ASSEMBLÉE NATIONALE

13ème législature

passation

Question écrite n° 95923

Texte de la question

M. Daniel Fidelin demande à Mme la ministre de l'économie, des finances et de l'industrie de bien vouloir lui préciser les conditions d'application de l'article 74 du code des marchés publics. Cet article dispose que « pour les marchés de maîtrise d'oeuvre d'un montant égal ou supérieur aux seuils des marchés passés selon une procédure formalisée, le pouvoir adjudicateur n'est pas tenu de recourir au concours de maîtrise d'oeuvre dans les cas suivants : [...] pour l'attribution d'un marché de maîtrise d'oeuvre relatif à la réutilisation ou à la réhabilitation d'ouvrages existants ; [...] pour l'attribution d'un marché de maîtrise d'oeuvre relatif à des ouvrages réalisés à titre de recherche, d'essai ou d'expérimentation ; [...] pour l'attribution d'un marché de maîtrise d'oeuvre qui ne confie aucune mission de conception au titulaire ; [...] pour l'attribution d'un marché de maîtrise d'oeuvre relatif à des ouvrages d'infrastructures. Si le pouvoir adjudicateur ne retient pas la procédure du concours, la procédure applicable est : a) soit celle de l'appel d'offres pour lequel un jury est composé dans les conditions définies au I de l'article 24. Dans ce cas, les membres de ce jury désignés en application des d et e du I de l'article 24 ont voix consultative ; b) soit la procédure négociée, si les conditions de l'article 35 sont remplies, après publicité préalable et mise en concurrence selon les modalités suivantes. Dans ce cas, la mise en compétition peut être limitée à l'examen des compétences, références et moyens humains et matériels des candidats. Le pouvoir adjudicateur, après avis du jury tel que défini au I de l'article 24, dresse la liste des candidats admis à négocier, dont le nombre ne peut être inférieur à trois sauf si le nombre de candidats n'est pas suffisant. Le pouvoir adjudicateur engage les négociations. Au terme de ces négociations, le marché est attribué ». Il souhaiterait que lui soit indiqué si la possibilité, ouverte par cet article, de limiter la mise en concurrence aux seuls critères des compétences, références et moyens ne concerne que le seul examen des candidatures, à l'exclusion de celui des offres remises par les candidats admis à négocier, ou si un marché passé en application de ces dispositions peut également être attribué, au terme des négociations avec les candidats, au vu par exemple du critère des moyens humains et matériels, que la négociation peut avoir permis de préciser, d'ajuster ou d'étoffer. Dans le cas où les critères précités n'auraient vocation à s'appliquer qu'au choix des seules candidatures, avant que ne soient désignés les candidats admis à négocier, il souhaiterait savoir si cette négociation doit être, en ce cas, soumise aux critères de sélection des offres de l'article 53 du code des marchés ou si les rédacteurs du code, en instituant une procédure de mise en compétition « limitée à l'examen des compétences, références et moyens » ont entendu permettre au pouvoir adjudicateur de négocier librement les offres ainsi remises, en dehors de tous critères de sélection. Afin d'éviter toute ambiguïté, il suggère que l'article 74 soit modifié afin qu'il soit précisé qu'au terme des négociations le marché est attribué sur la base de critères objectifs préalablement portés à la connaissance des candidats.

Texte de la réponse

Aux termes du II de l'article 74 du code des marchés publics, le concours est la procédure de droit commun pour les marchés de maîtrise d'oeuvre dont le montant est supérieur au seuil des procédures formalisées. Le pouvoir adjudicateur peut, toutefois, déroger à l'obligation du concours dans les hypothèses particulières limitativement énumérées au III de cet article. Dans ces cas de figure, s'il n'opte pas pour le concours, le pouvoir adjudicateur

peut recourir à un appel d'offres ou, si les conditions de l'article 35 du même code sont satisfaites, à une procédure négociée. La procédure négociée avec publicité et mise en concurrence est ouverte à l'acheteur public lorsque la « prestation à réaliser est d'une nature telle que les spécifications du marché ne peuvent être établies préalablement avec une précision suffisante » (art. 35, I, 2°) pour permettre l'engagement de la procédure d'appel d'offres et « dans des cas exceptionnels, lorsqu'il s'agit (...) de services dont la nature ou les aléas qui peuvent affecter leur réalisation ne permettent pas une fixation préalable et globale des prix » (art. 35, I, 4°). Le déroulement de la procédure prévue au b du III de l'article 74 obéit aux règles générales de passation des marchés négociés prévues aux articles 65 et 66 du code des marchés publics, qui distinguent la phase de sélection des candidats admis à négocier de celle de la remise des offres, mais comporte une spécificité. Le second alinéa du b du III de l'article 74 dispose que « Dans ce cas, la mise en compétition peut être limitée à l'examen des compétences, références et moyens humains et matériels des candidats. Le pouvoir adjudicateur, après avis du jury tel que défini au I de l'article 24, dresse la liste des candidats admis à négocier, dont le nombre ne peut être inférieur à trois sauf si le nombre de candidats n'est pas suffisant. Le pouvoir adjudicateur engage les négociations. Au terme de ces négociations, le marché est attribué. » Il résulte de la combinaison de ces dispositions que, par dérogation à l'article 45 du code des marchés publics, l'acheteur peut se borner à vérifier les compétences, références et moyens humains et matériels des candidats, pour sélectionner ceux qui seront admis à la phase de négociation. Cette possibilité ne concerne que la sélection des candidatures, et ne peut être mise en oeuvre pour la sélection des offres. En effet, après l'envoi de la lettre de consultation, le pouvoir adjudicateur conduit les négociations conformément aux dispositions de l'article 66 du code. Les offres soumises par les candidats sont évaluées au regard de critères, préalablement portés à leur connaissance, répondant aux exigences posées par l'article 53 du code des marchés publics et, par conséquent, sans rapport avec leurs capacités professionnelles, techniques et financières. Selon la jurisprudence communautaire et nationale, il ne doit pas être tenu compte lors du jugement des offres de l'expérience des soumissionnaires, de leurs moyens, humains et matériels, ainsi que de leurs capacités à exécuter le marché. Les offres sont exclusivement jugées sur leur valeur intrinsèque. Dans sa décision Commune de La Rochelle, (8 février 2010, n° 314075), le Conseil d'État a toutefois admis qu'un pouvoir adjudicateur peut prendre en compte, pour l'évaluation des offres, les moyens humains et techniques ou matériels que les candidats se proposent de mettre en oeuvre pour mener à bien l'exécution du marché. Ainsi, un pouvoir adjudicateur peut retenir, au titre du critère de la valeur technique, non pas les moyens humains et techniques dont dispose, de manière générale, le candidat, mais les moyens que celui-ci s'engage contractuellement à affecter à l'exécution des prestations. Le Gouvernement envisage de modifier certaines dispositions applicables aux marchés publics. Un décret en ce sens est en cours d'élaboration. Le III de l'article 74 du code des marchés publics sera modifié afin, notamment, de lever toute ambiguïté sur les modalités de la procédure négociée applicable aux marchés de maîtrise d'oeuvre.

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 : 95923
Rubrique : Marchés publics
Ministère interrogé : Économie, finances et industrie
Ministère attributaire : Économie, finances et industrie

Date(s) clée(s)

Question publiée le : 14 décembre 2010, page 13446
Réponse publiée le : 22 mars 2011, page 2827