'il se réserve la possibilité de le faire ». Autrement posé, l'acheteur peut indiquer qu'il envisage de négocier mais qu'il se réserve néanmoins la possibilité de renoncer à cette négociation au vu des offres qu'il recevra.

Même si le texte ne l'indique pas de manière explicite, demeure pleinement de mise le principe selon lequel, si l'annonce de la négociation apparaît non pas comme une éventualité mais comme une certitude, l'acheteur public est alors tenu de la mettre effectivement en œuvre⁽¹⁴⁾.

Devrait également rester valable le principe dégagé sous l'empire des anciennes dispositions, selon lequel dès lors que le pouvoir adjudicateur a indiqué se réserver la possibilité de négocier avec certains candidats, il n'a pas, lorsqu'il met effectivement en œuvre cette possibilité, à en informer l'ensemble des candidats⁽¹⁵⁾.

Enfin, on rappellera que la décision du pouvoir adjudicateur de recourir ou non à la négociation, si cette possibilité a été prévue dans le cadre d'une procédure adaptée, ne saurait être utilement critiquée devant le juge⁽¹⁶⁾.

(11) S'opposant à la mention selon laquelle l'acheteur se réserve la possibilité de négocier : CAA Nantes 7 juin 2013, Société Phyorem SA, req. n° 11NT03240. Ayant à l'inverse estimé que le pouvoir adjudicateur pouvait se contenter de se réserver la possibilité de négocier : CAA Lyon 5 mars 2015, SMTPB, req. n° 14LY01532.

(12) A. Samson-Dye « L'annonce de possibles négociations en procédure adaptée », AJDA 2015, p. 851.

(13) CE 18 septembre 2015, Sté Axxess, req. n° 380821.

(14) CE 18 septembre 2015, Sté Axxess, req. n° 380821.

(15) CE 18 septembre 2015, Sté Axxess, précité.

(16) CE 18 septembre 2015, Sté Axxess, précité. On peut néanmoins relever une décision récente estimant que la décision du pouvoir adjudicateur de ne pas recourir à la négociation, après avoir indiqué dans le règlement de la consultation que le recours à une telle procédure était susceptible d'être mise en œuvre peut faire l'objet d'un contrôle juridictionnel limité à l'erreur manifeste d'appréciation : CAA Marseille 7 novembre 2016, Département de Corse du Sud, req. n° 14MA03839.

Contenu des indications relatives au cadre dans lequel s'inscrit la négociation

Les nouveaux textes sont en revanche silencieux en ce qui concerne la fourniture d'indications relatives au nombre de candidats susceptibles de participer à la négociation ainsi qu'aux critères qui seront mis en œuvre pour sélectionner les candidats admis à négocier. Cette question n'a, *a priori*, jamais été tranchée explicitement par le Conseil d'État.

Cela étant, la DAJ du ministère de l'Économie et des Finances, dans sa fiche relative aux marchés passés selon une procédure adaptée⁽¹⁷⁾, tranche la question en considérant que si l'acheteur souhaite limiter le nombre de candidats avec lesquels il négociera, il doit indiquer non seulement les critères sur le fondement desquels les candidats seront sélectionnés pour participer à la négociation, mais également le nombre de candidats concernés⁽¹⁸⁾.

Cette position, qui s'explique assez logiquement par la nécessité de garantir le respect du principe de transparence et d'égalité de traitement des candidats, présente l'avantage d'atténuer quelque peu l'incertitude dans laquelle se trouvent les candidats et découlant de la marge de manœuvre dont dispose l'acheteur pour décider ou non de recourir à la négociation⁽¹⁹⁾.

Sur l'étendue de la négociation

Ainsi qu'il l'a été exposé *supra*, les modalités de négociation sont encadrées. Mais, si négociation il y a, sur quoi porte-t-elle ?

Négociation portant sur les prix

À titre liminaire, il sera observé que le pouvoir adjudicateur dispose d'une grande liberté pour déterminer l'étendue de la négociation dans le cadre de l'attribution d'un MAPA. Ainsi, la négociation peut-elle porter sur des éléments techniques, administratifs et/ou financiers liés aux offres présentées par les candidats. La négociation peut également – et exclusivement – porter sur le prix, l'objectif étant pour le pouvoir adjudicateur d'obtenir la réduction du prix initialement proposé.

À titre d'exemple, il a été jugé que le pouvoir adjudicateur pouvait, lors des négociations, inviter les entreprises candidates à présenter un nouveau bordereau de prix réajusté à la baisse, afin de prendre en compte les

exigences issues de l'application du tarif de la nomenclature de la sécurité sociale⁽²⁰⁾.

À propos de cet arrêt, la doctrine a considéré que le Conseil d'État était allé plus loin, en admettant « la légalité des modifications des offres à la hausse. L'arrêt indique « deux entreprises (...) n'avaient pas proposé des prix égaux au tarif de la nomenclature ». On y lit même que « le pouvoir adjudicateur [a] manqué à ses obligations de mise en concurrence (...) en demandant, en conséquence, à deux candidats de relever les prix proposés par leurs offres afin de les mettre en conformité à la législation », sans que cette pratique soit censurée⁽²¹⁾ ».

Aussi, est-il acquis que la modification peut intervenir à la hausse, comme à la baisse. Or, cette solution n'allait pas de soi, tant il est vrai qu'un candidat peut modifier à la hausse son offre, se rendant compte lors des négociations qu'il n'avait pas pris en compte un certain nombre d'éléments susceptibles d'avoir une incidence financière. Et cette solution pose en réalité difficulté au regard du principe de l'intangibilité des offres et, d'une façon plus générale, de l'égalité de traitement entre les candidats.

Il reste, et ainsi que cela résulte de la fiche sur les MAPA établie par DAJ du ministère de l'Économie et des Finances, qu'une « négociation sur les prix ne doit cependant pas aboutir à la formulation d'une offre anormalement basse⁽²²⁾ ».

La négociation face au secret industriel et commercial

Dans sa fiche, la DAJ prend soin d'indiquer – et c'est un sujet bien connu dans le cadre des dialogues compétitifs – que « L'attention des acheteurs est tout particulièrement appelée sur le respect du secret industriel et commercial entourant le savoir-faire des candidats. La négociation ne peut être utilisée pour diffuser à l'ensemble des candidats la solution innovante imaginée par l'un d'entre eux ».

Autrement dit, les personnes publiques doivent-elles veiller – en phase de négociation – à ne pas divulguer des éléments issus des offres des candidats, lesquelles sont couvertes par le secret industriel et commercial. Si tel était le cas, les candidats pourraient ajuster leurs offres en fonction des éléments connus de leurs concurrents.

(17) Et dans le prolongement de ce que préconisait déjà le Guide de bonnes pratiques en matière de marché publics n° 12.1.1, p. 61 ; édition du 26 septembre 2014, mise à jour le 13 avril 2015.

(18) Fiche précitée, point 4.4.2, p15.

(19) F. Linditch, « À propos de la « short list » et possibilité de ne pas s'engager à négocier en procédure adaptée », *JCP A* n° 23, 9 juin 2014, 2174.

(20) CE, Sect., 27 avril 2011, Président du Sénat, req. n° 344244.

(21) F. Linditch, « Négociation dans les marchés à procédure adaptée : les offres peuvent largement évoluer, pas les critères de choix », *JCPA*, n° 24, 14 juin 2011, 2214.

(22) Fiche de la DAJ, Les MAPA, mise à jour le 29 avril 2016, point 4.4.3.

L'acheteur doit-il négocier avec tous les candidats ?

Dans le cadre de la négociation, il est acquis qu'il est possible de régulariser les offres qui seraient irrégulières ou inacceptables. Tel était le cas dans le cadre de l'ancien dispositif juridique. Tel est encore le cas à ce jour. Ainsi, l'article 59 du décret n° 2016-360 du 25 mars 2016 relatif aux marchés publics prévoit-il que, dans les MAPA, « Les offres irrégulières ou inacceptables peuvent devenir régulières ou acceptables à l'issue de la négociation ou du dialogue, à condition qu'elles ne soient pas anormalement basses. Lorsque la négociation ou le dialogue a pris fin, les offres qui demeurent irrégulières ou inacceptables sont éliminées ».

Une question s'impose : si la personne publique a annoncé négocier avec tous les candidats, doit-elle obligatoirement négocier avec les candidats ayant présenté une offre irrégulière, alors même que le texte précité instaure une faculté, plus qu'une obligation ? La réponse n'est pas certaine, et il pourrait être considéré (i) qu'elle est certainement contrainte de négocier avec tous les candidats (ii) sans toutefois devoir régulariser des offres irrégulières ou inacceptables qui lui sont présentées.

Les domaines exclus de la négociation

En toute hypothèse, la négociation ne peut en aucun cas servir de prétexte à la modification des caractéristiques principales du marché. Ainsi, est-il acquis que la négociation ne peut porter sur l'objet, ou les critères de sélection des candidatures, ou encore les critères de jugement des offres.

Conclusion

De cette analyse, il résulte que tout a vocation à être négocié, à l'exception des caractéristiques principales du marché et à condition que le périmètre de la négociation ait été clairement annoncé dans les pièces de la consultation – étant précisé que la personne publique doit veiller, lorsqu'elle négocie, à ne pas divulguer aux candidats des éléments relevant du secret industriel et commercial des concurrents. Il reste – selon un proverbe chinois – que « En période de paix, n'oublie pas le péril » : autrement dit, et malgré ces éléments rassurants, la prudence s'impose !