

Hypothèses et modalités de la négociation dans le cadre des procédures formalisées

L'analyse des hypothèses et modalités de la négociation dans le cadre des procédures formalisées permet d'établir tout à la fois un élargissement des cas dans lesquels une telle négociation est possible et une définition claire de la structure de la négociation.

Le droit de la commande publique, et en particulier le droit des marchés publics doit pouvoir satisfaire deux objectifs : assurer la parfaite égalité de traitement entre les candidats, et son corollaire, la transparence des procédures, et, parallèlement, assurer la meilleure satisfaction des besoins de l'acheteur public.

Le principe a longtemps été d'imposer aux acheteurs publics le respect de règles procédurales strictes. C'est ce qui justifie que la procédure d'appel d'offres constitue la procédure de principe. En effet, en interdisant toute négociation, on limite, a priori, les risques d'avantager un candidat par rapport à un autre.

Cependant, la rigidité même de la procédure d'appel d'offres ne permet pas forcément d'assurer la meilleure satisfaction du besoin de l'acheteur public. En effet, par l'échange avec les candidats, l'acheteur public pourra être amené à mieux identifier ses besoins et les moyens pour y parvenir.

Bien plus, et contre toute attente, le recours à la négociation permet d'assurer les échanges transnationaux. Ainsi, le considérant n° 42 de la directive 2014/24/UE du Parlement et du Conseil du 26 février 2014 sur la passation des marchés publics (ci-après « la Directive ») dispose que :

« 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 [...] ».

L'ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics (ci-après « l'Ordonnance ») et le décret n° 2016-360 du 25 mars 2016 (ci-après « le Décret ») sont la parfaite illustration de cette volonté nouvelle d'accroître les conditions de recours à la négociation dans le cadre de l'attribution d'un marché public soumis à une procédure formalisée.

Auteur

Astrid Layrisse

Avocat à la Cour - Cabinet Seban et Associés

Marion Terraux

Avocat à la Cour - Cabinet Seban et Associés

Mots clés

Procédure concurrentielle avec négociation • Dialogue compétitif
• Procédure négociée avec mise en concurrence préalable

Ainsi, que ce soit dans l'analyse des cas de recours à la négociation ou dans l'analyse des modalités de mise en œuvre de cette négociation, on constate la recherche d'un équilibre entre l'ouverture de la négociation et la préservation du principe de l'égalité de traitement des candidats.

L'élargissement des cas de recours à la négociation en procédure formalisée

Les cas d'ouverture des procédures formalisées autorisant la négociation, que sont la procédure concurrentielle avec négociation, la procédure négociée avec mise en concurrence préalable et le dialogue compétitif, ont été considérablement élargis.

S'agissant des pouvoirs adjudicateurs

La négociation reste l'exception car pour recourir à la procédure concurrentielle avec négociation ou au dialogue compétitif, ces acheteurs doivent être en capacité de justifier qu'ils rentrent dans l'une des six hypothèses prévues par l'article 25 II. du Décret.

Mais cet article offre à ces acheteurs davantage de souplesse que sous l'empire du Code des marchés publics (ci-après « CMP »).

D'une part, alors que le CMP distinguait les cas de recours à la procédure négociée des cas de recours au dialogue compétitif⁽¹⁾, le choix du pouvoir adjudicateur entre ces deux procédures est désormais libre. Toutefois, il devra être guidé par la finalité de chacune de ces deux procédures, dans la mesure où seul le dialogue compétitif – qui semble d'ores et déjà avoir connu un succès important⁽²⁾ – a pour objectif de définir ou développer une ou plusieurs solutions de nature à répondre aux besoins de l'acheteur⁽³⁾.

D'autre part, les six hypothèses de recours à une procédure concurrentielle avec négociation et au dialogue compétitif listées à l'article 25 II. du Décret recouvrent des cas d'ouverture de négociation bien plus larges que les quatre hypothèses du CMP pour la passation d'un marché négocié après publicité préalable et mise en concurrence, et les deux hypothèses de recours au dialogue compétitif énoncées de ce code.

D'abord, le recours à la procédure concurrentielle avec négociation ou au dialogue compétitif peut être justifié par la nécessité de fournir un effort de création, à des degrés variés, pour répondre au besoin du pouvoir adjudicateur. Ainsi, les deux premières hypothèses visées par le Décret sont la nécessité, respectivement, d' « adapter

des solutions immédiatement disponibles »⁽⁴⁾, et celle de proposer à l'acheteur une « solution innovante », c'est-à-dire nouvelle ou sensiblement améliorée. Ce caractère innovant, qui dépasse la simple adaptation, 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 »⁽⁵⁾. Dans la mesure où il disparaît avec le temps, il doit être réapprécié à chaque lancement d'une nouvelle procédure de publicité et de mise en concurrence.

La troisième hypothèse envisagée par l'article 25 II. du Décret englobe tous les marchés publics comportant – uniquement ou pour partie – des prestations de conception. Ce faisant, le Décret élargit considérablement le recours à la négociation pour les marchés de conception, puisqu'auparavant, la négociation était réservée en particulier aux conceptions d'ouvrages pour lesquelles les spécifications techniques du marché ne pouvaient être établies préalablement avec une précision suffisante permettant le recours à l'appel d'offres⁽⁶⁾.

À titre d'exemples, des 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, relèveraient de la première ou de la troisième de ces hypothèses⁽⁷⁾.

Ensuite, selon l'article 25 II. 4° du Décret, la procédure concurrentielle avec négociation ou le dialogue compétitif peuvent être utilisés lorsqu'une négociation préalable à la passation du marché s'impose, soit du fait de circonstances particulières liées à la nature, la complexité ou au montage juridique et financier du marché, soit en raison des risques qui s'y rattachent. Cette hypothèse rappelle la notion de marché complexe qui caractérisait le dialogue compétitif, et celle de « complexité du projet » de l'ancien contrat de partenariat⁽⁸⁾. Elle pourrait aussi recouvrir l'hypothèse, prévue par l'ancien article 35 I. 4° du CMP – mais alors réservée à des « cas exceptionnels » –, dans laquelle le pouvoir adjudicateur ne peut fixer les prix en raison de la nature ou des aléas pouvant affecter la réalisation du marché. Mais l'hypothèse de l'article 25 II. 4° du Décret permet également de négocier le marché dans des cas plus variés et dont la justification qui s'impose n'est, à ce stade, pas balisée.

(1) CMP, art. 35 et 36.

(2) « Il y a lieu de rappeler qu'en termes de volume des marchés, le recours au dialogue compétitif s'est considérablement accru au cours des dernières années. » [Considérant 42 de la Directive].

(3) Articles 71 et 75 du décret n° 2016-360 du 25 mars 2016.

(4) Au contraire, la négociation sera exclue pour l'acquisition de « services ou [produits] immédiatement disponibles sur le marché sans adaptation et pouvant être fournis par nombre d'opérateurs économiques différents » [Considérant 43 de la Directive].

(5) Article 25 II. 2° du décret n° 2016-360 du 25 mars 2016.

(6) CMP, art. 35 I. 2°.

(7) Considérant 43 de la Directive.

(8) Article 2 II. 1° de l'ordonnance n° 2004-559 du 17 juin 2004 sur les contrats de partenariat.

La cinquième hypothèse de l'article 25 II. du Décret, bien plus précise, est le cas dans lequel le pouvoir adjudicateur n'est pas en mesure de définir les spécifications techniques de son marché avec une précision suffisante en se référant à une norme, une évaluation technique européenne, une spécification technique commune ou un référentiel technique. Ce faisant, le législateur a repris en partie la rédaction de l'ancien article 35 I. 2° du CMP, consacré aux marchés de services, pour l'appliquer en priorité aux marchés de travaux. On relèvera cependant que cet alinéa n'était peut-être pas nécessaire, dans la mesure où il semble répondre de facto aux critères de l'article 25 II. 4° du Décret.

Enfin, la sixième et dernière hypothèse, qui relève d'un esprit différent des cinq autres, est la présentation, à l'issue d'un appel d'offres, d'offres irrégulières ou inacceptables uniquement. Ce faisant, le Décret reprend la disposition de l'ancien article 35 I. 1° du CMP, en modifiant toutefois la définition des notions d'offres irrégulière et inacceptable. En particulier, désormais, une offre qui méconnaît la législation est dite irrégulière, et non plus inacceptable^[9]. La condition relative à l'absence de modification substantielle des conditions initiales du marché demeure. Et dans cette hypothèse, si le pouvoir adjudicateur ne fait participer à la procédure que le ou les soumissionnaires ayant présenté des offres conformes aux exigences relatives aux délais et modalités formelles de l'appel d'offres, il n'est pas tenu de publier un avis de marché.

Finalement, ces six hypothèses trouvent leur justification dans la nécessité de s'assurer, préalablement à la conclusion du marché, que celle-ci permettra bien de répondre au mieux aux besoins du pouvoir adjudicateur, lesquels auront été, selon les cas, plus ou moins précisément définis par l'acheteur. En pratique, le pouvoir adjudicateur devra être en capacité de justifier le recours à ces procédures, notamment lors de l'établissement du rapport de présentation de la procédure de passation de son marché^[10].

S'agissant des entités adjudicatrices

Ces entités sont libres, en application de l'article 26 du Décret, de choisir la procédure formalisée qu'elles souhaitent, et donc notamment de choisir l'une des deux procédures formalisées autorisant la négociation, que sont la procédure négociée avec mise en concurrence préalable et le dialogue compétitif.

La procédure négociée avec mise en concurrence préalable, déjà connue sous le même nom dans l'ancien CMP^[11], est définie par l'article 74 du Décret comme « la procédure par laquelle une entité adjudicatrice négocie les conditions du marché public avec un ou plusieurs

opérateurs économiques autorisés à participer aux négociations ». Cette définition est parfaitement symétrique à celle, pour les pouvoirs adjudicateurs, de la procédure concurrentielle avec négociation^[12], mais son utilisation n'est soumise à aucune condition. Le dialogue compétitif, qui fait désormais partie des procédures formalisées applicables aux entités adjudicatrices, peut également être librement choisi.

Enfin, on relèvera que la conclusion des partenariats d'innovation d'un montant égal ou supérieur aux seuils de procédure, est, pour l'ensemble des acheteurs soumis au Décret, par principe précédée d'une négociation. En effet, en application de l'article 95 du Décret, ces « marchés particuliers » doivent être passés selon la procédure concurrentielle avec négociation ou la procédure négociée avec mise en concurrence préalable.

Les modalités de la négociation

Le respect des grands principes de la commande publique

Quelles que soient la procédure suivie pour l'attribution d'un marché public et les règles fixées, il conviendra de respecter les principes d'égalité de traitement, de non-discrimination, de reconnaissance mutuelle, de proportionnalité et de transparence des procédures tels que rappelés par le premier considérant du préambule de la Directive et par l'article 1^{er} de l'Ordonnance. En particulier, dans le cadre de la négociation, l'acheteur devra s'engager à assurer l'égalité entre les candidats. Ce principe est d'ailleurs explicitement rappelé à l'article 73 du Décret s'agissant de la procédure concurrentielle avec négociation et à l'article 76 du Décret s'agissant de la procédure de dialogue compétitif. Et si la procédure négociée avec mise en concurrence ne comporte pas de telles précisions, il est évident que le respect du principe d'égalité trouvera nécessairement à s'appliquer.

C'est à l'aune de ces principes qu'il convient d'analyser les conditions de fond et les conditions procédurales de la négociation.

Les règles de fond de la négociation

S'agissant de la procédure concurrentielle avec négociation, l'article 70 du Décret apporte clairement un certain nombre de restrictions à l'étendue de la négociation.

En particulier, ne peuvent pas donner lieu à négociation :

- les exigences minimales des offres telles que mentionnées dans les documents de la consultation ;
- les critères d'attribution.

Par ailleurs, si les spécifications techniques et, plus généralement, les documents de la consultation peuvent être

[9] Article 59 du décret n° 2016-360 du 25 mars 2016.

[10] Article 105 du décret n° 2016-360 du 25 mars 2016.

[11] CMP, art. 144, 165 et 166.

[12] Article 71 du décret n° 2016-360 du 25 mars 2016.

modifiés, c'est à la condition d'en informer l'intégralité des candidats en lice et de leur laisser un délai suffisant pour modifier leur offre.

Ces restrictions apportées, l'ensemble des éléments des documents de la consultation pourra être négocié. Ainsi, comme l'indique la Direction des affaires juridiques du ministère de l'Économie et des finances dans sa fiche relative à la procédure concurrentielle avec négociation, pourront être négociés le prix, les quantités, la qualité, les délais ou les pénalités ... à condition, bien sûr, que ces éléments n'aient pas été définis comme des exigences minimales dans les documents de la consultation et de respecter le principe de l'égalité de traitement entre les candidats.

Dans le cadre du dialogue compétitif et de la procédure négociée avec mise en concurrence préalable, les règles de fond relatives au dialogue compétitif telles que définies à l'article 76 du Décret sont moins strictes que celles définies aux articles 71 et 73 du Décret pour la procédure concurrentielle avec négociation.

L'article 76 précité vise une seule règle : le dialogue doit avoir pour objet l'identification et la définition des moyens propres à satisfaire au mieux ses besoins.

Quant à l'article 74 du Décret, il ne comporte aucune indication quant à l'étendue de la négociation dans le cadre de la procédure négociée avec mise en concurrence préalable.

Faut-il pour autant en déduire que tous les éléments peuvent être négociés, et en particulier que les critères d'appréciation des offres pourraient évoluer au gré des négociations ?

En première analyse, le fait même de poser cette question pourrait paraître saugrenu. En effet, le principe de l'intangibilité des critères d'attribution paraît constituer un principe cardinal permettant aux candidats – et *in fine*, au juge – de s'assurer de l'égalité de traitement entre les candidats, surtout postérieurement à la remise des premières offres. En effet, s'il y était autorisé, le pouvoir adjudicateur pourrait utiliser ce biais pour favoriser un candidat. Et d'ailleurs, le principe d'intangibilité des critères a régulièrement été rappelé par le juge administratif⁽¹³⁾.

Pourtant, cette question pourrait, à terme, se poser au vu des évolutions apportées au droit applicable aux concessions. En effet, traditionnellement, il en allait des conventions de délégation de service public comme des marchés publics : le principe d'intangibilité des critères de sélection trouvait à s'appliquer⁽¹⁴⁾.

Or, l'article 27 du décret n°2016-86 du 1^{er} février 2016 relatif aux contrats de concession, dispose désormais que :

« [...] L'autorité concédante peut modifier, à titre exceptionnel, l'ordre des critères pour tenir compte du caractère innovant d'une solution présentée dans une offre. Une telle modification ne doit pas être discriminatoire. [...] L'autorité concédante publie un nouvel avis de concession ou envoie une nouvelle invitation à présenter une offre dans le respect des délais fixés à l'article 18 ».

Autrement dit, dans le cadre du droit des concessions, l'évolutivité dans la hiérarchisation des critères de sélection est déjà prise en compte.

Faut-il en déduire qu'en n'interdisant pas explicitement la négociation des délais dans le cadre de ces procédures, les rédacteurs du Décret ont entendu l'autoriser ? Nous ne le pensons pas. En effet, l'article 62 du Décret dispose que : « les critères ainsi que les modalités de leur mise en œuvre sont indiqués dans les documents de la consultation », sans prévoir d'exception. Et surtout, il y a fort à parier que si les auteurs du Décret avaient souhaité autoriser une évolution des critères en cours de procédure, ils auraient explicitement indiqué les conditions et les limites d'une telle évolution, et ne se seraient pas contentés de procéder par autorisation implicite...

Enfin, quelle que soit la procédure suivie, il appartiendra à l'acheteur public d'être vigilant quant au respect des secrets commerciaux des candidats. Ainsi, l'article 44 de l'Ordonnance dispose que 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 pourrait nuire à une concurrence loyale entre les opérateurs économiques. Ce même article précise toutefois que l'acheteur peut demander aux opérateurs économiques de consentir à ce que certaines informations confidentielles qu'ils ont fournies, précisément désignées, puissent être divulguées.

Sur ce point, c'est en particulier dans le cadre du dialogue compétitif que les acheteurs publics devront être attentifs. En effet, par principe, dans ce type de procédure, les solutions permettant de satisfaire les besoins de l'acheteur public ne sont pas définies et font l'objet d'un dialogue. L'acheteur public pourrait donc être particulièrement enclin à partager avec les candidats tout ou parties des solutions proposées par leurs concurrents.

Les règles de procédure de la négociation

S'agissant de la procédure concurrentielle avec négociation, les conditions de mise en œuvre de la négociation peuvent être schématisées (cf. 1^{er} schéma page suivante)

Ainsi, il apparaît clairement que, tout en ouvrant les hypothèses de recours à la négociation, les auteurs ont cherché à assurer la parfaite transparence de la procédure (informations sur une négociation en phases successives ou non, sur la possibilité d'attribuer le marché sans négociation préalable, sur les changements apportés au dossier de consultation des entreprises) et le respect du principe d'égalité (égalité dans le respect des délais, absence de modification des critères).

(13) CE 25 juillet 2001, Commune de Gravelines, req. n° 229666.

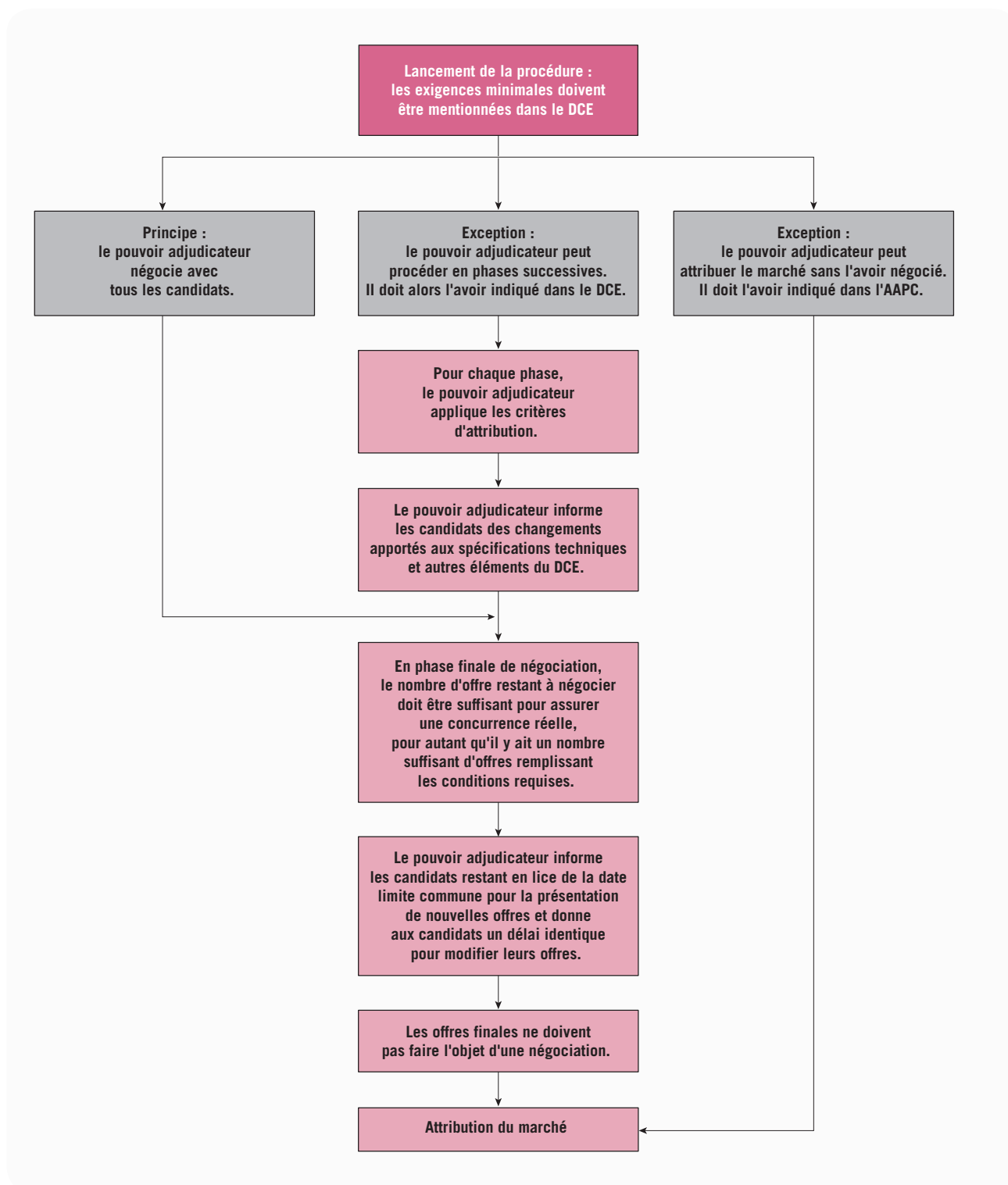
(14) CE 20 octobre 2006, Communauté d'agglomération Salon-Étang de Berre Durance, req. n° 287198.

S'agissant de la procédure de dialogue compétitif, les conditions de mise en œuvre du dialogue peuvent être schématisées (cf. schéma page suivante)

Enfin, le Décret ne comporte aucune règle de procédure relative aux conditions de mise en œuvre de la procédure négociée avec mise en concurrence préalable.

Il n'en reste pas moins que les principes d'égalité de traitement et de transparence des procédures devront être respectés. Dans ces conditions, il pourra être utile de s'inspirer des règles procédurales fixées pour la procédure concurrentielle avec négociation.

Conditions de mise en œuvre de la procédure concurrentielle avec négociation



En conclusion, une place importante est désormais faite à la négociation dans le cadre des procédures formalisées. Bien entendu, s'agissant notamment de la procédure concurrentielle avec négociation ou du dialogue compétitif, l'extension de ces procédures s'accompagne de la mise en œuvre de règles de fond et de règles procédurales permettant d'assurer la transparence des

procédures et l'égalité de traitement entre les candidats. En tout état de cause, gageons que l'élargissement des hypothèses de recours à la négociation constitue un signe de la maturité des acheteurs publics dans la mise en œuvre des procédures, permettant au législateur de leur laisser une plus grande liberté, mais bien sûr toujours sous contrôle.

Conditions de mise en œuvre de la procédure de dialogue compétitif

