



ASSEMBLÉE NATIONALE

13ème législature

passation

Question écrite n° 70215

Texte de la question

M. Daniel Fidelin demande à Mme la ministre de l'économie, de l'industrie et de l'emploi de bien vouloir lui préciser les conditions dans lesquelles les pouvoirs adjudicateurs peuvent conduire les négociations dans le cadre de la procédure adaptée de l'article 28 du code des marchés publics sans exposer leurs consultations à des risques juridiques. Cet article dispose en effet que « lorsque leur valeur estimée est inférieure aux seuils mentionnés au II de l'article 26, les marchés de fournitures, de services ou de travaux peuvent être passés selon une procédure adaptée, dont les modalités sont librement fixées par le pouvoir adjudicateur 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. Le pouvoir adjudicateur peut négocier avec les candidats ayant présenté une offre. Cette négociation peut porter sur tous les éléments de l'offre, notamment sur le prix [...] ». Il souhaiterait obtenir des éclaircissements sur les limites dans lesquelles ces négociations peuvent impacter le contenu et les caractéristiques des offres remises par les candidats. En premier lieu, il souhaiterait que lui soit confirmé que les négociations ont pour objet non seulement d'améliorer la teneur des offres reçues afin d'en améliorer la valeur économique au regard des critères de sélection retenus, mais autorisent également le pouvoir adjudicateur à demander à un candidat de compléter, postérieurement à la date de remise des offres, une offre qui ne comportait pas les pièces administratives et techniques exigées. Il s'interroge ensuite sur le point de savoir si les négociations menées par le pouvoir adjudicateur et les candidats peuvent aboutir à ce que les offres remises fassent l'objet de modifications très substantielles, de nature à en bouleverser l'économie et à les faire regarder comme des offres différentes de celles initialement remises à la date fixée à cette fin par le pouvoir adjudicateur. De tels bouleversements dans l'économie des offres lui apparaissent en effet susceptibles d'être contestés par les candidats dont les offres n'auraient pas été jugées suffisamment avantageuses pour justifier que des négociations soient engagées avec eux, et plus généralement par tout candidat évincé. Il observe que, si la jurisprudence administrative en matière de service public tolère que des modifications substantielles soient apportées aux offres (TA de Pau, 17 octobre 2005, AGUR : Conseil d'État, 9 août 2006, Compagnie générale des eaux), cette tolérance peut s'expliquer par les termes mêmes de l'article L. 1411-1 du CGCT, qui disposent qu'en matière de DSP « les offres sont librement négociées par l'autorité responsable de la personne publique délégante », disposition légale sans équivalent dans le code des marchés publics. Sur ce second point, il sollicite également du ministre qu'il veuille bien lui indiquer si les termes précités de l'article 28 « peut négocier avec les candidats ayant présenté une offre » impliquent nécessairement avec tous les candidats ayant remis une offre ou s'il lui est loisible : d'écarter des négociations les candidats dont les offres s'avèrent être inacceptables, inappropriées ou irrégulières au sens de l'article 35 du code des marchés publics ; de cantonner ces négociations aux seuls candidats ayant remis les offres qui, avant toute négociation, apparaissent comme étant les plus attractives. Il lui demande de bien vouloir lui préciser si, le cas échéant, des dispositions particulières du règlement de la consultation pourraient autoriser une telle « négociation sélective » des offres dans l'hypothèse où l'article 28 devrait être lu comme imposant au pouvoir adjudicateur de négocier avec l'ensemble des candidats. Enfin, il souhaiterait que lui soit indiqué si les négociations peuvent être librement conduites par tout agent du pouvoir adjudicateur ou si cette conduite suppose qu'une délégation préalable soit consentie par les articles L. 2122-19 et L. 5211-9 du CGCT. Il lui fait en effet observer que la jurisprudence administrative sur ce point (TA Nîmes, 10 avril 2008, Bernard Tillet et

autres ; *a contrario* : Conseil d'État, 7 novembre 2008, département de la Vendée, s'agissant toutefois d'une délégation de service public et non d'un marché public) lui apparaît contradictoire.

Texte de la réponse

Il résulte de la combinaison des articles 1er et 28 du code des marchés publics que le pouvoir adjudicateur fixe librement les modalités de la procédure adaptée 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, dans le respect des principes de liberté d'accès à la commande publique, d'égalité de traitement des candidats et de transparence des procédures. Les documents de la consultation peuvent autoriser le pouvoir adjudicateur à négocier avec les candidats ayant présenté une offre. Cette négociation peut porter sur tous les éléments de l'offre, notamment sur le prix. Dans le cadre de la négociation en procédure adaptée, le pouvoir adjudicateur peut demander à un candidat ayant remis une offre irrégulière de régulariser cette dernière, même postérieurement à la date de remise des offres. Le principe d'égalité de traitement des candidats impose que cette demande de régularisation s'adresse à l'ensemble des candidats ayant remis une offre irrégulière. Ce même principe interdit cependant d'engager, postérieurement à la date limite de remise des offres, les négociations avec un candidat ayant remis une offre inappropriée, assimilée à une absence d'offre. Le pouvoir adjudicateur peut décider de n'engager des négociations qu'avec les candidats dont les offres, à l'issue d'un premier classement, ont été jugées les meilleures et d'écarter de la négociation les offres inacceptables ou irrégulières, pourvu que cette possibilité, le nombre des opérateurs admis à la négociation et les critères de la présélection aient été mentionnés dans les documents de la consultation. La négociation peut porter sur tout objet utile à l'acheteur public pour choisir l'offre économiquement la plus avantageuse, mais elle ne doit pas avoir pour effet de modifier l'objet ou les conditions initiales d'exécution du marché qui ont fait l'objet de la mise en concurrence. À l'issue de la négociation, le candidat peut modifier substantiellement son offre de telle sorte que son économie s'en trouve bouleversée. L'article 28 du code des marchés publics laisse le pouvoir adjudicateur libre de fixer les modalités de la désignation des personnes chargées de mettre en oeuvre les procédures de marché, en l'absence de règles particulières imposées par les textes organiques ou statutaires régissant, le cas échéant, l'organisation interne du pouvoir adjudicateur. Les négociations n'impliquant pas que le pouvoir adjudicateur prenne une décision, la personne qui les mène n'a pas besoin de bénéficier d'une délégation de signature.

Données clés

Auteur : [M. Daniel Fidelin](#)

Circonscription : Seine-Maritime (9^e circonscription) - Union pour un Mouvement Populaire

Type de question : Question écrite

Numéro de la question : 70215

Rubrique : Marchés publics

Ministère interrogé : Économie, industrie et emploi

Ministère attributaire : Économie, industrie et emploi

Date(s) clé(e)s

Question publiée le : 2 février 2010, page 994

Réponse publiée le : 4 mai 2010, page 5009