

2014 2014 - 10 100 - 1,50 € (hors taxes)

LE MONITEUR

DES TRAVAUX PUBLICS ET DU BÂTIMENT

MARCHÉS PUBLICS
**Négociation :
la fin de la
diabolisation ?** ...p.42



SPECIAL BOIS

- Mobilisation pour une filière d'avenir ...p.12
- DOSSIER Réhabiliter avec le bois ...p.21
- Termites : méthodes préventives et curatives ...Cahier pratique

NOUVELLE DIRECTIVE MARCHÉS PUBLICS

Négociation : la fin de la diabolisation ?

La «procédure concurrentielle avec négociation» est l'une des principales innovations apportées par la nouvelle directive européenne sur les marchés publics. Le recours à la négociation est facilité mais son déroulement est plus contraint.



ETIENNE AMBLARD,
avocat au Barreau de Paris, conseil,
cabinet Gide Loyrette Nouel.

Parmi les nouveautés apportées par la directive marchés publics 2014/24/UE du 26 février 2014 («la Directive»), l'instauration de la «procédure concurrentielle avec négociation» retient l'attention. Elle permet au pouvoir adjudicateur, après la publication d'un avis de publicité et la présélection de candidats, d'inviter ces derniers à remettre une ou plusieurs offres qui pourront être négociées. Elle n'est certes pas nouvelle. Il existait, sous l'empire de la directive 2004/18/CE du 31 mars 2004, une procédure négociée après publicité et mise en concurrence. Deux innovations importantes sont cependant introduites.

Un accès facilité à la négociation

La Directive facilite tout d'abord l'accès à la négociation après publicité. Elle bat ainsi en brèche le vieux principe d'intangibilité des offres, corollaire de l'appel d'offres sans négociation.

Les cas décrits à l'article 26-4 a) élargissent sensiblement les hypothèses d'application de la procédure négociée, qui étaient jusque-là limitativement énumérées et demeuraient exceptionnelles sous l'empire de l'article 30 de la directive 2004/18/CE.

Ainsi, les expressions «les besoins du pouvoir adjudicateur ne peuvent être satisfaits sans adapter des solutions immédiatement disponibles» ou «le marché ne peut être attribué sans négociation préalable du fait de circonstances particulières... (1)» (en raison de leur caractère très général), ou encore l'utilisation de la formule «[les besoins du



pouvoir adjudicateur] portent notamment sur de la conception ou des solutions innovantes» (qui rend les hypothèses visées non limitatives) devraient rendre beaucoup plus aisé le recours à la négociation. C'est d'ailleurs l'objectif de la Directive, 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» (point 42 du préambule).

Un encadrement du déroulement de la négociation

Si l'accès à la négociation est facilité, son déroulement est en revanche plus contraint. Les pouvoirs adjudicateurs seront désormais tenus de négocier les offres présentées avec les soumissionnaires (sauf si le dossier

de consultation prévoit explicitement le contraire – art. 29-4). En cas de modifications du cahier des charges, ils devront laisser aux candidats un temps suffisant pour adapter leurs offres (art. 29-5).

Lorsque le pouvoir adjudicateur entend conclure la négociation, il invite les candidats encore en lice à remettre des offres finales, qui ne seront plus négociables.

De tels principes avaient été consacrés par la jurisprudence administrative (2), mais ne figuraient pas dans les textes antérieurs. Les candidats remettent une «offre initiale», mais peuvent aussi remettre des «offres ultérieures» et des «offres finales» (art. 29-3). Cette précision est utile car les textes antérieurs semblaient s'opposer à ce que, au cours d'une négociation, les candidats puissent déposer de nouvelles offres à la suite de la première offre remise (3). Le texte énonce enfin que, lorsque le pouvoir



adjudicateur entend conclure la négociation, il invite tous les candidats encore en lice à remettre des offres finales, qui ne pourront alors plus être négociées (art. 29-3 et 29-7). Il s'agit d'une contrainte nouvelle.

Procédure concurrentielle avec négociation ou dialogue compétitif?

Le texte de la Directive suscite une interrogation sur les champs d'application respectifs de la procédure concurrentielle avec négociation (art. 29) et de la procédure de dialogue compétitif (art. 30).

Auparavant, les hypothèses de recours aux deux procédures étaient distinguées.

La procédure négociée avec publicité et mise en concurrence préalable répondait à des hypothèses exceptionnelles et limitatives,

tandis que le dialogue compétitif répondait à des hypothèses particulières de complexité technique ou financière. De plus, tout en permettant une discussion avec les candidats, les conditions de déroulement du dialogue étaient plus encadrées que celles de la procédure négociée.

Dans la nouvelle directive, la procédure concurrentielle avec négociation et la procédure de dialogue compétitif tendent à se confondre.

Dans la nouvelle directive, les deux procédures tendent à se confondre.

Les textes assignent, certes, aux deux procédures, des finalités distinctes. Ainsi, un dialogue vise, pour la personne publique, à « identifier la ou les solutions susceptibles de répondre à ses besoins » (art. 30-5) alors que la procédure négociée vise à « améliorer » le contenu des offres (art. 29-3).

Dans un dialogue, les besoins sont exprimés sous forme d'« exigences » à atteindre (4) (art. 30-2) alors que, dans une procédure négociée, les caractéristiques des prestations attendues sont précisément définies (art. 29-1) (5). Les propositions initiales d'un dialogue sont « des solutions à discuter »

(30-4), non engageantes à la différence des offres. Enfin, le dialogue permet de discuter de « tous les aspects du marché » (art. 30-3), alors que « les exigences minimales et les critères d'attribution » ne peuvent être négociés (art. 29-3).

Toutefois, de telles différences ne sont pas déterminantes. La négociation, à l'instar du dialogue, permet une discussion pour identifier des solutions permettant de répondre aux besoins de la personne publique. La frontière entre un programme fonctionnel (dialogue) et un cahier des charges (négociation) est en pratique délicate à tracer. Dans un dialogue, le caractère non engageant des solutions des candidats n'a pas d'incidence décisive car il est toujours délicat pour eux de revenir sur celles-ci. Enfin, il a été jugé que les modifications apportées au programme fonctionnel doivent rester limitées (6).

Au-delà de ces différences, de nombreux points communs rapprochent surtout les deux procédures (délai de remise des candidatures, limitation du nombre de candidats admis à négocier/dialoguer, possibilité d'organiser des phases successives de discussion, etc.). Enfin, les cas dans lesquels il peut être recouru à l'une ou l'autre sont désormais les mêmes (art. 26-4).

En définitive, le seul véritable point de différenciation des deux procédures concerne les conditions de leur déroulement après la remise des offres finales. L'article 30-6, relatif au dialogue, prévoit que les offres finales peuvent être « clarifiées, précisées et optimisées ». L'article 30-7 prévoit aussi que des négociations peuvent être menées avec l'attributaire « pour confirmer les engagements financiers ou d'autres conditions énoncées dans l'offre en arrêtant les clauses du marché » (7). Or, l'article 29 ne comporte aucune disposition de cette nature et prohibe même explicitement la négociation des offres finales remises.

Au cours de cette phase ultime de la consultation, la Directive entend donc donner

EN SAVOIR PLUS

Consulter sur www.lemoniteur.fr/directives

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

une marge de manœuvre plus importante au pouvoir adjudicateur dans le cadre de la procédure de dialogue compétitif que dans celui de la procédure concurrentielle avec négociation. On pourrait y voir un critère pour choisir l'une plutôt que l'autre.

Il faut saluer le nouveau texte (8) en ce qu'il rendra plus aisé, sous réserve d'un déroulement plus encadré, le recours à la négociation. Les textes antérieurs faisaient sans doute preuve d'une frilosité excessive à ce sujet car la négociation est un outil efficace pour mettre en adéquation les besoins des acheteurs publics et les solutions du marché. Les praticiens de la commande publique doivent maintenant suivre la recommandation de John Fitzgerald Kennedy qui exhortait, dans son discours d'investiture du 20 janvier 1961, à ne pas avoir peur de négocier :

« Let us never negotiate out of fear. But let us never fear to negotiate. » (9) ■

(1) « ... liées à sa nature, à sa complexité ou au montage juridique et financier ou en raison des risques qui s'y attachent ».

(2) CAA Marseille, 27 juin 2002, « Syndicat d'agglomération nouvelle du Nord-Ouest de l'Etang de Berre », n°00MA01402 ; CE, 9 février 2004, « Communauté urbaine de Nantes », n°259369.

(3) Cf. F. Lichère, « Droit des marchés publics », feuillet III.225.3.1, éditions Le Moniteur, mars 2013.

(4) C'est-à-dire sous la forme d'un programme fonctionnel.

(5) C'est-à-dire sous la forme d'un cahier des charges.

(6) CE, 4 avril 2005, « Commune de Castellar », n°265784.

(7) Sous réserve de ne pas modifier substantiellement les aspects essentiels de l'offre ou du marché public.

(8) La Directive doit être transposée dans les droits nationaux d'ici au 18 avril 2016.

(9) « Ne négocions jamais par peur. Mais n'ayons jamais peur de négocier. »

CE QU'IL FAUT RETENIR

- Dans l'optique de favoriser les échanges transnationaux, la directive 2014/24/UE du 26 février 2014 assouplit significativement les conditions de recours à la négociation après publicité et mise en concurrence préalable. Tout en répondant à des situations particulières, les cas dans lesquels une telle négociation est possible ne sont plus exceptionnels ni limitativement énumérés.
- En application de l'article 29 de la

directive, le déroulement de cette négociation est cependant plus encadré que sous l'empire de la précédente directive au regard, par exemple, de l'obligation de négocier ou du temps laissé aux candidats pour modifier leurs offres.

- Une telle évolution conduit cependant à s'interroger sur les critères à prendre en compte pour choisir la procédure concurrentielle avec négociation (art. 29) ou la procédure de dialogue compétitif

(art. 30). En effet, alors qu'ils étaient auparavant clairement distingués, les cas dans lesquels il est possible de recourir à ces deux procédures sont désormais identiques (art. 26-4). De plus, leurs conditions de déroulement s'avèrent très proches. Après la remise des offres finales, les marges de manœuvre plus importantes données au pouvoir adjudicateur dans le cadre d'un dialogue compétitif pourraient constituer un critère de choix.

