ASSEMBLÉE NATIONALE

13ème législature

passation

Question écrite n° 75854

Texte de la question

M. Daniel Fidelin appelle l'attention de Mme la ministre de l'économie, de l'industrie et de l'emploi sur les difficultés juridiques que présente la négociation dans les marchés publics et notamment ceux passés en procédure adaptée sur l'application de l'article 28 du code des marchés publics. Cet article dispose en effet que « le pouvoir adjudicateur peut négocier avec les candidats ayant remis une offre. Cette négociation peut porter sur tous les éléments de l'offre, notamment le prix [...] ». Il rappelle que les conditions dans lesquelles les négociations doivent être conduites, et les limites dans lesquelles elles s'inscrivent, au regard notamment du principe d'égalité entre les candidats, ne font l'objet d'aucune précision dans le code des marchés publics. Il souligne que la négociation est pourtant susceptible de générer des risques contentieux et que les conditions, dans lesquelles elle a été menée par le pouvoir adjudicateur, sont de nature à offrir aux concurrents évincés des arguments juridiques au soutien d'un référé précontractuel ou contractuel dirigé contre le marché. À titre d'exemple de questions auxquelles les acheteurs qui ont recours à la négociation sont confrontés, il convient de citer les points de savoir : si les négociations doivent porter sur tous les critères de sélection des offres retenues par le marché ou si elles peuvent être limitées à un seul d'entre eux ; si l'article 28 a entendu donner une place prépondérante au prix par rapport aux autres critères une fois la sélection des candidats admis à négocier opérée au regard de l'ensemble des critères de sélection des offres retenues par le marché ; si le pouvoir adjudicateur doit indiquer à chaque candidat les éléments de son offre susceptibles d'être améliorés, s'il peut librement choisir les candidats avec lesquels négocier ; si, à l'occasion des négociations, il lui est possible de modifier le document de consultation sur la base duquel les offres ont été initialement remises ; si les négociations peuvent avoir pour objet de faire compléter une offre dont des pièces sont manquantes sans pour autant offrir à l'un des candidats une période d'élaboration de son offre supérieure à celle de ses concurrents. Il a constaté que le guide des bonnes pratiques, publié le 4 janvier 2010, n'abordait que marginalement la question de la négociation, et laissait les acheteurs publics dépourvus d'aide à la décision sur un aspect du droit des marchés publics essentiel qui conditionne leur volonté de mettre en oeuvre une technique d'achat susceptible de générer de substantielles économies. Il lui fait part de l'intérêt qu'il y aurait à ce que le guide des bonnes pratiques soit complété d'orientations précises à l'intention des acheteurs qui négocient avec les candidats à l'attribution d'un marché public, voire à ce que ses services rédigent à leur intention un guide juridique de la négociation. Il serait reconnaissant de lui faire connaître ses intentions sur le sujet.

Texte de la réponse

Les conditions du recours à la négociation dans le cadre des marchés passés selon une procédure adaptée ont été récemment précisées dans la réponse ministérielle à la question écrite n° 70215 publiée au JOAN du 4 avril 2010, p. 5009. La négociation peut porter, au choix du pouvoir adjudicateur, sur tous les éléments de l'offre ou sur certains de ces éléments, voire un seul. L'article 28 du code n'a pas entendu donner une place prépondérante au critère du prix par rapport aux autres critères de sélection. Il est également possible de modifier les documents de la consultation en cours de négociation, les pouvoirs adjudicateurs doivent pouvoir en justifier l'intérêt. Le respect du principe d'égalité de traitement des candidats doit conduire les acheteurs à inviter

l'ensemble des soumissionnaires à remettre une nouvelle offre sur la base de ces modifications. Le point 12 de la circulaire du 29 décembre 2009 relative au Guide des bonnes pratiques en matière de marchés publics contient des développements spécifiques sur la négociation, y compris en procédure adaptée. Pour maintenir la souplesse inhérente à cette procédure, qu'elle soit ou non accompagnée d'une phase de négociation, il n'a pas été jugé utile d'y inclure des orientations plus précises. Il revient à chaque acheteur public, dans le cadre de la libre détermination des modalités de la mise en concurrence en procédure adaptée, de s'assurer que les principes fondamentaux de la commande publique sont respectés.

Données clés

Auteur : M. Daniel Fidelin
Circonscription : Seine-Maritime (9e circonscription) - Union pour un Mouvement Populaire
Type de question : Question écrite
Numéro de la question : 75854
Rubrique : Marchés publics
Ministère interrogé : Économie, industrie et emploi
Ministère attributaire : Économie, industrie et emploi

Date(s) clée(s)

Question publiée le : 6 avril 2010, page 3824
Réponse publiée le : 29 juin 2010, page 7300