



HAL
open science

La négociation dans la commande publique

Audrey Egiziano

► **To cite this version:**

Audrey Egiziano. La négociation dans la commande publique. Revue juridique de l'Océan Indien, 2011, 12, pp.55-123. hal-02544471

HAL Id: hal-02544471

<https://hal.univ-reunion.fr/hal-02544471>

Submitted on 16 Apr 2020

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

COLLECTIVITÉS TERRITORIALES

La négociation dans la commande publique

Audrey EGIZIANO¹¹⁵

Master 2 Droit des collectivités territoriales

Université de La Réunion - Faculté de Droit et d'Economie – promotion 2009/2010

« Dans les sciences juridiques, plus que dans les autres, seule la discussion est féconde parce que, seule, elle permet de faire sortir de la loi ou de la sentence les contraires dont elles ne sont que le provisoire repos ». Les propos du doyen Carbonnier, professeur émérite en droit privé, ne visent que la loi et la jurisprudence, mais ils peuvent être étendus à la matière contractuelle.

En effet, le contrat symbolise la rencontre de deux volontés, lors des discussions, guidées par la liberté contractuelle. Celle-ci est d'ailleurs consacrée au niveau constitutionnel¹¹⁶ comme découlant de l'article 4 de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen du 26 août 1789. Lors de la passation de tout contrat, elle recouvre notamment l'accord sur la rédaction du contrat.

Pour y aboutir, il semble que la discussion entre les parties constitue une réponse appropriée, car elle permet de faire réellement se rencontrer les volontés de chaque partie : offre et demande. Ce n'est d'ailleurs pas un hasard si la négociation, le dialogue, la discussion, c'est-à-dire toutes sortes d'échanges sont la base des achats privés.

Or on peut s'interroger sur l'application de cette liberté aux contrats publics, et plus spécifiquement aux marchés publics, et ce bien que le Conseil d'État l'ait aussi consacrée¹¹⁷. Ainsi, par le biais de l'appel d'offres, qui constitue la règle en matière de procédures formalisées, de nombreux contrats sont en réalité des contrats d'adhésion ; ce qui remet en cause la liberté contractuelle dans les contrats publics, tant du point de vue des collectivités publiques que de celui de ses cocontractants. Concrètement, les cahiers des charges ne sont pas l'expression de la volonté des parties : les attributaires se les voient imposer car ils n'ont pas la possibilité de les modifier. Cela est d'autant plus problématique que les clauses ainsi imposées ne sont pas toujours adaptées à la réalité du marché¹¹⁸.

Dans la commande publique, la question se pose d'autant plus qu'au sein des procédures prévues, tant par le droit communautaire que par le droit interne, les possibilités pour un acheteur public de négocier, discuter, échanger avec les candidats, sont floues.

¹¹⁵ L'auteur figure parmi les lauréats du « Concours de mémoires » organisé par la RJOI pour la promotion 2009/2010.

¹¹⁶ Décision DC n°98-401 du 10 juin 1998 puis DC n°2000-437 du 19 décembre 2000.

¹¹⁷ Arrêt CE 20 janvier 1989 SA GBA Berry-Loire.

¹¹⁸ Peyrical J.-M., « L'évolution du droit de la commande publique, quelques commentaires et réflexions », AJDA 2009, p. 965.

Pour dissiper ce flou, il faut rechercher si la commande publique laisse une place à la négociation. La première étape consiste à savoir que la commande publique « s'étend à tous les contrats qui comportent une commande de travaux, fournitures ou services, de la part des pouvoirs adjudicateurs et des entités adjudicatrices »¹¹⁹. Quels sont ces contrats ? Qui sont les pouvoirs adjudicateurs et les entités adjudicatrices ?

D'une part, nous utiliserons comme base les contrats énumérés par le ministère de l'Économie pour notre étude : le marché public, la délégation de service public (DSP), le partenariat public-privé, le bail emphytéotique administratif (BEA), l'autorisation d'occupation temporaire, la concession de travaux, et enfin la vente en l'état futur d'achèvement. Il faut en outre préciser que les marchés publics peuvent être passés selon des procédures différents : l'appel d'offres, le marché négocié, le dialogue compétitif, l'accord-cadre, le système d'acquisition dynamique, le marché à procédure adaptée (MAPA), le concours, la conception-réalisation, ou encore la définition. Nous précisons que l'étude ne traitera pas l'ensemble des contrats et procédures. Nous la centrerons autour des plus significatifs d'entre eux.

D'autre part, les pouvoirs adjudicateurs et entités adjudicatrices sont énoncés à l'article 2 du code des marchés publics (CMP). Il s'agit de l'Etat et de ses établissements publics administratifs¹²⁰, ainsi que des collectivités territoriales et leurs établissements publics locaux.

A côté des pouvoirs adjudicateurs existent les entités adjudicatrices. Celles-ci ne sont concernées que par la deuxième partie du CMP¹²¹. Elles correspondent aux mêmes personnes que les pouvoirs adjudicateurs qui sont définis à l'article 2, mais uniquement lors d'activités de réseau énumérées à l'article 135 du CMP¹²². Certaines entités adjudicatrices ne sont pas soumises au code mais à l'ordonnance du 6 juin 2005¹²³. Les règles s'appliquant aux entités adjudicatrices sont quelque peu différentes de celles des pouvoirs adjudicateurs. Mais lorsque nous parlerons indistinctement des premières et des secondes, nous utiliserons le terme « d'acheteur public ».

Il faut avoir à l'esprit que la négociation ne constitue qu'une procédure largement dérogatoire et très marginale car la procédure de droit commun en matière de commande publique suit celle de l'appel d'offres (ouvert ou fermé), où la négociation est interdite¹²⁴. L'article 33 alinéa 1^{er} du CMP dispose que « l'appel d'offres est la procédure par laquelle le pouvoir adjudicateur choisit l'attributaire, sans négociation, sur la base de critères objectifs préalablement portés à la connaissance des candidats ». Il s'agit de la procédure centrale, remplaçant l'ancienne procédure d'attribution automatique du marché au « moins disant » : l'adjudication¹²⁵. L'appel d'offres permet de prendre en compte d'autres considérations que le

¹¹⁹ http://www.economie.gouv.fr/directions_services/daj/conseils_acheteurs/fiche-MP-et-autres-contrats-publics.pdf

¹²⁰ Le texte parle d'établissements publics non industriels et commerciaux, mais nous simplifions en utilisant la distinction cardinale retenue classiquement (Morand-Deville J., *Cours de droit administratif*, 11^{ème} édition, Montchrestien, p. 519).

¹²¹ Articles 134 et suivants du CMP.

¹²² Pour être précis, nous pouvons citer le commentaire sous cet article dans le code Dalloz : « Ces activités se rapportent à l'énergie (électricité, gaz ou chaleur), l'eau potable, l'exploitation d'une aire géographique dans le but de prospecter ou d'extraire du pétrole, du gaz ou du charbon ou d'autres combustibles solides, l'organisation et la mise à disposition des transporteurs des aéroports, ports maritimes, ports fluviaux ou autres terminaux de transport, l'exploitation ou la mise à disposition d'un exploitant de réseaux de transport par chemin de fer, tramway, trolleybus, autobus, autocar, câble ou tout système automatique, la fourniture de services postaux ».

¹²³ Ordonnance n°2005-649 du 6 juin 2005, relative aux marchés passés par certaines personnes publiques ou privées non soumises au CMP.

¹²⁴ Articles 59 et 64 du CMP.

¹²⁵ A l'époque, la politique du moindre coût financier semblait correspondre au mieux à l'intérêt général, mais elle échoua pour deux raisons. D'une part elle ne se souciait guère du coût différé qu'une telle doctrine peut engendrer. D'autre part, les candidats procédaient régulièrement à des ententes, ce qui avait pour conséquence de proposer une qualité médiocre à un prix élevé. C'est en 1976, par le décret n°76-89, que l'adjudication est reléguée au même rang que l'appel d'offres (Debbasch C.,

prix. Toutefois, la négociation y reste proscrite. A l'issue de la phase d'attribution d'un marché public, la mise au point¹²⁶, en revanche, est possible. La mise au point vise uniquement des compléments ou des précisions quant à la teneur des offres¹²⁷, mais sans que ces modifications ne remettent en cause les caractéristiques substantielles de l'offre ni le classement des offres, car « il ne saurait y avoir de discussion, après l'ouverture des plis, pour pallier les erreurs ou imprécisions des documents de la consultation »¹²⁸. En effet, au moment où la mise au point est utilisée, le marché est déjà attribué, il est donc « cristallisé »¹²⁹.

Cette crainte vis-à-vis de la négociation s'explique en trois points.

Tout d'abord il faut évoquer la prééminence de principes fondamentaux, énoncés dès l'article 1er du CMP : « les marchés publics [...] soumis au présent code respectent les principes de liberté d'accès à la commande publique, d'égalité de traitement des candidats, de transparence des procédures ». Ces principes sont mis au service de deux objectifs : « l'efficacité de la commande publique et la bonne utilisation des deniers publics ».

Le premier principe oblige à ce que l'accès à la commande publique soit « libre et impartial »¹³⁰. En conséquence, les renseignements demandés aux candidats sont limitativement énumérés par l'article 45 du CMP¹³¹ afin d'éviter toute entrave. C'est là que se révèle le carcan qui peut enfermer la négociation dans la commande publique. Il peut arriver, en effet, que le pouvoir adjudicateur veuille se baser sur d'autres documents lors de la phase de sélection des candidats.

Le deuxième principe est le pendant du principe bien connu d'égalité devant la loi, lequel doit être entendu comme imposant le même traitement aux personnes placées dans une situation juridique identique. Ainsi, le principe d'égalité de traitement des candidats conduit à ce que la négociation doive être menée sans créer de discrimination entre eux.

Enfin le troisième principe vise une concurrence loyale entre les candidats. Il est mis en œuvre à travers une publicité poussée, tant en amont qu'en aval de l'attribution du marché.

Les principes de liberté d'accès, d'égalité de traitement, et de transparence des procédures ont une valeur qui suit celle du CMP, c'est-à-dire décrétole. Ils sont également d'origine communautaire¹³². Nombreux sont ceux à considérer que ces principes revêtent une valeur constitutionnelle¹³³ car la décision DC du 26 juin 2003¹³⁴ les fait découler de la Déclaration des

Institutions et droit administratifs, Tome 2 L'action et le contrôle de l'administration, Thémis Droit, PUF, p. 175).

¹²⁶ Article 59 du CMP pour l'appel d'offres ouvert, article 64 du CMP pour l'appel d'offres restreint.

¹²⁷ Comme le montant exact des prestations que les candidats ont indiqué vouloir sous-traiter, ou encore le montant précis d'une des prestations incluses dans l'offre (Arrêt CE 9 novembre 2007 Société ISOSEC).

¹²⁸ Arrêt CAA Nantes 26 juin 2003 SDIS du Calvados.

¹²⁹ Braconnier S., ordonnance TA Pau 17 octobre 2005 Société AGUR, « Étendue de la négociation dans la procédure de délégation de service public », AJDA 2006 p. 554.

¹³⁰ Lajoie C., *Droit des marchés publics*, 3ème édition, Mémento LMD Lextenso, p. 71.

¹³¹ Complété par l'arrêté du 28 août 2006 fixant la liste des renseignements et des documents pouvant être demandés aux candidats aux marchés passés par les pouvoirs adjudicateurs, JO n°199 du 29 août 2006.

¹³² Arrêt CJUE 7 décembre 2000 aff. C-324/98 Telaustria.

¹³³ Voir notamment Lajoie C., *Droit des marchés publics*, 3ème édition, Mémento LMD Lextenso, p. 71 ; Dreyfus J.-D., « L'obligation d'informer les candidats des conditions de mise en œuvre des critères d'attribution du marché », AJDA 2009, n°11, p. 602 ; Boulouis N., Conclusions sous l'arrêt CE 10 février 2010 M.P., JCPA 2010, n°7, p. 45 ; ou encore les commentaires sous l'article 1er du CMP Dalloz.

¹³⁴ Décision DC n°2003-473 du 26 juin 2003 sur la loi habilitant le Gouvernement à simplifier le droit.

Droits de l'Homme et du Citoyen du 26 août 1789. Pour d'autres¹³⁵, leur seul contrôle par le juge constitutionnel ne suffit pas à les élever à un tel rang car le Conseil constitutionnel ne fait que les mentionner indirectement, à travers la Déclaration de 1789¹³⁶. Cela suffit-il à les hisser au rang de principes constitutionnels ? Le doute subsiste. Une chose est sûre, ils bénéficient d'une forte coloration constitutionnelle. La négociation se heurte donc à ces règles et principes qui limitent la liberté contractuelle car ils régissent la passation et l'élaboration des contrats.

Ensuite, la nature même des contrats publics fait obstacle à la négociation puisqu'il existe un « déséquilibre certain dans les rapports entre l'acheteur public et son cocontractant, de telle sorte que l'idée même de négociation semble exclue »¹³⁷.

En outre, nous en venons à supposer que le traditionnel refus de négocier procède de la volonté de distinguer le droit public du droit privé. Ainsi le droit public ne peut se servir des mêmes méthodes que le droit privé pour ses achats. L'acheteur privé négocie librement. Il peut le faire par téléphone, en citant les concurrents et leurs offres, même en trompant, (c'est-à-dire, dans un langage plus classique, en « bluffant »), afin de parvenir au meilleur prix. En revanche, l'acheteur public utilise des deniers publics, qu'il doit mettre au service de la meilleure prestation pour le meilleur prix, mais à la différence de l'acheteur privé, il se doit de tenir une certaine éthique lors de la passation de contrats. Et la négociation, malheureusement, est connotée de façon péjorative. Pour exemple, le directeur du service commande publique du Conseil général de La Réunion ne souhaite pas « passer pour un marchand de tapis »¹³⁸. De même, l'avocat Arnaud Cabanes¹³⁹ estime que l'idée de négociation dans la passation de contrats publics est antinomique.

Enfin, la pratique de la négociation porte en elle le germe du « favoritisme dans la mesure où le processus même de négociation apparaît intrinsèquement lié à l'*intuitu personae*¹⁴⁰, qui serait contraire au choix de l'offre économiquement la plus avantageuse »¹⁴¹.

La négociation, donc, peine à s'imposer. Pour autant en parallèle, le droit privé inspire de plus en plus les procédures publiques de passation, car l'on assiste à l'apparition des procédures de dialogue ou de discussion au sein de la commande publique. Ces dernières se distinguent-elles diamétralement de la négociation ? Toutes trois ont-elles un champ différent les unes des autres ? Etudions ceci à travers leur étymologie.

La négociation en dispose de deux selon les auteurs.

¹³⁵ Intervention du vice-Président du TA de Saint-Denis de La Réunion Louis J.-J., par exemple.

¹³⁶ Il est vrai que la décision, à son considérant 10, n'est pas clairement catégorique quant à la valeur des principes : « Considérant [...] que les dispositions d'une loi [...] ne sauraient avoir ni pour objet ni pour effet de dispenser le Gouvernement [...] de respecter les règles et principes de valeur constitutionnelle, ainsi que les normes internationales et européennes applicables ; qu'en particulier, les dispositions relatives à la commande publique devront respecter les principes qui découlent des articles 6 et 14 de la Déclaration de 1789 et qui sont rappelés par l'article 1er du [CMP] aux termes duquel : "les marchés publics respectent les principes de liberté d'accès à la commande publique, d'égalité de traitement des candidats et de transparence des procédures ».

¹³⁷ Guillou Y.-R., Glatt J.-M., « Négociation, discussion, échange : des leviers pour l'efficacité de la commande publique », Contrats Publics n° 84 du 1er janvier 2009, contenu en ligne.

¹³⁸ Propos recueillis lors d'un entretien.

¹³⁹ Cabanes A., « La négociation dans la commande publique », CP-ACCP n°45, p. 18, in Guillou Y.-R., Glatt J.-M., « Négociation, discussion, échange : des leviers pour l'efficacité de la commande publique », Contrats Publics n° 84 du 1er janvier 2009, contenu en ligne.

¹⁴⁰ Cette formule latine vise les contrats dans lesquels ce sont surtout les qualités de la personne cocontractante qui sont prises en considération.

¹⁴¹ Guillou Y.-R., Glatt J.-M., « Négociation, discussion, échange : des leviers pour l'efficacité de la commande publique », Contrats Publics n° 84 du 1er janvier 2009, contenu en ligne.

La première étymologie signifie « sans loisir », « sans repos » (*nec et otium*). Donc la négociation suppose un dynamisme dans l'entretien, qui ne peut s'accorder au traditionnel « attentisme administratif »¹⁴².

La seconde désigne l'action de faire du commerce. Selon le Professeur Gérard Cornu, il s'agit de « traiter une affaire, de passer un marché ou des opérations préalables tendant à la recherche d'un accord [...], cela désigne la discussion d'un contrat en vue d'arriver à sa conclusion, par exemple les pourparlers précontractuels impliquant une discussion sur les conditions du contrat spécialement sur le prix »¹⁴³. L'objectif de la négociation est l'obtention de la fusion des volontés. Cette procédure passe nécessairement par la confrontation d'intérêts originellement incompatibles mais que chaque partie va rendre compatibles par un jeu de concessions mutuelles, afin d'aboutir à un accord et conclure une affaire.

Le dialogue peut s'analyser comme un simple entretien entre deux personnes (du grec *dia* et *logos* signifiant respectivement « à travers » et « parler »). Le ton ne monte pas entre les intervenants. Ceux-ci cherchent à trouver une solution ensemble.

La discussion semble quant à elle plus se rapprocher d'un mécanisme de négociation car son étymologie (*discussio*) renvoie à une secousse, un échange de propos vifs, un débat contradictoire. Elle est d'ailleurs utilisée pour définir la négociation.

Nous presentons instinctivement un lien entre la discussion, le dialogue, et la négociation. Mais quel est-il juridiquement ? Ce cumul de termes sur une même action témoigne du fait que « la négociation constitue une procédure de passation à part entière dans le droit de la commande publique »¹⁴⁴. Nous nous attacherons à le démontrer dans la suite de notre étude.

La négociation se retrouve donc essentiellement au sein des phases précontractuelles. Elle existe également dans une procédure post-contractuelle¹⁴⁵ : la transaction¹⁴⁶. Nous faisons le choix de la traiter dès maintenant car l'essentiel de l'intérêt de la négociation dans la commande publique se situe, à notre sens, lors de la formation du contrat.

La transaction permet d'éviter le passage devant le juge, ce qui présente des avantages en termes de temps, de discrétion, et d'acceptation de la solution par les parties. Elle est définie par l'article 2044 du code civil et constitue un contrat par lequel les parties terminent ou préviennent une contestation en consentant des concessions réciproques. La transaction constitue ainsi un entrée supplémentaire de la négociation dans la commande publique, et ce en vertu des textes officiels. Faisant suite à un rapport public du Conseil d'État¹⁴⁷, la circulaire du 6 février 1995¹⁴⁸,

¹⁴² Linditch F., avis CE 15 décembre 2006 Préfet Alpes-Maritimes, « Procédure de délégation de service public : le point de départ du délai de négociation correspond à la date limite de réception des offres », JCPA 2007, n°4, p. 23.

¹⁴³ Cornu G., *Vocabulaire juridique*, 8ème édition, PUF, p. 572.

¹⁴⁴ Guillou Y.-R., Glatt J.-M., « Négociation, discussion, échange : des leviers pour l'efficacité de la commande publique », *Contrats Publics* n° 84 du 1er janvier 2009, contenu en ligne.

¹⁴⁵ Article 128 du CMP.

¹⁴⁶ Telle situation doit être prévue dès la conclusion du contrat par les parties. Les modes de règlement amiable des litiges peuvent se distinguer selon qu'ils font intervenir ou non un élément extérieur dans la solution.

Nous faisons le choix d'écartier de notre étude les premières, car la négociation nous semble moins évidente dans la conciliation et l'arbitrage, qui nécessitent respectivement l'intervention d'une commission ou d'un comité de conciliation, et d'un arbitre. Ce tiers va tenter de résoudre le litige entre les parties. Celles-ci ne négocient guère. Le seul moment où l'on peut considérer qu'elles négocient est celui du choix de ce tiers, lors de la rédaction de la clause. Certes, il peut nous être opposé l'argument selon lequel on négocie mieux à l'aide d'un tiers, mais nous continuons de penser que cela ne tient pas.

Par conséquent, nous nous pencherons spécifiquement sur la procédure de transaction, qui ne concerne que les parties.

¹⁴⁷ Rapport public du Conseil d'État, « Régler autrement les conflits », EDCE, 1993.

¹⁴⁸ Circulaire du 6 février 1995, relative au développement du recours à la transaction pour régler amiablement les conflits,

doublée de la circulaire du 7 septembre 2009¹⁴⁹, constituent une piste intéressante pour encourager les acheteurs publics à user de la négociation. En effet, le règlement amiable permet de contourner les « difficultés inextricables créées par l'annulation [des] contrats »¹⁵⁰. Toutefois, si transiger permet de simplifier les procédures judiciaires administratives¹⁵¹, cela ne peut avoir pour effet de blanchir des situations pénalement répressibles. Une fois que la transaction est réalisée, elle emporte deux effets : le litige est éteint, et tout recours soumis au juge administratif par l'une des parties, portant sur les questions que règle la transaction elle-même serait irrecevable.

La nouvelle circulaire démontre un regain d'intérêt pour la négociation. Elle dispose d'un large champ d'application malgré son intitulé centré sur l'exécution des contrats. La transaction y est définie comme pouvant avoir pour objet de « mettre fin à un contrat pour régler la situation juridique délicate née de l'annulation des actes préparatoires du contrat, sans que le contrat n'ait été lui-même annulé ». Tel est, sur le simple terrain post-contractuel, l'intérêt de la négociation dans la commande publique. Nous verrons que celui-ci peut se décupler sur le terrain précontractuel, mais les risques liés à sa pratique sont également nombreux.

La présente étude a pour but de déterminer dans quelle mesure la commande publique permet la négociation.

Il résulte de ce qui précède que la négociation dans la commande publique se situe entre deux dynamiques diamétralement opposées : des incitations (Titre 1) et des blocages (Titre 2).

Titre I : Les incitations à la négociation dans la commande publique

La négociation est aujourd'hui perçue comme permettant de pallier les difficultés liées à la technicité et à la complexité de la commande publique. Certains la considèrent même comme le « levier de la performance contractuelle »¹⁵².

publiée au JO du 15 février 1995.

¹⁴⁹ Circulaire du 7 septembre 2009, relative au recours à la transaction pour la prévention et le règlement des litiges portant sur l'exécution des contrats de la commande publique, publiée au JO du 18 septembre 2009.

¹⁵⁰ Linditch F., « Une nouvelles circulaire pour encourager le recours à la transaction en matière de commande publique », JCPA 2009, n°42, p. 20.

¹⁵¹ La réponse du ministre de l'Économie du 30 juin 2003, à la question n°5231 d'un député, indique clairement qu'« après l'annulation d'un marché, la transaction peut être utilisée pour permettre le règlement des sommes dues au titulaire du marché annulé, sur le fondement du principe de l'enrichissement sans cause [car] les personnes morales de droit public ne peuvent jamais être condamnées à payer une somme qu'elles ne doivent pas (arrêt CE 19 mars 1971 Sieurs Mergui) ». Cela ne peut que correspondre à l'indemnité à laquelle ce dernier peut prétendre en réparation du préjudice subi du fait de la faute entachant le contrat d'illégalité, éventuellement augmentée de la privation du bénéfice perdu (arrêt CE 8 décembre 1995 Commune de Saint-Tropez), sauf en cas de faute du cocontractant, laquelle exonérerait totalement ou partiellement l'acheteur public.

Néanmoins, il faut être vigilant sur ce point car le Conseil d'État a relevé la valeur du principe de loyauté contractuelle empêchant de se prévaloir d'une irrégularité du contrat uniquement au moment où l'une des parties en retirerait un avantage (arrêt CE 28 décembre 2009 Commune de Béziers).

¹⁵² Guillou Y.-R., Glatt J.-M., « Négociation, discussion, échange : des leviers pour l'efficiencia de la commande publique », Contrats Publics n° 84 du 1er janvier 2009, contenu en ligne.

C'est pour cette raison que nous la retrouvons, certes de façon diffuse, mais tout de même largement, dans notre paysage contractuel public (Chapitre 2).

Au surplus, le plan de relance de l'économie instauré à la fin de l'année 2008 met de nombreuses mesures en place. Son but est évidemment de dynamiser l'économie. Et de façon remarquable pour notre étude, il écarte les procédures traditionnelles de passation et regroupe de nombreuses incitations à pratiquer la négociation (Chapitre 1).

Chapitre 1 : Les incitations nouvelles par le plan de relance

Le plan de relance de l'économie s'est matérialisé dans plusieurs textes. Seuls deux décrets du 19 décembre 2008¹⁵³ intéressent la négociation dans la commande publique.

Le conseiller en gestion publique Remco Wallig le dit clairement : « l'esprit du [plan de relance] est de développer la négociation dans la commande publique »¹⁵⁴. Cette incitation passe tant par l'élargissement de l'assise textuelle de la négociation (Section 1) que par le relèvement des plafonds ouvrant l'utilisation des procédures permettant la négociation (Section 2).

Section 1 : L'élargissement de l'assise textuelle de la négociation

Grâce au plan de relance, la négociation bénéficie d'une meilleure assise textuelle. En effet, le décret du 19 décembre 2008 n°2008-1355 incite les acheteurs publics à avoir confiance en la négociation et donc à l'utiliser au quotidien. Cette incitation se traduit par la confirmation de l'option de la négociation ouverte lors des MAPA (§1) et par l'extension de la procédure du dialogue compétitif à la conception-réalisation (§2).

§ 1/ La confirmation de l'option ouverte lors des MAPA : la négociation

Les acheteurs publics passant des MAPA sont frileux à l'idée d'engager des négociations avec les candidats (A). C'est pour cette raison que le plan de relance se devait de dynamiser l'économie de la sphère publique en affirmant expressément la possibilité de négocier (B).

A/ La constatation de la crainte de négocier

¹⁵³ Il s'agit du décret n°2008-1355 de mise en œuvre du plan de relance économique dans les marchés publics, ainsi que du décret n°2008-1356 relatif au relèvement de certains seuils du code des marchés publics.

¹⁵⁴ <http://www.reponses-ha.fr>

Antérieurement au plan de relance, l'article 28 du CMP présentait le MAPA comme suit : « lorsque leur valeur estimée est inférieure aux seuils mentionnés au II de l'article 26¹⁵⁵, 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. Pour la détermination de ces modalités, le pouvoir adjudicateur peut s'inspirer des procédures formalisées prévues par le présent code, sans pour autant que les marchés en cause ne soient alors soumis aux règles formelles applicables à ces procédures [...] ».

Toutefois la liberté évoquée dans cet article laissait planer trop de flous au-dessus de la procédure. C'est pourquoi dans la pratique, nombre d'acheteurs hésitaient à utiliser la négociation dans le cadre des MAPA. Ils préféreraient « s'inspirer des procédures formalisées ». Parfois même, plus que s'en inspirer, les acheteurs publics se protégeaient expressément derrière le code en calquant la procédure d'un MAPA sur celle d'un marché formalisé, afin de s'assurer de leur probité et éviter ainsi tout risque contentieux.

Or l'esprit du plan de relance s'oppose de plein front à ce type de comportement. Il faut absolument éviter toute surcharge procédurale inutile, d'autant plus lorsque le CMP prévoit des facilités en la matière. L'article 28 ne faisait que le suggérer, le décret prévoit désormais explicitement que les MAPA peuvent faire l'objet d'une négociation.

B/ L'affirmation de la possibilité de négocier

Un deuxième alinéa a alors été inséré : « 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. » Ainsi, tant la négociation en elle-même que la négociation portant sur le prix sont réaffirmés. Certes, rien n'oblige l'acheteur public à y recourir, mais l'incitation est claire.

Néanmoins, l'utilité de cette mesure est controversée. Pour certains, cette précision est surabondante et n'apporte donc « rien de très nouveau »¹⁵⁶ : elle ne servirait qu'à « rassurer les peureux »¹⁵⁷. D'ailleurs, il faut relever que la disposition modifiant l'article 28 n'a été insérée que dans le chapitre 4 du décret, intitulé : « Dispositions diverses et finales ». L'incitation à négocier dans les MAPA ne prendrait ainsi qu'une valeur relative, ou de second rang.

Malgré tout, cette précision procède de l'état d'esprit du plan de relance. Comme certains le remarquent, « cette évolution marque, à n'en pas douter, un changement dans la conception que les pouvoirs publics avaient de la négociation »¹⁵⁸. La confirmation que la négociation peut porter sur le prix est notable dans la mesure où elle fait écho aux conditions de négociation ouvertes dans le cadre de la passation des DSP, laquelle est basée sur un régime permettant une large marge de manœuvre puisque fondée sur l'*intuitu personae*.

¹⁵⁵ Ces seuils sont aujourd'hui de 123 000 € pour les marchés de fourniture et de services pour l'Etat, 193 000 € pour ceux des collectivités territoriales, et de 4 845 000 € pour les marchés de travaux. Ils feront l'objet d'un plus vaste examen dans la suite de l'étude (Chapitre 2, Section 1, §1, A, 1).

¹⁵⁶ Dreyfus J.-D., « Les nouvelles mesures de simplification du droit des marchés publics », AJDA 2009, p. 306.

¹⁵⁷ Propos recueillis lors de l'entretien avec le responsable du service commande publique du Conseil général de La Réunion.

¹⁵⁸ Guillou Y.-R., Glatt J.-M., « Négociation, discussion, échange : des leviers pour l'efficacité de la commande publique », Contrats Publics n° 84, contenu en ligne.

C'est en ce sens qu'il faut mesurer l'ampleur de l'intérêt de cette réaffirmation. Au-delà de cette confirmation expresse, la négociation bénéficie d'une autre incitation, à travers cette fois un autre type de procédure, celui de la conception-réalisation.

§ 2/ L'extension des procédures du dialogue compétitif et du MAPA à la conception-réalisation

Une nouvelle voie est désormais ouverte pour les opérations de réhabilitation : passer des marchés de conception-réalisation selon la procédure du dialogue compétitif ou du MAPA (B). Nous l'aborderons après une brève présentation des procédures en jeu (A).

A/ Présentation des procédures

Tout d'abord, et bien que le MAPA, le dialogue compétitif, et la conception-réalisation soient traités amplement dans la suite de notre étude¹⁵⁹, nous les présentons succinctement.

Le MAPA est défini à l'article 28 du CMP comme 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 ». Nous avons vu précédemment que le MAPA prévoit expressément la négociation.

Le dialogue compétitif est défini à l'article 36 du CMP comme étant une « procédure dans laquelle le pouvoir adjudicateur conduit un dialogue avec les candidats admis à y participer en vue de définir ou de développer une ou plusieurs solutions de nature à répondre à ses besoins et sur la base de laquelle ou desquelles les participants au dialogue seront invités à remettre une offre ». La procédure à suivre dans ce cas est fixée à l'article 67 du CMP.

La conception-réalisation est définie par l'article 37 du CMP comme étant un « marché de travaux qui permet au pouvoir adjudicateur de confier à un groupement d'opérateurs économiques ou, pour les seuls ouvrages d'infrastructures, à un seul opérateur économique, une mission portant à la fois sur l'établissement des études et l'exécution des travaux ». La procédure à suivre en la matière est fixée à l'article 69 du CMP.

L'article 38 du décret du 19 décembre 2008 incorpore plusieurs modifications à l'article 69 du CMP, et permet la conception-réalisation à travers le dialogue compétitif et le MAPA.

B/ Passation de la conception-réalisation selon le dialogue compétitif ou le MAPA

¹⁵⁹ Voir *infra* (respectivement Chapitre 2, Section 1, §1 ; Chapitre 2, Section 2, §1 ; et Chapitre 2, Section 2, §2).

Il faut avant toute chose préciser que nous considérons que le dialogue compétitif est une forme de négociation¹⁶⁰. Donc il nous apparaît naturel d'estimer que l'extension de la procédure du dialogue compétitif à la conception-réalisation incite à utiliser la négociation.

Le premier alinéa ajouté traite du dialogue compétitif et dispose que : « dans le cas des opérations limitées à la réhabilitation de bâtiments, et si les conditions définies aux articles 36 et 37 sont réunies, les marchés de conception-réalisation peuvent également être passés selon la procédure du dialogue compétitif. Ils suivent alors les dispositions prévues à l'article 67 ».

Le second alinéa traite quant à lui de la possibilité d'utiliser la procédure du MAPA « lorsque le marché de conception-réalisation est d'un montant inférieur au seuil fixé au II de l'article 26¹⁶¹, et si les conditions définies à l'article 37 sont réunies ».

Ainsi, le plan de relance apporte à la fois de la cohérence et de la souplesse puisqu'il ouvre l'accès aux procédures permettant la négociation, chaque fois que leurs conditions respectives sont remplies. Le dialogue compétitif et le MAPA, et par là même la négociation, bénéficient en conséquence d'une plus grande vitrine au sein du CMP, d'autant que les marchés de conception-réalisation sont utilisés pour des ouvrages lourds et complexes, lesquels sont également encouragés afin de relancer l'économie (opération des « grands travaux »).

Le plan de relance de l'économie appuie la pratique de la négociation à travers la lettre de l'assise textuelle de la négociation, mais également à travers les chiffres du relèvement des plafonds des procédures permettant la négociation.

Section 2 : Relèvement des plafonds des procédures permettant la négociation

Tous les relèvements effectués par le plan de relance se trouvent en faveur de la négociation puisqu'ils repoussent l'utilisation des procédures formalisées aux contrats dont les montants sont les plus élevés.

Pour rappel, les procédures formalisées sont l'appel d'offres, les procédures négociées, le dialogue compétitif, le concours, et le système d'acquisition dynamique¹⁶². De toutes, l'appel d'offres est la procédure de droit commun, car les quatre autres procédures formalisées ne sont utilisables que dans les cas énumérés respectivement par les articles 35 ; 36 ; 38 et 78 du CMP. Ainsi, nous pouvons considérer que la procédure formalisée la plus largement usitée est celle de l'appel d'offres, qui interdit la négociation.

Par conséquent, le relèvement des plafonds réduit la place des procédures formalisées au profit de celles permettant la négociation. Il concerne les marchés sans formalités préalables ainsi que les MAPA. Il convient d'apporter la précision suivante : les premiers peuvent être considérés comme une simple variété des seconds, puisqu'ils figurent tous deux à l'article 28 du CMP consacré à la « procédure adaptée »¹⁶³. Mais c'est dans un souci de clarté que nous préférons distinguer, d'une part les marchés sans formalités préalables qui bénéficient d'un relèvement de

¹⁶⁰ Nous demandons au lecteur de bien vouloir prendre ce point de vue comme acquis. Il sera étayé dans la suite de l'étude, voir *infra* (Chapitre 2, Section 2, §1, B).

¹⁶¹ Ce seuil est aujourd'hui de 4 845 000 € pour les marchés de travaux. Il fera l'objet d'un plus vaste examen à la section suivante (Section 2, §2).

¹⁶² Article 26 I du CMP.

¹⁶³ Intitulé de la section 3 dont l'unique article est l'article 28, dans le CMP.

leur plafond à 20 000 € (§1), des MAPA d'autre part, qui couvrent désormais tout marché de travaux d'une valeur inférieure à 4 845 000 € (§2).

§ 1/ L'autorisation des marchés sans formalités préalables jusqu'à 20 000 €

Le décret n°2008-1356 prévoit, dans son article 1^{er}, une modification d'ampleur, à savoir le relèvement de 4 000 € à 20 000 € du plafond des marchés dispensés de mise en concurrence et de publicité préalables. C'est exclusivement cette modification que pose ce décret.

Pour autant, cette unique modification touche six articles du CMP : les articles 11, 40, 81, 150 d'une part¹⁶⁴, et les articles 28 et 146 d'autre part. Ces derniers, les plus intéressants pour nous, concernent directement la faculté de procéder sans publicité et sans mise en concurrence préalables¹⁶⁵ dans trois cas de figures : « si les circonstances le justifient, ou si [le] montant estimé est inférieur à 20 000 €, ou dans les situations décrites au II de l'article 35 ». Cet allègement ne doit pas être entendu comme une interdiction de toute publicité et toute mise en concurrence sous ce plafond, mais bien comme une faculté. Il incite naturellement à procéder à la négociation en-dessous de ce nouveau seuil.

Bien que trois cas de marchés sans formalités préalables soient ici énumérés, nous n'aborderons que succinctement les situations décrites au II de l'article 35. Cet article pose les cas des marchés négociés. Les marchés négociés peuvent être passés selon deux procédures, énoncées aux I et II de l'article. En son I il pose les cas de recours au marché négocié après publicité et mise en concurrence, et son II pose les cas de recours au marché sans publicité préalable et sans mise en concurrence, c'est-à-dire sans formalités préalables. Dans un souci de clarté, nous centrons l'étude des marchés sans formalités préalables sur les cas qui lui sont propres. C'est pour cette raison que les situations de l'article 35 seront abordées plus avant, dans le cadre plus large des marchés négociés¹⁶⁶.

Par conséquent, nous nous penchons particulièrement sur deux cas envisagés par l'article 28 du CMP pour procéder à un marché sans formalités préalables : les circonstances le justifiant (A) et le montant du marché inférieur à 20 000 € (B).

A/ Le premier cas : « les circonstances [qui] le justifient »

Le premier cas : « si les circonstances le justifient », est très subjectif, et il semble juridiquement très risqué. Il apparaît évident que si les pouvoirs adjudicateurs sont en général

¹⁶⁴ Ils concernent des articles connexes liés au seuil de 20 000 €, respectivement, l'obligation de procéder sous forme écrite, les régimes de publicité, l'obligation de notifier le marché avant toute exécution, et les régimes de publicité applicables aux entités adjudicatrices.

¹⁶⁵ L'article 146 traite de la procédure adaptée pour les entités adjudicatrices, et une légère différence est à souligner : « l'entité adjudicatrice peut également décider que le marché sera passé sans publicité, voire (souligné par nous) sans mise en concurrence préalable [...] ». Il ne semble cependant pas que cette différence ait de nombreuses conséquences.

¹⁶⁶ Voir *infra* (Chapitre 2, Section 1, §2, B).

frileux à l'idée d'utiliser la négociation, ils le seront d'autant plus lorsqu'il s'agira de décider eux-mêmes s'ils peuvent se passer de toute publicité ou mise en concurrence préalables. Cette disposition confirme par ailleurs le rattachement des marchés sans formalités préalables à la catégorie des MAPA, dont la caractéristique est de laisser la liberté à l'acheteur public de fixer les modalités de la procédure au cas par cas.

La jurisprudence n'étant pas bavarde en la matière, il faudra sans aucun doute justifier de façon précise la décision de procéder à un marché sans formalités préalables. Par exemple, invoquer la nécessité d'utiliser des techniques faisant l'objet de brevet, de licence, ou autres droits exclusifs, pourrait justifier cette décision¹⁶⁷. Comme l'indique le Professeur Alain Ménéménis, « de telles hypothèses sont nécessairement rares : elles correspondent en réalité à des cas où la mise en œuvre de telles formalités serait impossible, absurde, ou manifestement inutile »¹⁶⁸.

Ainsi le premier cas n'est pas le plus permissif en matière de négociation sans publicité ni mise en concurrence préalables. Voyons dès lors la portée du deuxième cas prévu par le cinquième alinéa de l'article 28 pour dispenser un marché de publicité et de mise en concurrence préalables : « si son montant estimé est inférieur à 20 000 € ».

B/ Le deuxième cas : « le montant inférieur à 20 000 € »

Avant le plan de relance, ce seuil était de 4 000 €, et il avait pour but d'éviter aux acheteurs publics de dépenser autant voire plus pour mettre en œuvre la procédure de publicité et la mise en concurrence que pour la prestation elle-même.

Le décret n°2008-1356 a procédé au rehaussement de ce seuil (1). Cependant cette disposition a été attaquée devant le Conseil d'État qui, dans un arrêt du 10 février 2010¹⁶⁹, a décidé de l'annuler. Le seuil de 4 000 € est donc de retour (2).

1) Le plafond des marchés sans formalités préalables : de 4 000 € à 20 000 €

Pour fluidifier les procédures, la possibilité de procéder sans formalités préalables a été élargie aux marchés inférieurs à 20 000 €.

Pourtant cette modification a entraîné de nombreuses critiques, parce que ce montant correspond aux achats les plus communs dans une collectivité. Avec ce rehaussement, les achats les plus fréquents dans une collectivité ne sont soumis à plus aucune règle, si ce n'est les principes fondamentaux. Les craintes se portent au niveau de l'éventuel laisser-aller des acheteurs publics sur le respect des procédures, et le risque corollaire du développement des contentieux.

L'avantage de ce rehaussement a pourtant été bien vécu et Remco Wallig le souligne : « l'impact de cette mesure sera considérable, car au moins 80 % des marchés hors travaux seront concernés : le seuil des 20 000 € n'est que rarement atteint pour les marchés de fournitures et de

¹⁶⁷Lajoye C., *Droit des Marchés publics*, 3ème édition, p. 112.

¹⁶⁸ Ménéménis A., « Le code des marchés publics nouveau est arrivé - Code des marchés publics 2006 : quelques points forts », *AJDA* 2006, p. 1758.

¹⁶⁹ Arrêt CE 10 février 2010 M.P.

services »¹⁷⁰. Un pan énorme de prestations bénéficie ainsi d'une dispense de formalités préalables, ouvrant la voie à la négociation, en vue de l'efficacité de la commande publique et de la bonne utilisation des deniers publics. Sous l'impulsion du Président de la République, les collectivités territoriales peuvent donc « s'adresser de gré à gré à des fournisseurs locaux »¹⁷¹. Or le succès de cette réforme se trouve dans les mains des collectivités : certaines ont parfois trop préféré se sécuriser en mettant en place des procédures plus contraignantes que ce que prévoit le CMP¹⁷².

Frédéric Faille, instructeur au service des marchés publics du Conseil général des Ardennes en témoigne : « pour être irréprochables, beaucoup ont fixé le seuil de 1 000 € pour la mise en concurrence [...]. Cela fait quatre ans qu'on explique au service que pas de mise en concurrence, cela ne veut pas dire qu'il ne faut pas en faire pour autant »¹⁷³. De même, la commune de Saint-Leu¹⁷⁴ a prévu une mise en concurrence dès 10 000 €.

Les libertés offertes par le relèvement des seuils des MAPA semblaient donc être utilisées simplement pour décider soi-même des restrictions que l'on se fixe. Là ne réside pas l'esprit du plan de relance, bien au contraire. Mais cela était sans compter sur le Conseil d'État, qui, le 10 février 2010, a annulé les dispositions rehaussant le seuil.

2) Le plafond des marchés sans formalités préalables : de 20 000 € à 4 000 €

L'annulation n'a pris effet qu'à compter du 1^{er} mai 2010, de façon à respecter le principe de sécurité juridique pour les marchés d'un montant compris entre 4 000 € et 20 000 €¹⁷⁵.

Ce seuil n'intéressait pas uniquement l'article 28 du CMP : il est repris dans six articles conditionnant également l'obligation de procéder par écrit, les régimes de publicité, l'obligation de notifier le marché avant toute exécution, et les régimes de publicité applicables aux entités adjudicatrices. Tous ces éléments ont pesé en faveur de la décision d'annulation.

Plus fortement, ce sont les réalités locales, surtout communales, qui ont conduit le Conseil d'État à annuler cette disposition¹⁷⁶. L'argument tenait dans l'importance quantitative des marchés publics inférieurs à ce plafond que passent les communes. La conséquence directe est qu'un nombre considérable de marchés n'étaient plus soumis à quelque formalité, ce qui pouvait être préjudiciable aux entreprises qui souhaiteraient être candidates.

Les principes fondamentaux de liberté d'accès à la commande publique, d'égalité de traitement des candidats, et de transparence des procédures ont donc heurté de plein fouet l'éphémère plafond des MAPA à 20 000 € pour le rabaisser à 4 000 €.

¹⁷⁰ <http://reponses-ha.fr>

¹⁷¹ Discours de Nicolas Sarkozy le 4 décembre 2008, à Douai, rendant public son plan de relance de l'économie.

¹⁷² Voir *supra* (Section 1, §1, A).

¹⁷³ <http://www.reponses-ha.fr>

¹⁷⁴ Nous avons eu accès au guide interne de la commune de Saint-Leu.

¹⁷⁵ <http://www.conseil-etat.fr/cde/fr/communiqués-de-presse/marchés-publics.html> ; arrêt CE 10 février 2010 M.P.

¹⁷⁶ Pastor J.-M., « Procédure adaptée des marchés publics : adieu les 20 000 €, retour au seuil des 4 000 € », AJDA 2010, n°5, p. 239.

Bien que ce relèvement n'ait pas prospéré, le plan de relance permet tout de même une accélération du mouvement de négociation grâce au rehaussement du plafond d'une autre procédure permettant la négociation, celui des MAPA pour les marchés de travaux.

§ 2/ L'autorisation des MAPA pour les marchés de travaux inférieurs à 4 845 000 €

Le rehaussement du seuil des procédures formalisées pour les marchés de travaux a pour but d'étendre considérablement l'utilisation de la négociation dans le cadre des MAPA, puisque ces derniers sont désormais possibles non plus jusqu'à 206 000 €, mais jusqu'à 4 845 000 € (A). Ce relèvement du plafond des MAPA de travaux conforte d'ailleurs la double ambition de la relance de l'économie : « les grands travaux », et que ceux-ci doivent être passés selon une procédure permettant la négociation.

Cette mesure emporte également des conséquences au sein des autres procédures (B).

A/ Une utilisation étendue de la négociation au sein des MAPA

Le décret du 19 décembre 2008, n°2008-1355 cette fois, pose également une réforme d'ampleur dès son article 1^{er} : la modification du seuil pour les procédures d'appel d'offres des marchés de travaux, relevé de 206 000 € à la hauteur du seuil européen qui est de 5 150 000 €. Ce seuil a toutefois été modifié, au rythme biennal habituel. Ainsi, depuis le 1^{er} janvier 2010 ce seuil a été abaissé à 4 845 000 €.

Le nouvel article 26 II 5° du CMP prévoit désormais que l'ensemble des marchés de travaux estimés jusqu'à 4 845 000 € peuvent être passés selon la procédure des MAPA.

Un plafond d'une telle hauteur ouvre d'innombrables marges de manœuvre au profit de l'acheteur public. Le MAPA lui permet en effet d'adapter la procédure. Car à la différence des procédures formalisées, il ne contient pas d'ensemble de règles écrites à suivre, puisque l'acheteur public détermine lui-même les modalités de publicité et de mise en concurrence, qu'il peut teinter de négociation à souhait. La seule limite apportée à cette liberté de négociation offerte dans le cadre des MAPA réside dans le respect des principes fondamentaux. Le juge administratif s'attache régulièrement à les concilier¹⁷⁷.

Dans les articles suivants, le décret rend compte des nombreuses conséquences de cette modification pour la cohérence de la réglementation.

B/ Une utilisation étendue de la négociation au sein des autres procédures

¹⁷⁷ Voir *infra* (Titre II, Chapitre 1, Section 2).

L'article 27 du CMP qui concerne la méthode de calcul de la valeur estimée de marchés publics s'harmonise, et se voit dépoussiéré de mentions surabondantes¹⁷⁸.

Pour intégrer le nouveau seuil, les articles relatifs aux marchés négociés subissent le même type de modification¹⁷⁹. Par conséquent, la procédure formalisée prévue pour les marchés négociés n'est plus obligatoire, ce qui laisse un vaste champ à la liberté de la négociation telle qu'elle peut être mise en œuvre dans le cadre des MAPA. Toutefois, et le doute est à présent levé¹⁸⁰, la procédure prévue pour les marchés négociés pourra trouver à s'appliquer si l'acheteur public y fait explicitement référence, et donc même si l'alinéa de l'article 35 a été abrogé, comme cela sera explicité plus avant¹⁸¹.

De même, les dispositions relatives aux procédures négociées, aux articles 65 et 79 suivent ces modifications.

Pour ce qui est du dialogue compétitif, le rehaussement du seuil emporte comme conséquence l'abrogation du cinquième alinéa de l'article 36, qui prévoyait que « les conditions de recours à la procédure de dialogue compétitif [c'est-à-dire la complexité] ne sont pas exigées pour les marchés de travaux dont le montant est compris entre 206 000 € et 5 150 000 € (seuil en vigueur à l'époque) ». Une lecture trop rapide laisserait penser que ces conditions sont désormais exigées, ce qui reviendrait à réduire le champ du dialogue compétitif. Or ce raisonnement est totalement erroné pour deux raisons. D'une part, le plan de relance vise précisément à assouplir les procédures. D'autre part, l'article du décret procédant à cette abrogation figure dans le chapitre relatif au nouveau seuil des marchés de travaux. Par conséquent, il faut comprendre cette abrogation comme la simple suite de l'harmonisation des dispositions avec le nouveau plafond des MAPA, fixé à 5 150 000 €, aujourd'hui 4 845 000 €.

Enfin, les articles 144 et 172 du CMP prennent en compte la modification de l'article 26 et alignent le plafond applicable aux entités adjudicatrices pour les marchés de travaux.

Nous ne pouvons toutefois pas nous arrêter aux incitations les plus flagrantes. En effet, les incitations à la négociation existent de façon plus dispersée, donc plus subtile, dans l'ensemble des règles de la commande publique.

Chapitre 2 : Les incitations dissimulées dans l'existence diffuse de la négociation

¹⁷⁸ Citons par exemple l'autorisation de recourir à une procédure adaptée pour les lots inférieurs à 80 000 € d'un marché de travaux dont le montant est inférieur à 5 150 000 € (4 845 000 € étant le seuil en vigueur en 2010). Cette mention n'a plus lieu d'être étant donné que le seuil des marchés de travaux a été relevé à 5 150 000 € (4 845 000 €) dans l'article 26.

¹⁷⁹ Par exemple, l'article 35 I 5° du CMP est abrogé car il concernait les « marchés de travaux et accords-cadres de travaux dont le montant est compris entre 206 000 € et 5 150 000 € ».

¹⁸⁰ Réponse apportée par le ministère de l'Économie, de l'Industrie, et de l'Emploi, publiée dans le JO Sénat du 08/10/2009 - page 2367.

¹⁸¹ Voir *infra* (Chapitre 2, Section 1, §1).

Il est de tradition administrative de pointer du doigt la négociation et de préférer les procédures formalisées telles que l'appel d'offres, plus sécurisantes. Bien que la négociation ne soit pas interdite, son utilisation est limitée à certaines hypothèses, et reste un procédé compris par beaucoup comme dérogatoire. La seule procédure qui renvoie directement et expressément à la négociation est celle du marché négocié de l'article 35 du CMP.

Pourtant, à la lecture des caractéristiques des contrats qui composent la commande publique, nous nous rendons compte que la négociation existe, sous des aspects parfois divers, et au sein de nombreuses formes contractuelles. Les auteurs Guillou et Glatt dans leur article¹⁸² appuient tout à fait notre pensée : « loin de se limiter aux hypothèses énumérées à l'article 35 du CMP, la négociation renvoie tant à la discussion sur la définition du besoin de la personne publique qu'à la négociation *stricto sensu*¹⁸³, sur le contenu des offres [...]. La négociation *lato sensu*¹⁸⁴ trouve une large place dans les contrats publics ». C'est ce que nous aborderons.

La négociation est donc prévue et organisée dans les contrats publics. Ces formes contractuelles seront présentées, dans un souci de clarté, selon que leur qualification de négociation est sujette ou non à discussion. Nous séparerons pour ce faire les procédures précontractuelles clairement qualifiées de négociation (Section 1) de celles simplement qualifiables de négociation (Section 2).

Section 1 : Les procédures précontractuelles clairement qualifiées de négociation

Quatre grandes formes contractuelles ont été repérées comme utilisant clairement la négociation dans leur procédure : les MAPA (§1), les marchés négociés (§2), les marchés passés par les entités adjudicatrices (§3), et enfin les DSP (§4).

Les marchés estimés à moins de 4 000 € peuvent être passés sans formalités préalables, ce qui offre une grande liberté à l'acheteur public. Nous choisissons délibérément d'écarter cette procédure, ou du moins cette absence de procédure¹⁸⁵, car nous considérons que la négociation qui y est pratiquée ne se dépeint pas par la même envergure que celle que nous rencontrons dans les procédures que nous développerons plus avant.

§ 1/ Les MAPA

La formule contractuelle ouvrant la plus grande liberté aux acheteurs publics est celle du MAPA. Certes, elle ne constitue pas une stricte hypothèse de négociation, mais elle est perçue

¹⁸² Guillou Y.-R., Glatt J.-M., Négociation, discussion, échange : des leviers pour l'efficiencia de la commande publique, Contrats Publics n° 84 du 1er janvier 2009.

¹⁸³ Locution latine signifiant « au sens étroit ».

¹⁸⁴ Locution latine signifiant « au sens large ».

¹⁸⁵ Voir *supra* (Chapitre 1, Section 2, §1).

par tous comme étant la plus souple. Comme son nom l'indique, elle leur permet de choisir, d'adapter eux-mêmes la procédure, en fonction de plusieurs critères, comme cela est précisé par l'article 28 du CMP¹⁸⁶. La liberté est certes clairement cadrée, notamment par les principes fondamentaux de la commande publique qui s'appliquent quoi qu'il en soit¹⁸⁷, mais elle existe. L'adaptation peut tout à fait prévoir que la procédure se déroulera par la négociation, d'autant plus que le plan de relance y incite¹⁸⁸.

L'utilisation du MAPA étant possible dans plusieurs cas : selon un critère financier (A), et un critère matériel (B), il convient d'en préciser l'amplitude (C).

A/ Le critère financier

Pour user de la procédure du MAPA, le critère financier peut agir sur le montant total du marché (1) ou sur le montant des lots de marchés passés selon une procédure formalisée (2).

1) Le critère financier appliqué au montant total du marché

Le critère financier est donné par l'article 26 II du CMP. La procédure adaptée est autorisée dès lors que le montant estimé du marché est inférieur aux seuils suivants¹⁸⁹ :

« 1° 123 000 € pour les fournitures et les services de l'Etat

2° 193 000 € pour les fournitures et les services des collectivités territoriales

3° 193 000 € pour les fournitures acquises par des pouvoirs adjudicateurs opérant dans le domaine de la défense autres que celles figurant dans la liste établie par arrêté conjoint du ministre chargé de l'Économie et du ministre chargé de la Défense

4° 193 000 € pour les marchés de services de recherche et développement pour lesquels le pouvoir adjudicateur acquiert la propriété exclusive des résultats et qu'il finance entièrement

5° 4 845 000 € pour les travaux ».

Les MAPA peuvent également être passés pour les seuls lots.

2) Le critère financier appliqué aux lots de marchés passés selon une procédure formalisée

L'article 26 III 2° permet encore les MAPA « pour certains lots, dans les conditions prévues par le III de l'article 27 ».

¹⁸⁶ Pour rappel : « 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 ».

¹⁸⁷ Avis CE 29 juillet 2002 Société MAJ Blanchisseries de Pantin : « application des principes dès le premier euro ».

¹⁸⁸ Voir *supra* (Chapitre 1, Section 1, §1).

¹⁸⁹ Seuils en vigueur au 1er janvier 2010.

Il y est défini que dans le cas d'achats par lots séparés, c'est la valeur cumulée des lots qui doit être prise en compte pour déterminer quelle est la procédure à suivre à l'aide de l'article 26 du CMP. S'il s'avère que c'est une procédure formalisée qui doit s'appliquer, la procédure adaptée pourra tout de même être utilisée dans trois cas :

1° pour les lots inférieurs à 80 000 € dans le cas de marchés de fourniture et de services

2° pour les lots inférieurs à 1 000 000 € dans le cas de marchés de travaux, mais à la condition que le montant cumulé de ces lots n'excède pas 20% du montant total. Cette dérogation est restrictive car dans le cas où seraient fixés un minimum et un maximum, les 20% doivent être comptés sur le montant minimum du marché.

3° pour les lots déclarés infructueux ou sans suite et les lots dont l'exécution est inachevée après résiliation du marché initial. Mais cette situation doit tout de même respecter les conditions posées aux alinéas précédents pour ouvrir aux MAPA.

Il faut admettre que recourir aux MAPA dans ce cadre n'est pas chose aisée. Toutefois cela rend compte des possibilités offertes aux acheteurs publics de procéder par la négociation.

Enfin, une autre façon d'utiliser les MAPA est prévue par le CMP. Il faut cette fois quitter le montant du contrat pour se situer du côté de son objet.

B/ Le critère matériel

L'article 26 III 1° ouvre la voie aux MAPA « en application de l'article 30 ».

L'article 30 I donne une définition négative du champ des MAPA selon leur objet, mais indifférente, cette fois, au montant. Peuvent être passées par le biais de la procédure adaptée toutes les prestations autres que les :

« 1° Services d'entretien et de réparation ; 2° Services de transports terrestres, y compris les services de véhicules blindés et les services de courrier, à l'exclusion des services de transports ferroviaires ; 3° Services de transports aériens de voyageurs et de marchandises ; 4° Services de transports de courrier par transport terrestre et par air ; 5° Services de communications électroniques ; 6° Services financiers : services d'assurances, services bancaires et d'investissement, sous réserve des dispositions des 3° et 5° de l'article 3 ; 7° Services informatiques et services connexes ; 8° Services de recherche-développement, sous réserve des dispositions du 6° de l'article 3 ; 9° Services comptables, d'audit et de tenue de livres ; 10° Services d'études de marché et de sondages ; 11° Services de conseil en gestion et services connexes ; 12° Services d'architecture ; services d'ingénierie et services intégrés d'ingénierie ; services d'aménagement urbain et d'architecture paysagère ; services connexes de consultations scientifiques et techniques ; services d'essais et d'analyses techniques ; 13° Services de publicité ; 14° Services de nettoyage de bâtiments et services de gestion de propriétés ; 15° Services de publication et d'impression ; 16° Services de voirie et d'enlèvement des ordures, services d'assainissement et services analogues. ».

A première vue, une telle définition négative offre de larges perspectives aux pouvoirs adjudicateurs, d'autant plus qu'aucune condition de montant n'est exigée dans ce cas. Toutefois, force est de constater que les services exclus font partie des plus fréquemment rendus. Il semble donc que peu de MAPA pourraient être passés grâce au critère matériel. Sont donc visés ici les contrats spécifiques.

Il convient à présent d'aborder l'amplitude de négociation dont bénéficie le MAPA.

C/ L'amplitude de la négociation

Si l'une de ces situations se trouve avérée, il est loisible à l'acheteur public d'utiliser un MAPA. Dans ce cas, il définira lui-même la procédure qui convient le mieux à sa situation, et s'il choisit de faire expressément référence à une procédure formalisée, il sera tenu d'en suivre toutes les exigences.

Sinon, il pourra mettre en œuvre une procédure de son choix, notamment la négociation, plus libre. Il demeurera toutefois soumis au respect des principes fondamentaux de la commande publique. Or là réside la difficulté : que soustraire aux procédures formalisées qui respectent ces principes, pour parvenir à des procédures simplifiées qui continueraient à les respecter¹⁹⁰ ? Nous nous attachons ici à exposer comment sécuriser la procédure.

La négociation peut se réaliser avec plusieurs fournisseurs, le tout étant, il nous semble, de réaliser des écrits afin de s'assurer du respect des principes de transparence, d'égalité de traitement et de traçabilité des procédures. Car certes, l'acheteur est libre d'adapter sa procédure, mais il doit pouvoir s'en justifier. C'est pour cette raison qu'il paraît tout à fait prudent de conserver les quelques devis qui auraient été demandés avant de choisir le cocontractant : « ce que tout un chacun est incité à faire comme consommateur avec son patrimoine, pourquoi une petite collectivité ne devrait-elle pas le faire avec l'argent public ? »¹⁹¹. Bien qu'aucune obligation de ce type ne soit expressément prévue par le CMP pour les MAPA, les acheteurs publics devront être en mesure de justifier la régularité de leurs choix. Des précautions de traçabilité, adaptées aux caractéristiques de leur procédure, ne peuvent donc que leur être recommandées.

Le responsable du service commande publique du Conseil général de La Réunion nous a d'ailleurs indiqué que la négociation écrite constitue la forme de négociation la plus courante, afin d'éviter le risque pénal¹⁹². Selon lui, la forme de négociation avec rencontre entre l'acheteur public et les candidats ne représenterait que 25% des pratiques de négociation dans l'île. Il est vrai que cette deuxième forme de négociation, mettant directement en contact physique les éventuels cocontractants avec le pouvoir adjudicateur, peut être susceptible de provoquer plus de risques juridiques. C'est pour cette raison que les questions et les réponses échangées doivent être énumérés et retranscrites, au même titre que l'ensemble de la séance de négociation, dans un procès-verbal, afin de sécuriser la procédure et de respecter au mieux les principes de transparence, de traçabilité de la procédure, et d'égalité de traitement des candidats. L'écrit se révèle donc être le plus sécurisant. Pour preuve, il est très fréquent que la finalisation des offres définitives se déroule par écrit afin de parer à tout contentieux.

Une autre procédure contenue dans le CMP prévoit la négociation, mais de façon formalisée : les marchés négociés.

¹⁹⁰ Lajoie C., *Droit des marchés publics*, 3ème édition, Mémento LMD Lextenso, p. 126, citant Cabannes et Neveu, « L'acheteur public face à l'obligation de garantir une « vraie » mise en concurrence », CP-ACCP, n° spécial mars 2004, p. 73.

¹⁹¹ Boulouis N., Conclusions sous l'arrêt CE 10 février 2010 M.P., JCPA 2010, n°7, p. 46.

¹⁹² Nous analyserons le risque pénal plus avant, voir *infra* (Titre 2, Chapitre 1, Section 1, §4).

§ 2/ Les marchés négociés

La procédure du marché négocié organise la négociation. Il s'agit donc d'une procédure formalisée qui, contrairement à l'appel d'offres, est strictement¹⁹³ circonscrite aux cas limitativement énumérés par le code¹⁹⁴, car elle permet de moins préciser les conditions du marché dans le cahier des charges, puisque celles-ci sont vouées à être « discutées et remodelées »¹⁹⁵. En effet, jusqu'en 1976, ces marchés étaient d'ailleurs appelés « de gré à gré ». Il s'agit d'un cas intéressant puisque c'est le code lui-même qui encadre toute la procédure.

Le doyen Charles Debbasch en donnait une définition éloquente dans son ouvrage de 1978¹⁹⁶ : « l'autorité compétente de la collectivité ou de l'établissement public engage, sans formalité, les discussions qui lui paraissent utiles et attribue ensuite, librement, le marché au candidat qu'elle a retenu ». L'article 34 du CMP se contente de la définir comme étant « la procédure dans laquelle le pouvoir adjudicateur négocie les conditions du marché avec un ou plusieurs opérateurs économiques ». Deux catégories de marchés négociés sont à distinguer : ceux passés après publicité et mise en concurrence préalables, exposés à l'article 35 I du CMP (A), et ceux qui en sont dispensés, à l'article 35 II (B). C'est après cette analyse que l'amplitude de la négociation pourra être étudiée (C).

A/ Les marchés négociés après publicité et mise en concurrence

L'alinéa 1^{er} de l'article 35 I du CMP ouvre la possibilité de procéder à un marché négocié après publicité et mise en concurrence suite à un appel d'offres ou un dialogue compétitif pour lesquels seules des offres irrégulières ou inacceptables ont été déposées, et qui ne peuvent être retenues. Les premières sont des offres incomplètes ou qui ne répondent pas aux exigences publiées. Les secondes sont des offres dont l'exécution méconnaîtrait la législation en vigueur¹⁹⁷ ou pour l'exécution desquelles les crédits budgétaires alloués par l'acheteur seraient insuffisants.

C'est donc le caractère infructueux de la procédure qui autorise la personne publique à recourir à la négociation plutôt qu'à un nouvel appel d'offres ou à un nouveau dialogue compétitif.

Ensuite, les alinéas 2 ; 3 ; et 4 de l'article 35 I du CMP prévoient respectivement le cas des « marchés de services [...] lorsque la prestation de services à réaliser est d'une nature telle que les spécifications du marché ne peuvent être établies préalablement avec une précision suffisante pour permettre le recours à l'appel d'offres » ; puis des « marchés de travaux qui sont conclus uniquement à des fins de recherche, d'essai, d'expérimentation ou de mise au point sans finalité commerciale immédiate » ; et enfin « dans des cas exceptionnels, lorsqu'il s'agit de

¹⁹³ Arrêt CJUE 14 septembre 2004, Commission c/ Italie, aff n° C 385/02.

¹⁹⁴ Le marché conclu sous procédure négociée sans en remplir les conditions est nul (Arrêt CE 28 juillet 2000 M. Jacquier).

¹⁹⁵ Morand-Deville J., *Cours de droit administratif*, 11ème édition, Montchrestien, p. 481.

¹⁹⁶ Debbasch C., *Institutions et droit administratifs, Tome 2 L'action et le contrôle de l'administration*, Thémis Droit, PUF, p. 178.

¹⁹⁷ La circulaire précitée du 29 décembre 2009 présente à ce titre les règles relatives à la sous-traitance, à la fiscalité, à la protection de l'environnement, aux dispositions de protection et aux conditions de travail, ou au déroulement de la procédure de passation. Par exemple, la loi n° 2005-102 du 11 février 2005 pour l'égalité des droits et des chances, la participation et la citoyenneté des personnes handicapées et son décret d'application n° 2006-555 du 17 mai 2006 relatif à l'accessibilité des établissements recevant du public, des installations ouvertes au public et des bâtiments d'habitation et modifiant le code de la construction et de l'habitation imposent, notamment, que les bâtiments d'habitation collectifs et leurs abords soient construits et aménagés de façon à être accessibles aux personnes handicapées.

travaux, de fournitures ou de services dont la nature ou les aléas qui peuvent affecter leur réalisation ne permettent pas une fixation préalable et globale des prix ».

En tout état de cause, il faut garder à l'esprit que les conditions initiales du marché ne doivent jamais être substantiellement modifiées durant la négociation, à défaut de quoi la procédure serait irrégulière pour méconnaissance des obligations de mise en concurrence. Peuvent être considérées comme substantielles les modifications affectant le fractionnement en tranches, les clauses de variation des prix, les délais d'exécution, les pénalités de retard, les garanties de bonne exécution et, d'une manière générale, toute modification des conditions de mise en concurrence initiale¹⁹⁸. C'est pour cela qu'il s'avère difficile en pratique, d'accorder beaucoup de place à la négociation.

Par conséquent, deux points sont à relever. D'une part, une grande partie de marchés est susceptible d'être passée par la négociation, certes après mise en concurrence et publicité, mais c'est le CMP lui-même qui organise la négociation dans ces cas. D'autre part, l'alinéa 5 de l'article ayant été abrogé en raison du rehaussement du seuil des MAPA, un pan entier des marchés négociés bascule dans le champ des MAPA, procédure bien plus libérale que celle du marché négocié. Le Professeur Stéphane Braconnier s'exprime d'ailleurs ainsi : « la procédure négociée est devenue [...], du fait de l'apparition de la procédure adaptée, une procédure subsidiaire »¹⁹⁹. Quoi qu'il en soit, cela va dans le sens d'un élargissement de la négociation.

En outre, le CMP va plus loin et prévoit lui-même des cas pour lesquels aucune publicité ni mise en concurrence n'est imposée avant de procéder à des marchés négociés.

B/ Les marchés négociés sans publicité et sans mise en concurrence

L'article 35 II du CMP liste dix cas de marchés négociés sans publicité ni mise en concurrence préalables. Il est à noter que dans le code de 2004, ces cas n'étaient qu'au nombre de quatre. Cet élément participe du mouvement d'encouragement des pouvoirs adjudicateurs à utiliser la négociation dans la commande publique, même si officiellement « cette procédure reste dérogatoire, donc largement encadrée »²⁰⁰. Étudions alors ces cas.

L'alinéa 1^{er} évoque les cas d'« urgence impérieuse résultant de circonstances imprévisibles pour le pouvoir adjudicateur et n'étant pas de son fait ». Il faut au surplus que la situation en cause soit incompatible avec les « délais exigés par les procédures d'appel d'offres ou de marchés négociés avec publicité et mise en concurrence préalables ». Une situation d'urgence devient impérieuse lorsque le pouvoir adjudicateur doit faire face à des circonstances imprévisibles d'une particulière gravité, notamment quand est mise en danger la sécurité des personnes. Ces cas, interprétés strictement, peuvent se retrouver en cas d'une catastrophe technologique ou naturelle²⁰¹, ainsi que pour certains périls cités dans le code de la santé publique et le code de la construction. Les parties peuvent confirmer la passation du marché par un simple « échange de lettres », donc en s'exonérant des documents consultatifs imposés par le CMP.

¹⁹⁸ Circulaire du 29 décembre 2009 relative au Guide de bonnes pratiques en matière de marchés publics.

¹⁹⁹ Braconnier S., *Précis de droit des marchés publics*, 2ème édition, Le Moniteur, p. 283.

²⁰⁰ Circulaire du 29 décembre 2009 relative au Guide de bonnes pratiques en matière de marchés publics.

²⁰¹ Nous pouvons citer l'arrêt CAA Marseille 12 mars 2007 Commune de Bollène par exemple, en l'espèce il s'agissait de garantir la sécurité des personnes et des biens à la suite d'un événement climatique imprévu. En revanche, la caractéristique d'urgence impérieuse n'a pas été reconnue pour un marché négocié, passé trois mois après le passage d'un cyclone en janvier 1985 (arrêt CE 26 juillet 1991 Commune de Sainte Marie de La Réunion).

L'alinéa 2 ouvre les marchés négociés sans publicité ni mise en concurrence préalables aux marchés de fournitures spécifiques (et non pas aux marchés de travaux, entrant quant à eux dans le champ de l'article 35 I alinéa 3), « fabriqués uniquement à des fins de recherche, d'essai, d'expérimentation, d'étude ou de développement, sans objectif de rentabilité ou de récupération des coûts de recherche et de développement ».

La troisième hypothèse ressemble à l'alinéa 1^{er} de l'article 35 I du CMP, mais un détail doit être détecté. Il s'agit ici aussi d'appels d'offres infructueux, mais il n'est pas question d'offres irrégulières ou inacceptables, mais d'offres inappropriées. Ces dernières sont des offres sans rapport avec le besoin du pouvoir adjudicateur, et qui peuvent par conséquent être assimilées à une absence d'offres. Ainsi, par comparaison avec l'alinéa 1^{er} de l'article 35 I, il semble plus difficile de qualifier une offre d'inappropriée. Par voie de conséquence, l'article 35 I sera plus facilement applicable que l'article 35 II. Toutefois dans les deux cas, les conditions initiales ne doivent pas être « substantiellement modifiées ».

Les alinéas 4 et 5 permettent à l'acheteur public de négocier sans publicité ni mise en concurrence préalables en matière de marchés complémentaires de fourniture (alinéa 4) mais également de travaux et services (alinéa 5). Il est important de rappeler qu'il s'agit de marchés complémentaires, donc de nouveaux contrats. Ceux-ci doivent être distingués des avenants qui, *in fine*, s'intègrent dans le contrat initial.

Précisons qu'en ce qui concerne l'alinéa 4, il existe des conditions à respecter : il faut que « le changement de prestataire obligerait le pouvoir adjudicateur à acquérir un matériel de technique différente entraînant une incompatibilité avec le matériel déjà acquis ». En outre, tant la durée que le montant des marchés sont limités²⁰².

En ce qui concerne l'alinéa 5, les marchés complémentaires pouvant être passés par négociation sans publicité ni mise en concurrence préalables sont des marchés de travaux et de services visant des « prestations qui ne figurent pas dans le marché initialement conclu mais qui sont devenues nécessaires, à la suite d'une circonstance imprévue, à l'exécution du service ou à la réalisation de l'ouvrage tel qu'il est décrit dans le marché initial, à condition que l'attribution soit faite à l'opérateur économique qui a exécuté ce service ou réalisé cet ouvrage ». Cela signifie qu'ici aussi, tout comme dans l'alinéa 4, c'est l'attributaire initial qui doit bénéficier du marché complémentaire. Deux conditions alternatives ouvrent ce droit aux parties : « a) Lorsque ces services ou travaux complémentaires ne peuvent être techniquement ou économiquement séparés du marché principal sans inconvénient majeur pour le pouvoir adjudicateur ; b) Lorsque ces services ou travaux, quoiqu'ils soient séparables de l'exécution du marché initial, sont strictement nécessaires à son parfait achèvement ». Enfin, tout comme dans l'alinéa 4, le montant du marché complémentaire est limité : « le montant cumulé de ces marchés complémentaires ne doit pas dépasser 50 % du montant du marché principal. »

Vient ensuite l'alinéa 6. Il s'apparente quelque peu aux alinéas que nous venons d'aborder. Toutefois, il vise uniquement les marchés de services et de travaux. Ces derniers sont passés selon la procédure négociée sans mise en concurrence ni publicité préalables lorsqu'ils concernent des « prestations similaires à celles qui ont été confiées au titulaire d'un marché précédent ». Il faut donc nécessairement qu'à la fois l'attributaire et l'objet du marché soient identiques. Trois conditions cumulatives doivent cependant être réunies pour bénéficier de cette procédure. D'abord, le premier marché doit avoir été passé après mise en concurrence. Ensuite, le marché initial doit indiquer expressément la possibilité ouverte au pouvoir adjudicateur de

²⁰² Article 35 II 4° du CMP : « La durée de ces marchés complémentaires, périodes de reconduction comprises, ne peut dépasser trois ans. Le montant total du marché, livraisons complémentaires comprises, ne peut être égal ou supérieur aux seuils fixés au II de l'article 26, sauf si le marché a été passé initialement par appel d'offres et a fait l'objet d'un avis d'appel public à la concurrence publié au Journal officiel de l'Union européenne ».

recourir à l'article 35 II en cas de « prestations similaires », donc la procédure de mise en concurrence doit avoir tenu compte du montant global des prestations, y compris les prestations similaires. Enfin, les prestations similaires doivent être conclues dans un délai de trois ans à compter de la notification du marché initial ».

La septième hypothèse concerne l'attribution de marchés de services au(x) lauréat(s) de concours. La procédure est organisée par les articles 38 et 70 du CMP. Ces articles, que nous étudierons de façon plus approfondie dans la suite de l'analyse²⁰³, mettent en œuvre une procédure de mise en concurrence des candidats, qui aboutit au choix par le jury, des candidats admis à procéder au dialogue. Suite à ce dialogue, tous les lauréats du concours sont invités à négocier.

Le huitième cas de recours aux marchés négociés sans publicité ni mise en concurrence préalables est un cas classique, « fort ancien »²⁰⁴. Il s'agit de la situation où il n'existe qu'un opérateur économique déterminé pour réaliser la prestation demandée, que ce soit pour des raisons « techniques, artistiques, ou tenant à la protection de droits d'exclusivité ». Pour autant, la prudence reste de mise avant d'affirmer se trouver dans telle situation, d'autant plus que c'est à l'acheteur de le démontrer. En effet, la CJUE a décidé en 2004 que la seule « complexité des travaux ne suffit pas à démontrer qu'ils ne peuvent être exécutés que par un seul opérateur »²⁰⁵. De même, « dans le cas de la réhabilitation d'un bâtiment existant, le droit moral au respect de l'œuvre de l'architecte d'origine ne lui confère pas un droit d'exclusivité pour des travaux de modifications de l'ouvrage »²⁰⁶. En revanche, tel marché a pu être conclu « pour réparer les désordres affectant les bardages extérieurs de deux groupes d'immeubles [avec] l'entreprise qui détenait les brevets de fabrication des dalles défectueuses et [qui] était seule titulaire de brevets relatifs à leur réparation »²⁰⁷.

Pour finir, les deux derniers cas référencés aux alinéas 9 et 10 de l'article font état d'hypothèses où seul un marché négocié sans publicité ni mise en concurrence préalables permet de respecter le principe d'efficacité de la commande publique. Il s'agit respectivement des achats « de matières premières cotées et achetées en Bourse » et des achats « de fournitures à des conditions particulièrement avantageuses », auprès d'un fournisseur en cessation définitive d'activité ou d'un liquidateur d'une faillite par exemple.

Il convient désormais de se demander quelle ampleur peut prendre cette négociation.

C/ L'amplitude de la négociation

C'est à l'article 66 V et VI du CMP que la procédure de négociation dans les marchés négociés est explicitée. La négociation concerne tous les candidats sélectionnés, sachant qu'ils ne peuvent être moins de trois, sauf si le nombre initial de candidats ne le permet pas.

²⁰³ Voir *infra* (Section 2, §2).

²⁰⁴ Commentaire sous l'article 35 du CMP édition Dalloz 2009.

²⁰⁵ Arrêt CJUE 14 septembre 2004 Commission c/Italie, aff n°C-385-02.

²⁰⁶ Arrêt CE 13 juillet 2007 Syndicat d'agglomération nouvelle Ouest Provence c/ Préfet des Bouches du Rhône.

²⁰⁷ Arrêt CAA Douai 31 octobre 2002 SA Quille.

Elle est cependant cadrée par la limite classique de la modification de l'objet et de la modification substantielle des caractéristiques et des conditions d'exécution du marché. La négociation est également cadrée par celle, plus dangereuse, du strict respect des principes d'égalité de traitement des candidats et de transparence des procédures. Cela signifie que le pouvoir adjudicateur n'a pas le droit de transmettre des informations à un seul candidat, car cela l'avantagerait au détriment de ses concurrents. De même, les solutions confidentielles, élaborées par l'un des candidats, ne peuvent être divulguées aux autres qu'après son accord.

Suite aux négociations, les offres sont classées, et le marché est attribué à l'offre économiquement la plus avantageuse.

Une précision a été apportée par le Conseil d'État²⁰⁸ : aucune disposition législative ou réglementaire n'impose à l'acheteur public d'indiquer le délai pendant lequel le candidat est tenu par son offre, mais telle précision est vivement conseillée.

Voici comment la négociation est prévue et encouragée par le CMP en matière de marché négocié par les pouvoirs adjudicateurs. Le CMP organise la négociation pour un autre acteur : les entités adjudicatrices.

§ 3/ Les marchés passés par les entités adjudicatrices

Les entités adjudicatrices soumises au CMP, donc également aux principes fondateurs énoncés à l'article 1^{er}, doivent se référer aux articles 134 et suivants. Il faut savoir que même si certaines dispositions applicables aux pouvoirs adjudicateurs le sont de la même façon aux entités adjudicatrices, comme l'édicte l'article 141²⁰⁹, les procédures de passation constituent la spécificité des secondes. C'est même la raison d'être de la deuxième partie du CMP. L'exemple le plus significatif est celui du deuxième alinéa de l'article 142 : « les articles 26, 28, 30, 35, 36, 39, 40, 57, 62, 66, 67, 74, 76, 77 et 85 ne sont pas applicables ». Il s'agit précisément des articles déroulant les procédures applicables aux pouvoirs adjudicateurs.

Selon l'article 144, les entités adjudicatrices peuvent « recourir librement »²¹⁰ à certaines procédures (A), contrairement aux pouvoirs adjudicateurs. Seule l'utilisation de la procédure négociée sans mise en concurrence et du MAPA (B) sont soumises à conditions. L'amplitude de la négociation sera étudiée par la suite (C).

A/ Les procédures de droit commun pour les entités adjudicatrices

L'article 144 du CMP consacre, pour les entités adjudicatrices, la liberté de recourir à la négociation pour la passation de leurs marchés publics. En effet, elles ont la possibilité de choisir entre les procédures de droit commun suivantes : le marché négocié après publicité et mise en concurrence préalables, l'appel d'offres, le concours, et le système d'acquisition dynamique. Cela signifie qu'à la différence des pouvoirs adjudicateurs, les entités adjudicatrices peuvent recourir

²⁰⁸ Arrêt CE 20 mai 2009 ministre de la Défense.

²⁰⁹ L'article 141 dispose en effet que : « les dispositions du titre II de la première partie s'appliquent aux marchés publics et accords-cadres passés par les entités adjudicatrices définies à l'article 134, sous réserve de la substitution des mots : " entité adjudicatrice " aux mots : " pouvoir adjudicateur " ».

²¹⁰ Circulaire du 29 décembre 2009 relative au Guide de bonnes pratiques en matière de marchés publics.

librement à la procédure négociée avec mise en concurrence sans avoir à s'assurer correspondre à un cas de l'article 35 I. Celle-ci constitue pour elles une procédure de droit commun, indépendamment du montant du marché ou de l'accord-cadre, dès lors qu'il s'agit de répondre à des besoins directement liés à leur activité de réseau. Il faut d'ailleurs noter que la procédure négociée est énoncée en premier, avant même l'appel d'offres. Ceci montre qu'elle constitue la procédure centrale pour les entités adjudicatrices, alors que c'est l'appel d'offres qui détient ce rôle pour les pouvoirs adjudicateurs.

Les procédures formalisées sont de mise à partir de 387 000 € pour les marchés de fournitures et de services, et à partir de 4 845 000 € pour les marchés de travaux. En-dessous de ces plafonds, les entités adjudicatrices ont le droit de conclure des MAPA.

En revanche, il faut noter que puisque les entités adjudicatrices peuvent choisir librement de procéder par marché négocié après publicité et mise en concurrence, la procédure de dialogue compétitif ne leur est pas possible. Toutefois, elles peuvent s'en inspirer pour mener leurs négociations.

Enfin, pour les marchés inférieurs à 4 000 €²¹¹, aucune procédure n'est imposée.

Aux côtés de ces procédures de droit commun entraînant aisément à la négociation, les procédures encadrées le font tout autant, notamment les marchés négociés sans publicité ni mise en concurrence.

B/ Les procédures soumises à conditions

Les procédures soumises à conditions pour les entités adjudicatrices sont le marché négocié sans publicité ni mise en concurrence (1) ainsi que le MAPA (2).

1) Le marché négocié sans publicité ni mise à concurrence

Les cas de recours à cette procédure sont semblables à ceux énoncés à l'article 35 II du CMP pour les pouvoirs adjudicateurs. L'article 144 du CMP énumère ces cas.

Le premier cas transpose le 3° de l'article 35 : l'appel d'offres infructueux.

Le deuxième cas adapte le 2° de l'article 35. Il s'agit des marchés conclus à des fins de recherche, sans objectif de rentabilité. Il ajoute cependant que ce cas ne peut être utilisé qu'à condition de ne pas porter préjudice à « la mise en concurrence des marchés subséquents qui poursuivent un tel objectif ».

Le troisième cas retranscrit le 8° de l'article 35 : les marchés qui ne peuvent être conclus qu'avec un opérateur économique, notamment en raison de la protection de droits d'exclusivité.

Le quatrième cas allège le 1° de l'article 35 de l'urgence impérieuse²¹², car il retire les cas prévus par les dispositions du code de santé publique et du code de la construction et de l'habitation.

²¹¹ Depuis l'arrêt CE 10 février 2010 M.P., le seuil est redescendu de 20 000 à 4 000 €, voir *supra* (Chapitre 1, Section 2, §1, B).

Les cinquième et sixième cas édulcorent respectivement les 4° et 5° de l'article 35 : les marchés complémentaires de fourniture pour le premier, et de services ou de travaux pour le second, mais les entités adjudicatrices ne sont pas soumises aux limites de durée et de montant imposées aux pouvoirs adjudicateurs.

Le septième cas module quant à lui le cas cité à l'article 35 II 6° : les ouvrages similaires à ceux confiés précédemment après mise en concurrence. Deux différences sont toutefois à relever. D'une part, les entités adjudicatrices ne peuvent utiliser cette procédure que pour les marchés de travaux, alors que les pouvoirs adjudicateurs peuvent le faire tant pour les travaux que pour les services. D'autre part, les premières ne sont pas soumises à la limite de durée imposée aux secondes.

Le huitième cas reprend le 9° de l'article 35 : les produits cotés en Bourse.

Le neuvième cas ne fait écho à aucun alinéa de l'article 35 II. Il renvoie aux dispositions de l'article 169 relatives aux accords-cadres. En effet, les marchés passés sur la base de ces derniers « peuvent être conclus selon la procédure négociée sans mise en concurrence préalable »²¹³. Y sont rappelées les règles classiques de la négociation dans la commande publique : « les parties ne peuvent en aucun cas apporter de modifications substantielles aux termes fixés dans cet accord-cadre. »²¹⁴. Ici également, nous retrouvons expressément l'absence de la limite de durée des accords-cadres imposée aux pouvoirs adjudicateurs²¹⁵.

Le dixième cas non plus n'est pas prévu par l'article 35 II. Il permet le marché négocié sans publicité ni mise en concurrence pour l'achat de fournitures à des prix « considérablement plus bas que les prix normalement pratiqués sur le marché », grâce à la survenance d'une occasion limitée dans le temps.

L'onzième cas est proche du précédent mais s'inspire directement du 10° de l'article 35 II : l'achat de fourniture à des conditions avantageuses, notamment auprès des liquidateurs de faillite.

Enfin, le douzième et dernier cas utilise le 7° de l'article 35 II à l'identique, c'est-à-dire le cas des lauréats des concours, invités à négocier.

En définitive, nous voyons que les entités adjudicatrices disposent de plus de cas d'ouverture à la procédure négociée, et ceux partagés avec les pouvoirs adjudicateurs sont souvent moins restrictifs.

De plus, tout comme les acheteurs publics, les entités adjudicatrices disposent de la possibilité de recourir aux MAPA.

2) Les MAPA

²¹² Selon l'arrêt CJUE 2 juin 2005, Commission c/Grèce aff. C-394/02 : « L'urgence impérieuse justifiant le recours à une procédure négociée sans mise en concurrence préalable suppose la réunion de trois conditions : un événement imprévisible, une urgence impérieuse incompatible avec les délais de mise en concurrence, et un lien de causalité entre l'événement et l'urgence ».

²¹³ Article 169 2° du CMP.

²¹⁴ Article 169 3° du CMP.

²¹⁵ Article 169 4° du CMP.

Les entités adjudicatrices ont, au même titre que lorsqu'elles n'effectuent pas une mission de réseau, la possibilité de recourir aux MAPA. Trois situations sont prévues.

La première suit un critère financier, mais si le seuil pour les marchés de travaux est identique à celui existant pour les pouvoirs adjudicateurs, c'est-à-dire 4 845 000 €, le seuil pour les marchés de service et de fourniture est quant à lui plus élevé²¹⁶ : 387 000 €.

La deuxième suit les dispositions de l'article 27 III du CMP²¹⁷.

La troisième est prévue à l'article 148 du CMP, mais seules des précisions procédurales n'intéressant pas la négociation ont été apportées.

L'article 146, article unique de la section III intitulée « procédure adaptée », se contente de reproduire les dispositions applicables aux pouvoirs adjudicateurs²¹⁸.

Il convient à présent de rechercher de quelle amplitude les entités adjudicatrices bénéficient lorsqu'elles négocient

C/ L'amplitude de la négociation

Pour ce qui est de l'amplitude de la négociation, celle-ci est exposée à l'article 166 du CMP, et elle reprend celle de l'article 66 sur les procédures négociées des pouvoirs adjudicateurs. Seule a été modifiée la tournure d'une phrase sur la transparence et l'égalité de traitement des candidats, mais la signification est la même que pour les pouvoirs adjudicateurs.

Il résulte de cela que le CMP lui-même prévoit de nombreux cas de négociation, dont certains sont moins flous quant à la procédure à suivre. Ces cas se révèlent d'ailleurs plus larges lorsque les pouvoirs adjudicateurs agissent dans des domaines relatifs aux réseaux et se transforment en entités adjudicatrices.

La négociation dans la commande publique ne se retrouve pas qu'au sein du CMP. Le code général des collectivités territoriales (CGCT) y participe également, et ce à travers les DSP.

§ 4/ Les DSP

La DSP constitue un mode d'externalisation de l'activité publique qu'il convient de présenter (A) avant de valablement étudier l'amplitude de la négociation qu'elle permet (B).

A/ Présentation des DSP

²¹⁶ Pour rappel, le seuil des marchés de fournitures et de services s'élève à 123 000 € (pour l'Etat) et 193 000 € (pour les collectivités territoriales).

²¹⁷ Voir *supra* (Section 1, §1, A).

²¹⁸ Voir *supra* (Section 1, §1).

La DSP permet à l'administration d'attribuer à son cocontractant l'exploitation d'un service public. L'activité doit être un service public²¹⁹ délégable²²⁰ que la personne publique a décidé de déléguer. A titre indicatif, il faut savoir que la distinction fondamentale entre la DSP et les marchés publics se situe au niveau du transfert des risques financiers²²¹. Si les risques ont été transférés au cocontractant, il s'agit d'une DSP ; sinon il s'agit d'un marché public. Cette distinction emporte de précieuses conséquences puisque de la nature du contrat va dépendre la procédure de passation applicable.

Une DSP est un « contrat par lequel une personne publique confie la gestion d'un service public dont elle a la responsabilité à un délégataire public ou privé, dont la rémunération est substantiellement liée aux résultats de l'exploitation du service [...]. Les offres [...] présentées sont librement négociées par l'autorité responsable de la personne publique délégante qui, au terme de ces négociations, choisit le délégataire »²²². « Au vu de l'avis de la commission, l'autorité habilitée à signer la convention engage librement toute discussion utile avec une ou des entreprises ayant présenté une offre [...] »²²³.

En outre, l'article L.1411-8 du CGCT prévoit la possibilité du « recours à une procédure de négociation directe avec une entreprise déterminée lorsque, après mise en concurrence, aucune offre n'a été proposée ou n'est acceptée par la collectivité publique ».

Nous pouvons d'ores et déjà noter que le code parle de « négociation » puis de « discussion », et enfin de « négociation directe ». Aucune différence ne semble émerger à ce stade de l'étude, d'autant plus que d'un point de vue étymologique, les termes se recourent sur une idée de conversation vive en vue de s'entendre et faire des affaires.

Penchons-nous dès lors sur l'amplitude de la négociation offerte aux délégants.

B/ L'amplitude de la négociation

L'article L.1411-1 du CGCT pose le principe de libre choix du délégataire de service public, dérivé du caractère *intuitu personae*²²⁴, puisque les offres faites par les candidats admis à présenter une offre « sont librement négociées ». Si la négociation a l'air d'une technique à la marge en matière de marchés publics, elle « constitue la procédure de droit commun en matière

²¹⁹ La qualification de service public n'est pas toujours certaine dans la jurisprudence. Par exemple, le Conseil d'État a dénié le caractère de DSP à un contrat en refusant de caractériser le service public dans l'exploitation d'un restaurant alors qu'il participait pourtant à l'accueil des touristes dans la capitale (arrêt CE 12 mars 1999 Ville de Paris).

²²⁰ La délégation des services publics industriels et commerciaux ne pose aucun problème. La difficulté se rencontre pour la délégation des services publics administratifs. Certains d'entre eux, tels que l'état civil ou la police notamment, ne peuvent être exercés que par la collectivité. Ils ne peuvent donc pas faire l'objet d'une DSP.

²²¹ Arrêt CE 15 avril 1996 Préfet des Bouches-du-Rhône c/ Commune de Lambesc. La rémunération est considérée comme substantiellement liée aux résultats de l'exploitation, lorsque le contrat fait peser sur le cocontractant de la personne publique une part significative du risque d'exploitation. Le critère du risque est un élément intrinsèque du critère financier (arrêt CE, 7 novembre 2008, Département de la Vendée).

²²² Article L.1411-1 du CGCT.

²²³ Article L.1411-5 du CGCT.

²²⁴ Cette expression latine signifie « en considération de la personne ». Elle est employée pour caractériser les opérations, les conventions, dans lesquelles la personnalité de l'une des parties est tenue pour essentielle, en raison de ses aptitudes particulières, de la nature du service attendu d'elle, etc. (Cornu G., Vocabulaire juridique, 8ème édition, PUF, p. 479).

de DSP »²²⁵. Elle est menée par l'autorité délégante, et peut porter sur tous les aspects de la délégation, notamment sur ses éléments qualitatifs, quantitatifs, et financiers. « Consubstantielle à la passation des DSP, la négociation fixe la physionomie finale du service public »²²⁶.

En outre, la négociation tarifaire sert au délégant qui peut moduler les modalités de fonctionnement à sa guise, mais également au délégataire éventuel qui peut s'assurer de façon optimale une rémunération qui doit être « substantiellement liée aux résultats ». Elle présente le second avantage d'être relativement objective donc facilement respectueuse des principes de la commande publique.

La place de la négociation au sein de la passation des DSP est donc prépondérante, à tel point que le délai de deux mois entre la saisine de la commission et la réunion de l'assemblée délibérante désignant le contrat et le délégataire constitue une formalité substantielle, dont le non-respect entraîne l'irrégularité de la procédure²²⁷. C'est dire si la négociation est essentielle à la procédure des DSP.

Pourtant, certains ne la considèrent autorisée qu'à titre « dérogatoire et exceptionnel »²²⁸. L'intention du législateur de 1993 et 2001²²⁹ a été d'encadrer ce libre choix sans toutefois le remettre en cause. Cela était nécessaire car les DSP appartiennent à la catégorie de la commande publique. Par voie de conséquence, il faut leur appliquer les principes fondamentaux énoncés à l'article 1 II du CMP. Cela a d'ailleurs été récemment affirmé par le Conseil d'État par une formule sans équivoque : « les délégations de service public sont soumises aux principes de liberté d'accès à la commande publique, d'égalité de traitement des candidats et de transparence des procédures, qui sont des principes généraux du droit de la commande publique »²³⁰.

Il existe un principe général de libre accès des entreprises²³¹, et désormais le contrôle juridictionnel s'étend de la négociation jusqu'au choix du délégant²³². L'étude du contrôle sera approfondie plus loin dans l'étude²³³.

²²⁵ Guillou Y.-R., Glatt J.-M., « Négociation, discussion, échange : des leviers pour l'efficacité de la commande publique », Contrats Publics n° 84 du 1er janvier 2009, contenu en ligne.

²²⁶ Braconnier S., ordonnance TA Pau 17 octobre 2005 Société AGUR, « Étendue de la négociation dans la procédure de délégation de service public », AJDA 2006 p. 554.

²²⁷ Jugement TA Lyon 4 novembre 1998 Préfet de l'Ardèche c/ Commune de Vernoux-en-Vivaraux.

En outre, dans son avis Préfet des Alpes-Maritimes du 15 décembre 2006, le Conseil d'État fixe le point de départ de ce délai de négociation à la date limite de réception des offres. Cela signifie que la date limite de réception des offres constitue la saisine de la commission, et fait partir le délai de deux mois de négociation, ce qui permet de « garantir l'efficacité de la négociation engagée avec les opérateurs économiques retenus après l'avis de la commission ». Le Conseil d'État se soucie de la portée de la négociation, et met des moyens en œuvre pour faciliter son utilisation, confirmant ainsi la « volonté actuelle de libéraliser le droit de la commande publique ». Il est à noter que l'efficacité recherchée ici ressemble à celle présente dans les MAPA où l'acheteur public peut organiser la procédure comme il l'entend, dans la limite traditionnelle du respect des grands principes.

²²⁸ Guillou Y.-R., Glatt J.-M., « Négociation, discussion, échange : des leviers pour l'efficacité de la commande publique », Contrats Publics n° 84 du 1er janvier 2009, contenu en ligne.

²²⁹ Il s'agit de la loi SAPIN n°93-122 du 29 janvier 1993 relative à la prévention de la corruption et à la transparence de la vie économique et des procédures publiques et de la loi MURCEF n°2001-1168 du 11 décembre 2001 portant mesures urgentes de réformes à caractère économique et financier.

²³⁰ Arrêt CE 23 décembre 2009 Établissement public du musée et du domaine national de Versailles.

²³¹ Jugement TA Versailles 2 novembre 1994 Groupement des sociétés Eiffage.

²³² Jugement TA Paris 2 juillet 1996 Sarfati et autres.

²³³ Voir *infra* (Titre 2, Chapitre 1, Section 2, §3 et 4).

La négociation se retrouve clairement au sein des contrats que nous venons d'aborder. Il convient à présent de rechercher si d'autres contrats ne dissimuleraient pas une part de négociation dans leur procédure.

Section 2 : Les procédures précontractuelles qualifiables de négociation

Quatre autres grandes formes contractuelles présentent des caractéristiques semblables à de la négociation, sans qu'il ne soit expressément dit qu'il s'agisse véritablement de négociation. Lui sont préférés les termes de « discussion » ou de « dialogue ». La circulaire du 29 décembre 2009 propose elle aussi les deux termes de « dialogue » et de « négociation », dans le but « d'obtenir un meilleur achat dans respect des règles de transparence »²³⁴.

Dans leur sens courant, ces trois termes ne sont séparés que d'une frontière ténue. Nous verrons qu'en droit également, ils pourraient presque être synonymes. Nous utiliserons parfois le terme d'« échange » pour regrouper les procédures proches de la négociation. La définition de la négociation choisie par les auteurs Guillou et Glatt : « l'échange entre acheteurs publics et opérateurs économiques », nous servira de base dans notre démonstration. Pour établir la présence de la négociation, ou du moins de l'échange, dans les contrats publics, nous nous pencherons successivement sur le dialogue compétitif (§1), la conception-réalisation et le concours (§2), les accords-cadres (§3), et enfin les BEA (§4).

§ 1/ Le dialogue compétitif

Nombreux sont ceux qui considèrent la procédure de dialogue compétitif comme ne faisant pas partie de la même famille que la négociation. Nous n'en ferons pas partie : après description du dialogue compétitif (A), nous nous consacrerons à prouver le rattachement du dialogue compétitif à la négociation (B).

A/ Description du contrat

Le dialogue compétitif est défini à l'article 36 du CMP comme étant « une procédure dans laquelle le pouvoir adjudicateur conduit un dialogue avec les candidats admis à y participer en vue de définir ou de développer une ou plusieurs solutions de nature à répondre à ses besoins et sur la base de laquelle ou desquelles les participants au dialogue seront invités à remettre une offre. Le recours à la procédure de dialogue compétitif est possible lorsqu'un marché public est considéré comme complexe, c'est-à-dire lorsque l'une au moins des conditions suivantes est remplie :

1° le pouvoir adjudicateur n'est objectivement pas en mesure de définir seul et à l'avance les moyens techniques pouvant répondre à ses besoins ;

2° le pouvoir adjudicateur n'est objectivement pas en mesure d'établir le montage juridique ou financier d'un projet. ».

²³⁴ Circulaire du 29 décembre 2009 relative au Guide de bonnes pratiques en matière de marchés publics.

Le pouvoir adjudicateur ne peut donc recourir à cette procédure que pour un marché complexe. Il s'agira de la situation où, connaissant ses objectifs, il n'est cependant pas en mesure, soit de définir les moyens techniques pouvant répondre aux besoins dont il a la charge ou à l'objectif poursuivi par le marché, soit d'établir le montage juridique ou financier du projet. Cette procédure est utilisée essentiellement dans des domaines techniques, esthétiques ou financiers.

Chaque candidat propose sa solution pour atteindre les objectifs définis par la collectivité. Elle se caractérise donc par une association des candidats à l'élaboration du cahier des charges. Le dialogue est ouvert aux entreprises qui ont été préalablement sélectionnées. Le dialogue n'est enserré dans aucune limite ni délai, et le pouvoir adjudicateur peut discuter avec les candidats retenus de « tous les aspects du marché »²³⁵. Lorsqu'il estime que la discussion est arrivée à son terme, il invite les candidats qui ont participé à toutes les phases à remettre l'offre finale à laquelle la discussion a permis d'aboutir dans un délai d'au moins quinze jours. Ces offres doivent être finales, c'est-à-dire qu'elles doivent comprendre tous les éléments nécessaires à la réalisation du marché. Le respect de la confidentialité des réponses des candidats est renforcé par le fait que chacun est jugé sur sa propre offre finale, et non plus par référence à un cahier des charges rédigé par le pouvoir adjudicateur seul.

Le dialogue compétitif peut-il être assimilé à une procédure de négociation ? Nous le pensons et nous allons le démontrer.

B/ Rattachement à la négociation

Pour rattacher la procédure du dialogue compétitif à la négociation, il nous faut présenter la première (1) puis rapprocher la seconde aux termes « dialogue » et « discussion »(2).

1) Présentation de la procédure du dialogue compétitif

Il est vrai que cette procédure est décrite, à l'article 26 du CMP, comme une procédure formalisée. Donc *a priori*, cela pourrait laisser penser que nulle place n'est laissée à la liberté de la négociation. *Cet a priori* est très vite tenu en échec par la procédure du marché négocié, qui est elle aussi présentée comme une procédure formalisée sans que cela n'empêche la négociation. D'ailleurs, le dialogue compétitif est la seule procédure, avec le marché négocié, qui inclut dans son intitulé la notion d'échange.

L'article 67 en fixe la procédure. Le dialogue a pour objet l'identification et la définition des moyens propres à satisfaire au mieux les besoins. Tous les aspects du marché peuvent être discutés avec les candidats sélectionnés. L'acheteur public peut décider de réduire le nombre de solutions à discuter en fonction des critères de sélection préalablement communiqués aux candidats.

Le dialogue se poursuit jusqu'à ce que soient identifiées, éventuellement après les avoir comparées, les solutions qui sont susceptibles de répondre aux besoins.

Au cours du dialogue, chaque candidat est entendu dans le respect du principe d'égalité. Le pouvoir adjudicateur ne peut donner à certains candidats des informations susceptibles de les

²³⁵ Article 67 du CMP.

avantager par rapport à d'autres. Il ne peut révéler aux autres candidats des solutions proposées ou des informations confidentielles communiquées par un candidat dans le cadre de la discussion, sans l'accord de celui-ci²³⁶.

La procédure ne contient pas en soi d'éléments particulièrement extraordinaires, si ce n'est que l'on parle de dialogue ainsi que de discussion, et non de négociation. Dès lors, il convient de se demander si la procédure de dialogue compétitif a sa place dans cette étude.

2) Rapprochement des termes « dialogue », « discussion », et « négociation »

Certains arguent qu'en droit les termes ont un sens précis, et que s'il a été choisi de parler de « dialogue » et non pas de « négociation », cela signifie que les deux termes ne recouvrent pas les mêmes choses.

Il est clair que ces deux termes ne recouvrent pas les mêmes choses. Mais l'un ne serait-il pas le jumeau de l'autre appliqué à un autre moment ?

C'est ce que nous pensons et plusieurs auteurs viennent le confirmer. Il faut pour cela revenir à la définition de la négociation : série d'entretiens, échanges d'opinions qu'on entreprend pour parvenir à un accord.

Dans le cadre du dialogue compétitif, le pouvoir adjudicateur rencontre des difficultés dès la première phase, celle de la définition de ses besoins. C'est là qu'interviennent les différents opérateurs afin d'aider l'acheteur public. Et cette aide passe par un dialogue.

Mais il faut préciser que la négociation *lato sensu*, c'est-à-dire l'échange, ou plus précisément le dialogue, dont il est question dans le dialogue compétitif, ne se situe pas au même moment ni sur le même objet que la négociation dont il est question dans un marché négocié de l'article 35 du CMP. Le dialogue compétitif a lieu au tout début de la procédure de passation puisqu'elle porte sur la définition du projet. Le pouvoir adjudicateur engage un dialogue en amont, dans le but de déterminer, avec les entreprises intéressées, les moyens techniques ou la solution juridico-financière les plus adaptés. En conséquence, cela signifie que le processus de négociation, ou d'échange, peut être à géométrie variable.

On parle de « discussion » lorsque l'on négocie, que l'on échange, en amont. Pour certains, le dialogue compétitif est surtout une procédure de discussion (ou de dialogue, les deux termes semblent synonymes) qui a pour objet de permettre aux différents candidats de préciser et décliner le contenu du cahier des charges que l'acheteur a défini uniquement en termes d'objectifs ; une fois l'acheteur satisfait du contenu apporté par les différents candidats, il met fin au dialogue²³⁷. Certains praticiens²³⁸ considèrent que le dialogue compétitif constitue une forme de négociation très poussée car à partir d'un besoin simplement exprimé, l'on aboutit à un cahier des charges traduisant le besoin.

En revanche, on parle de « négociation » *stricto sensu* lorsque l'on négocie sur le contenu des réponses et non sur le projet de contrat lui-même. La nature et l'étendue de la négociation dépendent ainsi de la nature de la prestation attendue par le pouvoir adjudicateur.

²³⁶ Article 67 VI du CMP.

²³⁷ <http://www.achat-public-performant.fr/2009/01/les-conditions-de-la-negociation>

²³⁸ Le responsable du service commande publique du Conseil général de La Réunion en fait partie.

Le dialogue compétitif constitue donc une procédure laissant une très grande marge de manœuvre aux participants, bien plus que dans la négociation traditionnelle. Puisqu'aujourd'hui les pouvoirs adjudicateurs sont autorisés à confier, par des contrats complexes voire globaux, à une personne publique ou privée, tant la conception que la construction voire l'entretien d'immeubles, ce n'est pas la négociation *stricto sensu* traditionnelle, mais plutôt la négociation *lato sensu*, qui trouve à se développer. Pour exemple, lorsqu'un partenariat public-privé est motivé par la complexité, c'est la procédure du dialogue compétitif qui s'applique.

Il faut considérer que la négociation peut être entendue sous deux acceptions : *lato sensu*, elle peut s'appliquer en amont sur le projet de contrat (généralement appelée discussion ou dialogue dans ce cas), jusqu'à la détermination du prix ; *stricto sensu* elle ne vise que la phase finale, c'est-à-dire essentiellement le prix.

Parler de dialogue et non de négociation ne viserait donc qu'à édulcorer les craintes : on ne parle plus de la confrontation d'exigences réciproques, mais plutôt d'un échange afin d'aboutir à une situation optimale entre l'acheteur public et le cocontractant. C'est pour cela que les auteurs Guillou et Glatt écrivent : « laissant à la négociation sa connotation négative, la « discussion » est venue s'insérer dans la commande publique ».

Par conséquent, nous nous rendons compte que la distinction faite entre « discussion », « dialogue », et « négociation » ne correspond pas à une différence fondamentale de procédé, mais plutôt à une différence de moment et d'objet de l'échange. Leur but est commun : parvenir à la meilleure adéquation possible entre l'offre et le besoin de l'acheteur public.

Pour résumer, la négociation peut être entendue *lato sensu* ou *stricto sensu*. La négociation *lato sensu* qualifie la catégorie regroupant tous les mécanismes d'échange précontractuel. Elle peut donc être vue comme le synonyme du large terme « échange ». La négociation *stricto sensu* vise uniquement le prix, ou du moins les prestations concrètes à offrir. La discussion vise quant à elle les échanges contradictoires menés en amont. Enfin le dialogue peut être considéré comme un synonyme de la discussion, mais il ne comporte pas en son sein le caractère vif des échanges.

Cette similitude étant désormais justifiée, nous pouvons l'appliquer à la conception-réalisation et au concours.

§ 2/ La conception-réalisation et le concours

Décrits respectivement aux articles 37 et 38 du CMP (A), ces deux types de contrats présentent des points de rattachement avec la négociation (B).

A/ Description des contrats

Le concours (2) sera abordé après la conception-réalisation (1).

1) La conception-réalisation

La conception-réalisation est définie comme étant : « un marché de travaux qui permet au pouvoir adjudicateur de confier à un groupement d'opérateurs économiques ou, pour les seuls ouvrages d'infrastructure, à un seul opérateur économique, une mission portant à la fois sur l'établissement des études et l'exécution des travaux ». Or confier ces deux missions à un même cocontractant revient à contredire le principe fixé dans la loi MOP du 12 juillet 1985²³⁹, qui consiste en la distinction du maître d'œuvre et de l'entrepreneur. C'est pour cette raison que le CMP limite l'usage de la conception-réalisation à une complexité technique rendant nécessaire l'association de l'entrepreneur au maître d'œuvre, soit dans la destination de l'ouvrage, soit dans les techniques de réalisation projetées.

Il convient désormais de présenter le concours.

2) Le concours

Le concours est « la procédure par laquelle le pouvoir adjudicateur choisit, après mise en concurrence et avis du jury mentionné à l'article 24, un plan ou un projet, notamment dans le domaine de l'aménagement du territoire, de l'urbanisme, de l'architecture et de l'ingénierie ou des traitements de données, avant d'attribuer à l'un des lauréats du concours un marché ». Le concours est ouvert si tous les candidats recevables peuvent présenter une offre ; fermé si seuls ceux qui ont été présélectionnés peuvent le faire.

Il faut dès lors vérifier la pertinence de l'étude de ces procédures pour notre sujet.

B/ Rattachement à la négociation

L'étude des procédures de passation de la conception-réalisation (1) régie par l'article 69 du CMP, et du concours (2) à l'article 70, révèle des similitudes avec la négociation.

1) La conception-réalisation

Il faut tout d'abord savoir que la conception-réalisation suit la procédure de l'appel d'offres restreint. Une fois les candidatures transmises au pouvoir adjudicateur, elles sont examinées par un jury qui n'émet qu'un avis sur les candidats à retenir. C'est en effet le pouvoir adjudicateur qui choisit ceux autorisés à répondre à la consultation. Suite à cette sélection, les candidats formulent des avant-projets et sont auditionnés par le jury. Le pouvoir adjudicateur a la possibilité de demander aux candidats des précisions sur leur offre, mais elles ne doivent pas avoir pour conséquence d'en modifier les éléments substantiels.

Où se trouve, par conséquent, le rattachement à la négociation ? Celle-ci est située dans deux cas, évoqués respectivement par l'article 69 II et III.

²³⁹ Seuls les pouvoirs adjudicateurs soumis à la loi MOP sont concernés par cette limitation : l'Etat, les collectivités territoriales, les établissements publics, les OPHLM, et les sociétés d'économie mixte à logement locatif aidé par l'Etat.

Le premier cas permet d'utiliser la procédure du dialogue compétitif lors de la conception-réalisation, à condition que les articles 36 et 37 soient respectés c'est-à-dire, logiquement, ceux régissant le dialogue compétitif et la conception-réalisation. Or nous venons de le voir, le dialogue compétitif est assimilable à une procédure de négociation (*lato sensu*)²⁴⁰.

Le second cas permet d'utiliser la procédure du MAPA, à condition que les articles 28 et 37 soient respectés, c'est-à-dire, logiquement également, celui posant les seuils en deçà desquels les MAPA sont autorisés, et celui présentant la conception-réalisation. De façon identique, nous avons vu que la procédure du MAPA offre une large place à la négociation²⁴¹.

La négociation a-t-elle autant sa place lors d'une procédure de conception-réalisation que lors d'un concours ? C'est ce qu'il convient de rechercher à présent.

2) Le concours

Nous avons vu que le concours peut être ouvert ou fermé. Et de la même façon que pour la conception-réalisation, c'est la procédure de l'appel d'offres ouvert ou fermé qui sera suivie. Une fois les candidatures transmises au pouvoir adjudicateur, elles sont examinées par un jury qui n'émet qu'un avis sur les candidats à retenir. C'est en effet le pouvoir adjudicateur qui détermine les éliminations à la fois des candidatures incomplètes et de celles ne présentant pas les garanties suffisantes. Ensuite, les prestations demandées sont analysées par le jury, qui propose un classement des candidats. Jusqu'ici, la procédure ne présente aucun point de similitude avec la négociation, d'autant que si les seuils des procédures formalisées sont atteints²⁴², l'examen des prestations proposées est anonyme.

La forme de négociation apparaît plus tard. En effet, les candidats peuvent être amenés à répondre aux questions du jury en vue de préciser leurs propositions. L'article 70 VI du CMP dispose que doit être consigné dans un procès-verbal complet ce « dialogue entre les membres du jury et les candidats ». Ici, nous relevons donc le terme de « dialogue ».

Vient alors la phase d'ouverture du pli contenant le prix des prestations proposées. Le pouvoir adjudicateur choisit le candidat ayant présenté la prestation correspondant au mieux à ses attentes, au meilleur prix. Celui-ci est alors lauréat. Il faut cependant savoir que plusieurs candidats peuvent être déclarés lauréats. L'article 70 VIII du CMP dispose qu'à cette étape, « le ou les lauréats sont invités à négocier ». Nous relevons ainsi le terme même de « négociation ». Rappelons que dans le cas où les lauréats sont plusieurs, la négociation devra avoir lieu avec l'ensemble d'entre eux. C'est à la suite de cette phase de négociation que le marché est attribué.

Penchons-nous quelque peu sur les deux termes relevés : « dialogue » puis « négociation ». Nous pouvons remarquer que le code parle de « dialogue » lorsqu'il ne s'agit encore que des offres, que des prestations. Il semblerait que l'on bascule dans la « négociation » dès lors que le prix entre en scène.

Cette opinion correspond donc à celle développée en matière de dialogue compétitif²⁴³.

²⁴⁰ Voir *supra* (§1).

²⁴¹ Voir *supra* (Section 1, §1).

²⁴² Pour rappel, les seuils des procédures formalisées sont les suivants : 123 000 € pour les fournitures et les services de l'Etat ; 193 000 € pour les fournitures et les services des collectivités territoriales ; 4 845 000 € pour les travaux.

²⁴³ Voir *supra* (§1, B, 2).

Il existe d'autres formes contractuelles engageant le pouvoir adjudicateur et son cocontractant sur plus d'une prestation, et proposant une phase de négociation au sens large. L'accord-cadre en est un exemple supplémentaire qu'il convient d'étudier.

§ 3/ Les accords-cadres

Leur mécanisme est semblable à celui que l'on retrouve en droit privé des contrats (A), c'est pour cela que le rattachement à la négociation en est d'autant plus aisé (B).

A/ Description du contrat

Avant toute chose, l'accord-cadre est un acte d'achat public et de sélection des candidats qui se réalise en réalité en deux étapes. Tout d'abord l'accord-cadre est conclu. Puis sont passés les marchés pris sur le fondement de cet accord-cadre, suite à la survenance du besoin ou selon une périodicité prévue dans l'accord-cadre.

L'accord-cadre établit les termes qui régiront les marchés subséquents, notamment en ce qui concerne les prix, et/ou les quantités envisagées, sans en fixer l'intégralité des caractéristiques. C'est le marché futur qui fixera les spécifications techniques et administratives.

Son régime est fixé à l'article 76 du CMP et crée un lien avec la négociation.

B/ Rattachement à la négociation

En application de l'article 26 du CMP, les accords-cadres sont soumis aux mêmes seuils que les marchés publics. Cela signifie que si le montant de l'accord-cadre se trouve en-dessous des seuils énumérés au II de l'article 26²⁴⁴, le pouvoir adjudicateur peut choisir de conclure l'accord-cadre en passant un MAPA.

Ainsi, la première étape de l'accord-cadre permet la négociation, à travers le marché négocié, le dialogue compétitif, ou le MAPA, mais cela n'est pas remarquable en soi, puisque les seuils sont les mêmes que pour les marchés publics classiques.

Donc le rattachement à la négociation se trouve surtout au niveau de la deuxième étape, c'est-à-dire au moment de la passation des contrats subséquents. Ceux-ci sont précédés d'une mise en concurrence organisée entre les titulaires de l'accord-cadre. La limite apposée à cette mise en concurrence est celle retrouvée classiquement. Les parties ne doivent pas modifier substantiellement les termes qui ont été fixés dans l'accord-cadre.

L'accord-cadre constitue une technique contractuelle se rapprochant du principe de la négociation car il permet d'affiner certains critères non précisément définis dans l'accord en les adaptant aux caractéristiques d'un besoin spécifique.

²⁴⁴ Pour rappel, les seuils sont les suivants : 123 000 € pour les fournitures et les services de l'Etat, 193 000 € pour les fournitures et les services des collectivités territoriales, et 4 845 000 € pour les travaux.

Les auteurs Guillou et Glatt considèrent qu'il s'agit d'une « négociation en amont »²⁴⁵.

Nous ne sommes de cet avis que si l'on ne confond pas cela avec le « dialogue », qui est pour nous la forme d'échange intervenant en amont afin de définir le besoin. Certes, l'échange est préalable aux contrats subséquents, mais il a lieu après la conclusion du cadre. Il n'a plus qu'à faire coïncider le besoin de l'acheteur public avec les offres des candidats déjà sélectionnés. Cet échange ressemblerait donc plus à de la négociation *stricto sensu* qu'au dialogue que nous avons analysé précédemment²⁴⁶, car le dialogue, selon nous, porte sur la définition des besoins, et non encore sur la prestation-même.

Les obligations de publicité et de mise en concurrence applicables à l'accord-cadre dépendent des caractéristiques des marchés subséquents. Par conséquent, l'acheteur public est toujours tenu de définir son besoin conformément à l'article 5 du CMP. Ceci nous conforte d'ailleurs dans notre qualification de l'échange : il ne s'agit pas d'un dialogue car le besoin est fixé, mais d'une négociation (*stricto sensu*).

Outre le dialogue compétitif, le conception-réalisation et le concours, et l'accord-cadre, une dernière forme contractuelle mérite d'être rapprochée de la négociation, il s'agit du BEA.

§ 4/ Le BEA

Le rattachement des BEA à la négociation (B) ne sera justifié qu'après leur analyse (A).

A/ Description du contrat

Codifié aux articles L.1311-2 du CGCT, le BEA est un bail immobilier conclu sur le domaine public ou privé de la personne publique. Le locataire, aussi appelé le preneur ou, dans ce cas, l'emphytéote, dispose d'un droit réel sur le bien, et ce contre le paiement d'une redevance.

En revanche, ce droit réel est soumis à particularités : il ne peut être conclu que pour certaines missions, et ce pour le compte de la personne publique propriétaire. Ces missions sont alternatives : accomplir une mission de service public, réaliser une opération d'intérêt général relevant des compétences du bailleur, affecter un édifice de culte ouvert au public à une association culturelle, réaliser des enceintes sportives ainsi que les équipements connexes, ou encore, mais uniquement jusqu'au 31 décembre 2010, servir à une opération liée aux besoins d'un service départemental d'incendie et de secours²⁴⁷.

Selon l'arrêt Sofap Marignan Immobilier rendu le 25 février 1994 par le Conseil d'État, le BEA ne constitue pas un marché public de travaux, car la personne publique n'exerce pas la maîtrise d'ouvrage, et n'est donc pas soumis à la loi MOP. Or le droit communautaire n'impose

²⁴⁵ Guillou Y.-R., Glatt J.-M., « Négociation, discussion, échange : des leviers pour l'efficacité de la commande publique », Contrats Publics n° 84 du 1er janvier 2009, contenu en ligne.

²⁴⁶ Voir *supra* (§1, B, 2).

²⁴⁷ En outre, il n'est cessible, avec l'autorisation de la personne publique, qu'à une personne subrogée au preneur initial dans les droits et obligations découlant du BEA, et il ne peut être hypothéqué, après autorisation de la personne publique, que pour garantir des emprunts contractés en vue de financer la réalisation des ouvrages situés sur le bien loué. Autre caractéristique, il est conclu pour une très longue durée : de dix-huit à quatre-vingt-dix-neuf ans, et à son terme, l'ouvrage devient la propriété de la personne publique.

pas une telle condition pour qualifier un contrat de marché public de travaux. En effet, au sens du droit communautaire, un contrat ayant pour objet la réalisation d'un ouvrage répondant aux besoins de la personne publique, et précisés par elle, est un marché public de travaux.

Il est donc d'autant plus intéressant de se pencher sur les possibilités ouvertes à la négociation dans le cadre d'un BEA.

B/ Rattachement à la négociation

Le BEA est souvent perçu comme un instrument relativement souple pour les collectivités car il n'est « pas soumis aux règles de mise en concurrence, mais doit, au moins, faire l'objet d'une publicité adaptée »²⁴⁸.

Le Sénat propose sur son site internet²⁴⁹ de clarifier la procédure du BEA et la décompose comme suit : concours d'architecture, audition des candidats, désignation du lauréat. Puis il indique clairement une phase de négociation avec le maître d'ouvrage, qui peut porter sur la durée du contrat, la surface nécessaire, les aménagements à réaliser, le loyer et les charges, leur indexation et les modalités de leur révision, et enfin sur la fixation des clauses du contrat²⁵⁰.

La négociation fait ainsi partie intégrante de la procédure du BEA. Ce type d'échange nous semble d'ailleurs correspondre à notre définition de la négociation *stricto sensu* puisqu'il s'agit de finaliser les caractéristiques du contrat, et non de définir le besoin avec l'acheteur public.

L'article L.6148-5 du code de santé publique dispose que la passation d'un bail emphytéotique hospitalier est précédée d'une publicité permettant la présentation de plusieurs offres concurrentes dans les conditions de l'article 3 de l'ordonnance du 17 juin 2004 sur les contrats de partenariat, c'est-à-dire celles du dialogue compétitif. Or nous avons vu que le dialogue compétitif répond à la définition large de la négociation. Donc la procédure du bail emphytéotique hospitalier utilise la négociation, mais cette fois *lato sensu*.

Pour conclure, la plupart des formes contractuelles de la commande publique sont teintées de négociation (que celle-ci soit *lato sensu* ou *stricto sensu*). Cette existence diffuse de la négociation dans la commande publique s'interprète aisément comme une incitation souterraine à pratiquer la négociation. A ces incitations tacites sont venues s'ajouter des incitations expresses à pratiquer la négociation, à travers les divers confirmations et rehaussements de plafonds.

Cependant, nous n'avons abordé qu'une partie de la double dynamique à laquelle est soumise la négociation dans la commande publique, car elle se situe au centre de deux dynamiques contraires : des incitations, et des blocages. Ces derniers méritent l'étude qui suit.

²⁴⁸ Le Mouëllic A., « Le bail emphytéotique administratif », La Gazette des communes des départements et des régions 22 février 2010, p. 53.

²⁴⁹ http://carrefourlocal.senat.fr/vie_locale/cas_pratiques/comment_conclure_un_bail_emp/index.html

²⁵⁰ Telles que la résolution unilatérale par le propriétaire, ou le droit de sous-location, de cession, d'hypothèque, d'entretien et d'amélioration des bâtiments.

Titre II : Les blocages à la négociation dans la commande publique

Malgré toutes les incitations mises en œuvre, qu'elles le soient de façon expresse ou plus subtile, la négociation dans la commande publique se trouve empêchée, bloquée, par deux types de considérations : des considérations juridiques (Chapitre 1) et psychologiques (Chapitre 2).

Chapitre 1 : Les blocages juridiques

Les éléments juridiques bloquant la négociation se cristallisent autour de deux axes : la multiplicité des risques contentieux liés à une mauvaise utilisation de la négociation (Section 1) ainsi que le besoin paradoxal que ressentent les agents publics procédant à la négociation de voir cette procédure encadrée pour pouvoir la pratiquer plus sereinement (Section 2).

Section 1 : Multiplicité des risques contentieux

Multiple sont les risques contentieux affectant les contrats de la commande publique. Mais ils touchent d'autant plus ceux passés sous des procédures de négociation ou qui peuvent être qualifiées de négociation²⁵¹ car celles-ci sont moins formalisées, donc plus sujettes à violation des principes fondamentaux. Ils peuvent être regroupés sous quatre catégories, qui seront abordées successivement : les référés (§1), les recours en excès de pouvoir (§2), les recours de plein contentieux (§3), et enfin le risque pénal (§4).

§ 1/ Les référés

Le référé constitue une procédure très intéressante pour les requérants qui souhaitent agir au plus vite. Il en existe plusieurs en droit administratif. Toutefois les plus efficaces lorsqu'il s'agit de commande publique sont le référé précontractuel (A) et le référé contractuel (B).

A/ Le référé précontractuel

La procédure du référé précontractuel a été spécialement insufflée par le droit communautaire en vue de sanctionner les manquements aux obligations de publicité et de mise en concurrence « susceptibles d'affecter la passation des marchés publics définis comme tels par le CMP et qui entrent dans son champ d'application »²⁵². Cette procédure a été transposée en

²⁵¹ Voir *supra* (Titre 1, Chapitre 2, Section 2).

²⁵² Palmier S. et Rayssac R., *Les MAPA : réussir la passation et l'exécution des marchés à procédure adaptée*, Le Moniteur, p. 145.

droit français aux articles L.551-1 et suivants du code de justice administrative (CJA). Il convient dès lors de présenter son champ d'application (1), les requérants admis à présenter ce recours (2), les pouvoirs du juge du référé précontractuel (3), et enfin la force de ce recours (4).

1) Son champ d'application

Le droit français a préféré une transposition *a maxima* de la directive. La nouvelle définition du champ d'application du référé précontractuel procède par une définition matérielle, et délaisse la définition de liste qui était vue comme un « carcan de l'énumération »²⁵³. Désormais, il s'agit des « contrats administratifs ayant pour objet l'exécution de travaux, la livraison de fournitures ou la prestation de services, avec une contrepartie économique constituée par un prix ou un droit d'exploitation, ou la DSP »²⁵⁴. Même si tous les contrats des personnes publiques²⁵⁵ n'y entrent pas, il est clair que le droit français réserve un « champ d'application extrêmement large aux mécanismes de contrôle de la régularité de la passation des contrats de la commande publique au regard des obligations de publicité et de mise en concurrence »²⁵⁶. Pour exemple, les concessions de travaux devraient pouvoir être concernées, de même que les concessions de service et les concessions d'aménagement, dès lors qu'elles remplissent les conditions de travaux, fournitures, ou services en contrepartie d'un prix ou d'un droit d'exploitation²⁵⁷. Enfin, il faut certainement comprendre que les contrats autrefois énumérés devraient rester concernés.

Il convient d'énoncer en outre une règle centrale pour ce référé : la procédure de ces contrats ne peut être attaquée qu'avant leur signature, ce qui est logique.

Qui peut actionner ce recours ?

2) Les requérants

L'article L.551-10 du CJA l'énonce : outre le représentant de l'Etat dans le cas où le contrat doit être conclu par une collectivité territoriale ou un établissement public local : « [ceux] qui ont un intérêt à conclure le contrat et qui sont susceptibles d'être lésés par le manquement aux obligations de publicité et de mise en concurrence ». Cette définition renvoie à deux cas : l'entreprise dont la candidature ou l'offre a été refusée et l'entreprise membre d'un groupement dont la candidature ou l'offre a été refusée²⁵⁸. Or des irrégularités ne leur ayant causé aucun préjudice dans leur sélection pouvaient être invoquées. Cette jurisprudence libérale a trouvé une limite importante dans l'arrêt SMIRGEOMES rendu en 2008 par le Conseil d'État²⁵⁹. Cette

²⁵³ Pez T., « Transposition de la nouvelle directive « recours » : du référé précontractuel au référé contractuel », Dr. Adm., 2009, n°6, p. 32.

²⁵⁴ Article L. 551-1 CJA.

²⁵⁵ Quatre types de contrats sont exclus : les contrats de droit privé, les BEA détachables d'une DSP ou conclus hors code de la santé publique, les conventions domaniales, et les VEFA.

²⁵⁶ Capitant D., « La réforme du contentieux de la passation des contrats de la commande publique », Rev. lamycoll.territ 2009, n°48, p. 32.

²⁵⁷ Pez T., « Transposition de la nouvelle directive « recours » : du référé précontractuel au référé contractuel », Dr. Adm., 2009, n°6, p. 32.

²⁵⁸ Arrêt CE 19 octobre 2001 Région Réunion.

²⁵⁹ Arrêt CE 3 octobre 2008 Syndicat mixte intercommunal de réalisation et de gestion pour l'élimination des ordures ménagères du secteur est de la Sarthe – SMIRGEOMES.

nouvelle règle a pour effet de sécuriser les contrats puisque désormais, le requérant devra invoquer un manquement susceptible d'avoir lésé ou risque de léser ses intérêts, même si ce n'est que de façon indirecte en avantageant un concurrent. En outre, le juge du référé précontractuel évalue le préjudice eu égard à la portée et au stade de la procédure. Donc le requérant ne peut plus invoquer un manquement qui ne l'a pas empêché d'avancer dans la sélection des offres.

Une fois saisi, le juge du référé précontractuel dispose de différents pouvoirs.

3) Les pouvoirs du juge

Le juge du référé précontractuel doit réaliser un bilan car il décide « en considération de l'ensemble des intérêts susceptibles d'être lésés et notamment de l'intérêt public »²⁶⁰.

Entorse à la tradition des référés, le juge peut prescrire des mesures définitives : adresser des injonctions, suspendre la passation du contrat ou l'exécution de toute décision s'y rapportant, annuler ces décisions et supprimer des clauses destinées à figurer dans les contrats.

Au vu de tous ces éléments, nous pouvons évaluer la force de ce recours sur les contrats.

4) La force du référé précontractuel

Le référé précontractuel apparaît dès lors comme une arme redoutable pour attaquer les contrats sur les obligations de publicité et de mise en concurrence. Les procédures utilisant la négociation se trouvent particulièrement en danger face au référé précontractuel. Il est toutefois possible de se réjouir de l'atténuation apportée par l'arrêt SMIRGEOMES car les requérants se trouvent sérieusement réduits suite à l'ajout de ces nouvelles conditions.

En outre désormais, l'article L.551-4 du CJA²⁶¹ oblige le pouvoir adjudicateur à attendre la notification de l'ordonnance du juge des référés précontractuels pour signer le contrat. Dans le cas contraire, le requérant dispose aujourd'hui d'un nouveau référé.

Nous avons vu que le référé précontractuel ne peut être exercé qu'avant la signature du contrat. Cela signifie que la simple signature matérielle empêchait toute action. Désormais, il existe un moyen de palier cette difficulté, grâce au référé contractuel.

B/ Le référé contractuel

²⁶⁰ Article L.551-2 du CJA.

²⁶¹ Cet article met fin à un doute survenu suite à l'arrêt CE 03 février 2010 Communauté de communes Arc Mosellan, qui a jugé que la condition d'urgence du référé suspension n'est pas remplie lorsque le pouvoir adjudicateur a signé le contrat avant l'ordonnance définitive du juge des référés précontractuels, mais après l'expiration du délai de vingt jours de la signature. Cet arrêt semble contrevenir à l'arrêt Société Biomérieux rendu le 29 mars 2009 par le Conseil d'État selon lequel la signature du contrat en méconnaissance de l'ordonnance du juge des référés lui enjoignant de suspendre la signature pendant un certain délai a pour effet de remplir la condition d'urgence nécessaire à la suspension de l'acte. Or dans l'arrêt Communauté de communes Arc Mosellan, l'expiration du délai de vingt jours permet au pouvoir adjudicateur de récupérer sa compétence pour signer le contrat. La surcharge des juridictions administratives a joué en faveur du pouvoir adjudicateur (Metzger O., Picavez K., « Les derniers soubresauts de la jurisprudence Biomérieux ? », JCPA 2010, n°10, p. 26).

La directive communautaire n°2007/66/CE²⁶² a été transposée en droit interne par l'ordonnance du 7 mai 2009²⁶³ qui réécrit les articles L.551-1 et suivants du CJA pour ce référé. Il convient dès lors de présenter son champ d'application (1), les requérants admis à présenter ce recours (2), les pouvoirs du juge du référé contractuel (3), et enfin la force de ce recours (4).

1) Son champ d'application

L'ordonnance instaure un référé contractuel aux articles L.551-13 à L.551-23 du CJA, et permet désormais de porter devant le juge la procédure mise en œuvre pour passer un marché public ou une DSP, non avant la signature du contrat, comme ce qui est déjà prévu par le référé précontractuel, mais également après la conclusion du contrat.

Les contrats visés sont identiques à ceux du référé précontractuel, à l'exclusion²⁶⁴ des « contrats dont la passation n'est pas soumise à une obligation de publicité dès lors que l'acheteur public a publié son intention de signer ; les contrats soumis à publicité préalable auxquels ne s'applique pas l'obligation de communiquer la décision d'attribution aux candidats non retenus lorsque la même formalité a été accomplie ; les contrats fondés sur un accord-cadre ou un système d'acquisition dynamique lorsqu'a été envoyée aux titulaires la décision d'attribution et observé un certain délai avant la signature du contrat »²⁶⁵.

Cependant, il faut savoir que le nouveau référé n'est possible que lorsqu'aucun référé précontractuel n'a pu fonctionner. Comme le résume le Professeur Capitant, cela signifie que le recours contractuel se limite « aux cas des marchés signés de gré à gré en dehors de toute publication d'un avis public à la concurrence »²⁶⁶, car ce sont ces derniers qui constituent la « violation la plus importante du droit communautaire »²⁶⁷. Il évoque même deux cas distincts à ce sujet : « les marchés passés illégalement de gré à gré en l'absence de toute mesure requise de publicité [...] et les marchés conclus avant le complet écoulement du délai de suspension déclenché par la communication de l'avis d'attribution du marché aux concurrents [de même que] ceux passés en méconnaissance des modalités de remise en concurrence prévues pour la passation des marchés fondés sur un accord-cadre ou un système d'acquisition dynamique ». Le référé contractuel est alors « ouvert pour les manquements aux obligations de publicité et de mise en concurrence, en cas de violation du délai de suspension, ou en cas de non-respect de la suspension de la signature du contrat liée à la saisine du juge du référé précontractuel »²⁶⁸.

Quels sont les requérants admis à présenter ce recours ?

²⁶² Directive du Parlement européen et du Conseil du 11 décembre 2007, relative à l'amélioration de l'efficacité des procédures de recours en matière de passation des marchés publics (JOUE 20 décembre 2007, n°L335), modifiant les directives « Recours » n°89/665/CEE du 21 décembre 1989 (JOUE 30 décembre 1989, n°L395) et n°92/13/CEE du 25 février 1992 (JOUE 23 mars 1992, n°76).

²⁶³ Ordonnance n°2009-515, 7 mai 2009, relative aux procédures de recours applicables aux contrats de la commande publique, publiée au JO du 8 mai 2009.

²⁶⁴ Article L.551-15 du CJA.

²⁶⁵ Pez T., « Transposition de la nouvelle directive « recours » : du référé précontractuel au référé contractuel », Dr. Adm., 2009, n°6, p. 35.

²⁶⁶ Capitant D., « La réforme du contentieux de la passation des contrats de la commande publique », Rev. lamycoll.territ 2009, n°48, p. 33.

²⁶⁷ Clerc O., « Référé contractuel et recours en contestation de validité du contrat : superposition ou substitution ? », JCPA 2010, n°9, p. 25.

²⁶⁸ Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance n°2009-515 du 7 mai 2009 relative aux procédures de recours applicables aux contrats de la commande publique, publié au JO du 8 mai 2009.

2) Les requérants

Il s'adresse aux mêmes requérants que le référé précontractuel. Comme le dispose l'article L.551-14 du CJA, les personnes admises sont « celles qui ont un intérêt à conclure le contrat et qui sont susceptibles d'être lésées par des manquements aux obligations de publicité et de mise en concurrence auxquelles sont soumis ces contrats, ainsi que le représentant de l'Etat dans les cas des contrats passés par une collectivité territoriale ou un établissement public local ». La règle développée par l'arrêt SMIRGEOMES dans le cadre du référé précontractuel trouve donc ici parfaite transposition. Pour rappel, cet arrêt rendu le 3 octobre 2008 par le Conseil d'État restreint l'accès au juge aux sociétés requérantes, dont la candidature a été admise, [qui se plaignent de] manquements qui, eu égard à leur portée et au stade de la procédure auquel ils se rapportent, sont susceptibles de les avoir lésées.

Toutefois, ce même article précise que ce recours ne sera plus ouvert à ceux qui ont déjà fait usage du référé précontractuel, mais à la condition que l'acheteur public en cause ait respecté la suspension ou la décision juridictionnelle rendue. Par conséquent, le référé contractuel ne peut pas prendre le rôle d'appel mais il peut tout de même servir en cas d'inexécution d'une décision rendue dans le cadre d'un référé précontractuel.

Le référé contractuel doit être exercé dans les deux mois suivant la publicité du contrat. A défaut de telle publicité, le délai ne court jamais donc ne s'éteint jamais.

Une fois saisi, le juge du référé contractuel dispose de plusieurs options.

3) Les pouvoirs du juge

Le juge a l'obligation de prononcer la nullité du contrat pour les hypothèses les plus graves de non-respect des règles de publicité et de mise en concurrence, notamment lorsque la signature anticipée a privé le demandeur de son droit d'exercer son recours précontractuel. En outre, il faut que la violation des règles de publicité et de mise en concurrence ait affecté les chances du requérant d'obtenir le contrat.

Ces conditions étant cumulatives, le juge disposerait de solutions alternatives pour sanctionner des manquements moins graves, par exemple dans le cas de raisons impérieuses d'intérêt général²⁶⁹ : résilier, réduire la durée du contrat, ou imposer une pénalité financière²⁷⁰.

Afin de permettre la meilleure effectivité du nouveau recours, le juge a également le pouvoir d'ordonner la suspension de l'exécution du contrat pendant la durée de l'instance. Celle-ci

²⁶⁹ Pour de plus amples précisions, voir Capitant D., « La réforme du contentieux de la passation des contrats de la commande publique, » Rev. lamycoll.territ 2009, n°48, p. 34.

²⁷⁰ Article L. 551-20 du CJA. Il faut être prudent sur ce dernier pouvoir. Il s'agit bien de « pénalité financière », et pas de dommages-intérêts à l'égard du requérant comme cela est le cas pour le recours « Tropic Travaux » (voir *infra* (§3, A)). Dans le cadre du référé contractuel, ces pénalités sont versées au Trésor public. Il n'y a donc là aucune volonté d'indemniser le requérant du référé contractuel, mais plutôt de sanctionner une irrégularité, laquelle peut assurément provenir de la négociation.

ne peut intervenir qu'après le bilan des intérêts en présence²⁷¹. A partir de ces éléments, nous pouvons évaluer la force du référé contractuel.

4) La force du référé contractuel

L'arsenal des requérants en référé se voit donc parfaitement complété par ce nouveau dispositif : le référé contractuel s'articule clairement avec son prédécesseur car il couvre les domaines où ce dernier serait inefficace.

En outre, la directive elle-même donne un moyen aux acheteurs publics de limiter l'usage de ce nouveau recours. Les risques pesant sur les marchés passés de gré à gré étant plus forts dans le cadre du référé contractuel, elle leur a permis de se protéger en décidant spontanément de publier un avis d'attribution et de respecter un délai de suspension avant de conclure le contrat, donc comme cela existe déjà dans les procédures plus formalisées. Cela permet aux requérants potentiels d'utiliser le référé précontractuel. Et par voie de conséquence, cela ajouterait de la sécurité juridique dans ce domaine puisque la décision juridictionnelle interviendrait avant la signature. « Cette possibilité ainsi donnée aux concurrents d'exercer un recours précontractuel éteint la voie du recours contractuel »²⁷². Au lieu de tenter d'ouvrir le nouveau référé, nous comprenons qu'il soit plutôt question de l'encadrer et de faire privilégier le référé précontractuel, de telle sorte que les contrats déjà formés ne soient attaqués directement que lorsqu'aucune autre solution n'est possible.

Les recours que nous venons d'aborder sont des recours en référés, dits d'urgence. Pour autant, il ne faut pas omettre les recours dits de droit commun. Les recours pour excès de pouvoir en font partie, et sont tout à fait utilisables contre les contrats de la commande publique.

§ 2/ Les recours pour excès de pouvoir

Les recours pour excès de pouvoir (REP) constituent des recours objectifs. Le juge administratif se limite au strict contrôle de la légalité de l'acte qui lui est soumis. Soit il fera droit à la requête et il prononcera l'annulation de l'acte litigieux, soit il la rejettera et il confirmera la validité de l'acte.

Les REP peuvent être utilisés contre les contrats de la commande publique, par les tiers au contrat litigieux. Deux voies leur sont ouvertes : attaquer les actes détachables du contrat (A), et déférer le contrat (B).

A/ Le recours contre les actes détachables

²⁷¹ Ainsi, le pouvoir du juge n'est pas aussi aisé à maîtriser que dans la procédure de référé précontractuel. Pour exemple, le Conseil d'État, dans son arrêt du 6 mars 2009 Société Biomérieux, a prononcé l'annulation d'un marché après avoir vérifié deux types de considération : d'une part, la « méconnaissance par la collectivité publique du caractère exécutoire de l'ordonnance du juge des référés précontractuels et l'atteinte grave et immédiate qu'elle porte à un intérêt public » et d'autre part, « des éléments précis relatifs aux risques pour la collectivité publique qui résulterait de la suspension du marché ».

²⁷² Capitant D., « La réforme du contentieux de la passation des contrats de la commande publique », Rev. lamycoll.territ 2009, n°48, p. 34.

Jusqu'à une date récente, il était impossible aux tiers d'attaquer directement le contrat auquel ils n'avaient pas pu être partie. La seule option ouverte aux tiers²⁷³, tels que les usagers du service public, contribuables locaux, ou associations, résidait dans l'arrêt Martin du Conseil d'État²⁷⁴ : le contrôle des actes détachables du contrat, par le biais du REP.

En revanche, ce recours n'est pas le seul pour les candidats évincés²⁷⁵. Il présente de lourds inconvénients (1), que certains légers avantages peuvent parfois contrebalancer (2).

1) Les lourds inconvénients du recours contre les actes détachables

Les actes détachables sont extérieurs aux contrats sans toutefois y être étrangers car ils sont manifestement liés à la vie contractuelle. On peut dire qu'ils tournent autour du contrat. Grâce à cette théorie, ils sont assimilés à des actes unilatéraux contre lesquels un REP est possible. La qualification d'acte détachable peut être attribuée à des actes de formation, comme la délibération autorisant à signer le contrat, mais aussi à des actes d'exécution du contrat.

L'énorme point faible de cette procédure réside dans l'objet du recours. L'annulation d'un acte détachable n'entraîne pas la disparition du contrat. S'il ne s'agit que d'un vice mineur, sa régularisation peut sauver le contrat²⁷⁶. S'il s'agit d'un vice majeur sans régularisation possible, il est ardu pour le requérant de faire finalement annuler le contrat, car c'est à l'acheteur public de tirer les conséquences de l'annulation de l'acte détachable. Or celui-ci peut décider de résilier le contrat comme de continuer son exécution, et cette décision n'est en revanche pas attaquable.

Depuis l'arrêt LOPEZ²⁷⁷, le requérant peut demander à ce que le juge qui a annulé l'acte détachable prononce une injonction à l'acheteur public de résilier le contrat ou même une injonction de saisir le juge du plein contentieux car lui seul peut statuer directement sur le contrat. Or l'injonction, même assortie d'astreinte, peut rester inexécutée.

Des améliorations complémentaires ont pu être apportées.

2) Les légers avantages du recours contre les actes détachables

Les améliorations proviennent principalement des arrêts Cayzeele et Ville de Lisieux²⁷⁸.

Le premier permet le REP directement contre un contrat, donc sans la théorie de l'acte détachable, lorsque les dispositions attaquées revêtent un caractère réglementaire. Le second arrêt admet quant à lui le REP contre l'ensemble des clauses du contrat par lequel une collectivité procède au recrutement d'agents non titulaires.

²⁷³ Les concurrents évincés bénéficient quant à eux du recours mis en place par l'arrêt Tropic Travaux.

²⁷⁴ Arrêt CE 4 août 1905 Martin.

²⁷⁵ Voir *infra* (§3, A)

²⁷⁶ Pour exemple, voir l'arrêt Conseil d'État 3 décembre 1997, Commune de Grenoble.

²⁷⁷ Arrêt CE 7 octobre 1994 Époux Lopez. Et le juge des contrats est lié : s'il est saisi suite à cette injonction en raison d'un vice affectant le contrat de nullité, il ne peut que déclarer le contrat nul (Arrêt CE 9 avril 2010 Commune de Levallois-Perret).

²⁷⁸ Arrêts CE 10 juillet 1996 Cayzeele ; 30 octobre 1998 Ville de Lisieux.

Malgré tout, il reste clair que tant la théorie des actes détachables que ces deux derniers compléments ne sont pas les leviers les plus opérants.

Pour finir, il faut savoir que l'intérêt du REP réside tout de même dans la possibilité d'y accoler un référé-suspension. En effet, ce type de référé, contrairement aux référés précontractuel et contractuel que nous avons vus précédemment, nécessite un recours au principal. Mais il présente l'avantage de ne pas être soumis aux conditions restrictives de ces derniers. En revanche dans ce cadre, le juge n'ordonne la suspension qu'en cas d'urgence et de moyen propre à créer un doute sérieux quant à la légalité de la décision. Or le juge administratif considère régulièrement qu'il n'y a aucune urgence à faire cesser un contrat illégal, d'autant que très souvent il est estimé que son exécution revêt un intérêt public.

Par conséquent, il semble que le risque du REP par le biais des actes détachables n'est pas le plus dangereux pour les procédures utilisant la négociation. Voyons dès lors quel risque constitue le déféré préfectoral, autre face du REP contre un contrat.

B/ Le déféré préfectoral

La décentralisation de 1982 permet au préfet de déférer au juge administratif les actes des collectivités donc également leurs contrats, et ce même s'ils ne sont pas soumis à transmission obligatoire²⁷⁹. Ce déféré a été analysé par le Conseil d'État²⁸⁰ comme un véritable REP.

Selon des statistiques²⁸¹ : 30% des déférés préfectoraux environ, et 20% des observations adressées aux collectivités territoriales, portent sur des contrats.

Même si un déféré porte sur le contrat intégralement, c'est-à-dire si les clauses sont considérées comme indivisibles, le déféré porte le plus souvent sur les règles de procédure. C'est pourquoi le contrôle préfectoral représente un moyen de s'assurer de la régularité de la négociation mise en œuvre grâce à la pratique des lettres d'observation. Dans le même temps, les déférés préfectoraux paraissent assez nombreux pour faire craindre l'utilisation de la négociation. Néanmoins, le respect des lettres d'observation pourrait permettre d'éviter le recours aux référés. Mais là aussi cette proposition est à nuancer dans le cas où la négociation aurait déjà eu lieu et qu'un vice serait découvert *a posteriori*.

Le déféré préfectoral, comparativement au recours contre les actes détachables, apparaît en conséquence comme le plus propice à affecter les contrats ayant utilisé la négociation, et ce bien que son utilisation soit très souvent politiquement teintée.

Il convient à présent d'aborder l'autre grande catégorie de recours : le recours de plein contentieux.

§ 3/ Les recours de plein contentieux

²⁷⁹ Arrêt CE 2 novembre 1988 Commissaire de la République des Hauts-de-Seine c/ OPHLM Malakoff.

²⁸⁰ Arrêt CE 26 juillet 1991 Commune de Sainte-Marie.

²⁸¹ Morand-Deville J., *Cours de droit administratif*, Montchrestien, 11ème éd., p. 502.

Les recours de plein contentieux (RPC) constituent des recours subjectifs. Le juge administratif peut non seulement prononcer l'annulation de l'acte litigieux, mais il peut également le réformer, et condamner l'administration à indemniser le requérant.

Les RPC ne pouvaient à l'origine être utilisés que par les parties contractantes par le biais de la déclaration de nullité (B). Or il est très peu probable que des parties souhaitent elles-mêmes porter leur contrat devant le juge. Depuis peu le RPC, pour lequel le juge a le plus de pouvoirs, a été ouvert aux personnes qui ont le plus intérêt à attaquer un contrat auquel elles ne sont pas parties, ou plutôt auquel elles n'ont pas pu être parties : les candidats évincés (A).

A/ Le recours en contestation de validité du contrat, dit recours « Tropic Travaux »

L'arrêt rendu le 16 juillet 2007 par le Conseil d'État réuni en Assemblée²⁸² offre l'opportunité la plus significative aux candidats évincés. Il convient de rechercher son champ d'application (1), les requérants autorisés à l'actionner (2), les pouvoirs du juge en la matière (3), et enfin la force du recours « Tropic Travaux » à l'encontre des contrats publics (4).

1) Son champ d'application

Contrairement aux référés précontractuel et contractuel, le recours institué par l'arrêt Tropic Travaux vise tous les contrats administratifs. A partir du moment où le contrat litigieux répond aux critères légaux ou jurisprudentiels de la qualification d'un contrat administratif, il pourra être attaqué par le recours « Tropic Travaux ».

En outre, le requérant qui exerce un recours en contestation de la validité du contrat peut, comme dans les référés précontractuel et contractuel, invoquer des manquements aux obligations de publicité et de mise en concurrence. Mais il peut également attaquer plus largement tout vice affectant la formation du contrat, notamment la validité des stipulations du contrat, ou l'expression du consentement des parties²⁸³, à travers notamment la forme de la procédure choisie, donc la négociation. Enfin, l'irrégularité soulevée peut provenir d'un acte détachable, comme le laisse supposer un arrêt qu'a rendu le Conseil d'État le 19 décembre 2007²⁸⁴.

Quels sont les requérants admis à actionner le recours « Tropic Travaux » ?

2) Les requérants

Les seuls requérants pour l'heure autorisés à actionner ce recours sont les concurrents évincés. Certains, comme le Professeur Jacqueline Morand-Deville²⁸⁵, se demandent si ce

²⁸² Arrêt CE Assemblée 16 juillet 2007 Société Tropic Travaux signalisation.

²⁸³ Richer L., *Droit des contrats administratifs*, 6ème édition, LGDJ Lextenso, p. 137 et suivants.

²⁸⁴ Linditch F., arrêt CE 19 décembre 2007 Syndicat intercommunal alimentation eau potable – Siaep, « Obligation d'information des candidats – Les beaux jours de l'acte détachable... sont devant lui ! », JCPA 2008, n°6, p. 31.

²⁸⁵ Morand-Deville J., *Cours de droit administratif*, 11ème édition, Montchrestien, p. 501.

contentieux ne devrait pas s'élargir à d'autres requérants, tels les contribuables locaux, au même titre que le REP contre les actes détachables²⁸⁶.

Ils ont deux mois²⁸⁷ pour saisir le juge du RPC de la validité du contrat signé, mais également des conséquences de l'éventuelle illégalité.

Dès lors que le concurrent évincé dispose de ce recours, il ne peut plus utiliser de REP contre les actes détachables. Toutefois en vertu de l'article L.521-1 du CJA²⁸⁸, un référé-suspension peut être accolé à ce RPC.

Les concurrents évincés peuvent adresser au juge plusieurs types de demande.

3) Les pouvoirs du juge

Le concurrent évincé peut demander plusieurs choses dans ses conclusions. Non seulement il conteste la validité du contrat, mais il peut également en demander l'annulation. Celle-ci sera totale ou partielle. Il peut également en demander la résiliation, c'est-à-dire la fin du contrat pour l'avenir. Cette solution présente l'avantage de préserver les prestations déjà fournies, contrairement à l'annulation qui elle est rétroactive.

Puis certaines clauses du contrat peuvent être modifiées.

Ensuite, en réparation du préjudice subi du fait de son éviction, il peut demander à obtenir des dommages-intérêts²⁸⁹.

Pour finir, le juge peut assurément décider de rejeter la requête et de poursuivre l'exécution du contrat.

Le juge dispose donc d'une marge de manœuvre pour apprécier les conséquences à apporter au vice constaté, surtout en vertu de son pouvoir de modulation des effets de ses décisions dans le temps²⁹⁰.

En conséquence, la coexistence du recours « Tropic » avec le référé précontractuel n'est pas problématique étant donné qu'ils ne visent ni les mêmes contrats, ni les mêmes irrégularités, ni les mêmes juges.

²⁸⁶ Voir *supra* (§2, A).

²⁸⁷ Dreyfus J.-D., « L'émergence d'un droit commun de la commande publique en matière de procédures de recours », AJDA 2010, n°3, p. 148.

²⁸⁸ Article L.521-1 du CJA : « Quand une décision administrative, même de rejet, fait l'objet d'une requête en annulation ou en réformation, le juge des référés, saisi d'une demande en ce sens, peut ordonner la suspension de l'exécution de cette décision, ou de certains de ses effets, lorsque l'urgence le justifie et qu'il est fait état d'un moyen propre à créer, en l'état de l'instruction, un doute sérieux quant à la légalité de la décision », souligné par nous.

²⁸⁹ A la condition d'en avoir fait la demande préalable auprès de l'acheteur public (ceci est la règle classique en la matière pour lier le contentieux).

²⁹⁰ Arrêt CE 11 avril 2004 Association AC ! : dans la situation où l'effet rétroactif de l'annulation est de nature à emporter des conséquences manifestement excessives en raison des effets que cet acte a produit et des situations qui ont pu se constituer lorsqu'il était en vigueur, le juge administratif peut prévoir dans sa décision d'annulation que tout ou partie des effets de cet acte, antérieurs à son annulation, devront être regardés comme définitifs ou que l'annulation ne prendra effet, qu'à une date ultérieure qu'il détermine.

Il se distingue également du juge du référé contractuel qui se trouve relativement lié par la reconnaissance de « violations les plus graves des règles de publicité et de mise en concurrence »²⁹¹. Peut-on alors considérer qu'il juge *ultra petita* ? Oui, certainement, mais le fait qu'il puisse prononcer une solution non demandée ne pose pas de problèmes si l'on raisonne par analogie avec le référé précontractuel qui doit « utiliser la plénitude de ses pouvoirs et doit en particulier, le cas échéant, annuler une procédure alors que seule sa suspension était demandée »²⁹², dans le but d'assurer la transparence des procédures.

Tout ceci nous permet de nous rendre compte de la force de ce recours.

4) La force du recours « Tropic Travaux »

Nous nous rendons compte que le recours « Tropic » ouvre de plus grands horizons au juge qui souhaite protéger, ou au contraire, faire disparaître, les relations contractuelles.

Le recours en contestation de validité du contrat paraît de ce fait plus aléatoire que le référé contractuel, car il peut déboucher sur des solutions non prévues par le requérant, plus conciliatrices²⁹³. Ceci se comprend en raison de la difficulté, pour le juge, à s'insérer dans des situations contractuelles nées.

Il existe un autre type de recours de plein contentieux contre les contrats, il s'agit de la déclaration de nullité.

B/ La déclaration de nullité

Ce recours vise à faire constater par le juge la nullité d'une clause ou d'un contrat dans son ensemble en cas de vice majeur. Sa particularité réside dans la faible étendue des requérants admis à déposer ce type de recours. En l'occurrence, seules les parties peuvent engager cette action, d'ailleurs ouverte pendant trente ans.

Toutefois, puisque ce sont précisément les parties qui sont les seuls admis à attaquer le contrat par le biais de la déclaration de nullité, ce recours n'a qu'une portée très limitée. Un arrangement amiable est en règle générale recherché. Des précisions ont été apportées par l'arrêt Commune de Béziers, rendu le 28 décembre 2009 par le Conseil d'État²⁹⁴, mais le recours en déclaration de nullité nous semble demeurer à une place accessoire pour notre étude.

²⁹¹ Clerc O., « Référé contractuel et recours en contestation de validité du contrat : superposition ou substitution ? », JCPA 2010, n°9, p. 28.

²⁹² Rouault M.-C., *Contentieux administratif – La juridiction compétente, la détermination du différend, le règlement du différend*, Gualino Lextenso, p. 466.

²⁹³ D'ailleurs, dans l'article Clerc O., « Référé contractuel et recours en contestation de validité du contrat : superposition ou substitution ? », JCPA 2010, n°9, p. 26, il est expliqué que « des différences substantielles existent entre le référé et le recours « Tropic Travaux » parce qu'ils ont été conçus selon des logiques différentes : le référé sert à assurer, par la sanction dissuasive qu'est l'annulation, l'effet utile des directives, alors que le recours « Tropic Travaux » est un RPC visant à préserver le contrat au maximum des effets d'une annulation ».

²⁹⁴ Linditch F., arrêt CE 28 décembre 2009 Commune de Béziers, « Plein contentieux contractuel : le Conseil d'État crée l'action en validité contractuelle et la fonde sur le principe de loyauté contractuelle », JCPA 2010, n°8, p. 21, où il est considéré que le Conseil d'État se fait créateur d'un nouveau recours pour le requérant. Il le nomme « action en validité

Par conséquent, c'est bien entendu le contentieux dit « Tropic Travaux » qui est le RPC phare en matière de contrats.

Les armes à la disposition des requérants ne se déclenchent pas uniquement devant le juge administratif. Certaines d'entre elles intéressent le domaine pénal.

§ 4/ Le risque pénal

La négociation, méthode d'achat fondée sur l'échange, a toujours souffert d'une suspicion d'illégalité, d'autant que la commande publique met en jeu des budgets conséquents. Donc utiliser une procédure considérée comme dérogatoire incite à penser au favoritisme.

A ce titre le juge administratif n'est pas le seul à pouvoir contrôler les contrats de la commande publique. Le contrôle du juge pénal est à ajouter (A). Et le service central de prévention de la corruption (SCPC), bien qu'il ne dispose pas de l'office d'un juge, intervient beaucoup en la matière également (B).

A/ Le contrôle du juge pénal

Il se concentre principalement sur le délit d'avantage injustifié. L'article 432-14 du code pénal le présente comme : « le fait, par une personne dépositaire de l'autorité publique ou chargée d'une mission de service public, ou investie d'un mandat électif public ou exerçant les fonctions de représentant, administrateur, ou agent de l'Etat, des collectivités territoriales, des établissements publics, des sociétés d'économie mixte d'intérêt national chargées d'une mission de service public et des sociétés d'économie mixte locales ou par toute personne agissant pour le compte de l'une de celles susmentionnées, de procurer ou de tenter de procurer à autrui un avantage injustifié par un acte contraire aux dispositions législatives ou réglementaires ayant pour objet de garantir la liberté d'accès et l'égalité des candidats dans les marchés publics et les délégations de service public ».

Le délit d'avantage injustifié²⁹⁵, permet de réprimer les atteintes aux principes fondamentaux de l'article 1^{er} du CMP²⁹⁶. Il est donc largement craint par les acheteurs publics

contractuelle ». En effet, il est curieux qu'une des parties à un contrat souhaite en faire déclarer la nullité. En règle générale, c'est le levier utilisé par la partie qui souhaite se libérer des obligations contractuelles qu'elle ne veut plus ou ne peut plus honorer. Les hypothèses de saisine du juge administratif dans ce cadre se font rares. Dans cet arrêt, celui-ci en a profité pour ériger un principe basique et fondateur de tout contrat : la loyauté contractuelle. Le Conseil d'État parle même d'« exigence de loyauté des relations contractuelles ». Ainsi, une partie ne pourra plus tenter de se délier en invoquant *ex post* une irrégularité dont il a pu bénéficier ou du moins dont il a eu connaissance bien avant. Il ne peut utiliser cette irrégularité comme un atout en vue de se désengager, car cette exigence de loyauté l'en empêche. Nous considérons, comme le Professeur Florian Linditch, que la déloyauté consisterait en la volonté de préférer la nullité à la résiliation conventionnelle, afin d'« éluder la responsabilité contractuelle »²⁹⁴. En outre de la loyauté des relations contractuelles, le Conseil d'État place d'autres obstacles sur le chemin de la partie souhaitant se désengager de la sorte : « la nature de l'illégalité commise [...], l'objectif de stabilité des relations contractuelles [...], l'absence d'atteinte excessive à l'intérêt général ». L'annulation ne pourra être prononcée qu'« en raison seulement d'une irrégularité invoquée par une partie ou relevée d'office [...], tenant au caractère illicite du contenu du contrat ou à un vice d'une particulière gravité relatif notamment aux conditions dans lesquelles les parties ont donné leur consentement ».

Nous ne nous aventurerons pas davantage sur cette réflexion dans cette étude.

²⁹⁵ Ce délit est également appelé délit de favoritisme.

²⁹⁶ Cet article apparaît au §4 intitulé « des atteintes à la liberté d'accès et à l'égalité de traitement des candidats dans les marchés publics et les délégations de service public ».

pour la facilité de sa mise en œuvre (1). C'est pour cette raison qu'il a été question de compliquer cette action, en vain (2).

1) Un délit facilement constitué

Comme l'explique la circulaire du ministère de la Justice du 4 mars 2002, « le délit de favoritisme pourra également être constitué à l'occasion de la passation d'un marché sans formalités préalables », puisque les principes précités sont applicables à tous les marchés soumis au CMP.

En outre, il est d'une solution établie que les relèvements successifs de seuil n'ont pas d'effet rétroactif donc ils ne permettent pas, à eux seuls, de faire tomber une procédure d'accusation de favoritisme. La circulaire du ministère de la Justice du 22 février 2005 rappelle un arrêt de la chambre criminelle de la Cour de Cassation du 28 janvier 2004, selon lequel l'entrée en vigueur du CMP de 2001 « n'avait aucune incidence sur les poursuites en cours du chef de favoritisme »²⁹⁷. Ceci permet en outre de dissuader d'outrepasser les plafonds. Par ailleurs, la définition du délit de favoritisme en elle-même n'avait subi aucune modification. C'est précisément cette justification qui a été utilisée par la chambre criminelle de la Cour de Cassation le 7 avril 2004, et rappelée par le ministre de la Justice²⁹⁸ selon laquelle : « les dispositions nouvelles [...] modifiant les conditions de passation [...] ne s'appliquent pas aux infractions commises avant leur entrée en vigueur, dès lors que le texte législatif, support légal de l'incrimination, n'a pas été modifié ». Les éléments constitutifs du délit de favoritisme demeurent identiques. Ils sont au nombre de trois : un avantage injustifié, par un acte contraire aux dispositions législatives ou réglementaires, ayant pour objet de garantir la liberté d'accès et l'égalité des candidats.

Ce raisonnement nous apparaît dès lors transposable à la situation actuelle qui fait suite aux relèvements de seuils effectués par le plan de relance de l'économie²⁹⁹. Le risque pénal ne se trouve donc jamais loin.

Le 29 juin 2005, la chambre criminelle de la Cour de Cassation a condamné l'agent qui fractionne artificiellement les commandes, contrôle les livraisons et les factures transmises au service des paiements et présélectionne les titulaires des commandes, sachant que compte tenu de son expérience, ses avis techniques consultatifs sont le plus souvent suivis en commission. Donc la responsabilité de l'agent directement en cause peut être recherchée.

Il faut toutefois être vigilant face aux délégations de signature. Le délégant attribue au délégataire la capacité de signer des actes en son nom. Néanmoins le délégant conserve la compétence, et le délégataire agit sous sa surveillance et sa responsabilité. Or en droit pénal, l'article 121-1 du Code pénal pose le principe de responsabilité de son fait personnel³⁰⁰. C'est pour cette raison que le juge pénal recherchera d'abord la responsabilité de l'auteur immédiat de

²⁹⁷ En l'espèce il s'agissait d'un marché fractionné de façon injustifiée, supérieur à l'ancien seuil, mais inférieur au nouveau seuil en vigueur en 2001. Or, les faits ayant été commis avant l'entrée en vigueur du nouveau CMP, ce dernier ne pouvait trouver à s'appliquer, donc le délit de favoritisme a pu être valablement constaté. Cette solution étonne par sa rigueur, car le principe de la loi pénale plus douce d'application immédiate aurait pu être invoqué pour se prévaloir des nouvelles dispositions. Or la loi pénale est également d'interprétation stricte, donc nous pensons que c'est pour cette raison que ce principe n'a pas pu prospérer.

²⁹⁸ Réponse ministérielle, n°25220, JO de l'Assemblée nationale 17 août 2004, p. 6484.

²⁹⁹ Voir *supra* (Titre 1, Chapitre 1, Section 2).

³⁰⁰ Article 121-1 Code pénal : « Nul n'est responsable que de son propre fait ».

l'infraction, c'est-à-dire le délégataire. Cependant, il est établi depuis un arrêt rendu en 1956 par la chambre criminelle de la Cour de Cassation, que des poursuites peuvent tout de même être engagées à l'encontre du délégant. Ce dernier pourra alors se voir accusé de négligence fautive, en tant qu'« auteur médiat voire complice de l'infraction de favoritisme »³⁰¹.

Prenant conscience de l'ampleur de la crainte du délit de favoritisme pour les agents publics, le plan de relance de l'économie a envisagé de réduire la rigueur de sa mise en œuvre, en vain.

2) Un délit demeurant facilement constitué

Il a été question, lors de l'élaboration du plan, de modifier la définition du délit de favoritisme en vue de le rendre moins intransigeant. L'idée était d'introduire le critère de l'élément intentionnel pour que le délit soit constitué. Un amendement a alors été apporté : le délit de favoritisme ne pourrait être constitué que lorsqu'une personne a accordé « en connaissance de cause » et avec une intention délibérée, un avantage à l'un des candidats. Cependant la commission des lois du Sénat a fait part de ses réserves, puis des auteurs ont posé la double question de l'intérêt de l'établissement de règles spécifiques au seul délit de favoritisme, et non aux autres manquements au devoir de probité tels que la concussion, la corruption et le trafic d'influence, la prise illégale d'intérêts, la soustraction et le détournement de biens, ainsi que de la surabondance de l'expression « en connaissance de cause »³⁰².

La commission mixte paritaire a alors finalement décidé de supprimer l'amendement en intégralité. Nous pouvons toutefois présager que cette question n'a pas fini d'être traitée, et qu'elle fera sans doute l'objet de retouches prochaines, d'autant plus que certains auteurs³⁰³ n'hésitent pas à écrire que lorsque le juge décide de condamner, il expose, au moins en filigrane, qu'il y avait une volonté de contourner les règles afin de favoriser un candidat.

Le risque pénal encouru pour des faits de favoritisme est donc considérable.

Outre le juge pénal, le service central de prévention de la corruption exerce un contrôle non négligeable en la matière.

B/ Le contrôle du service central de prévention de la corruption

Le travail du service central de prévention de la corruption (SCPC) n'a aucune mesure avec le contrôle exercé par le juge pénal (2) car ces deux entités n'ont pas la même nature (1).

1) La nature du SCPC

³⁰¹ Palmier S. et Rayssac R., *Les MAPA : réussir la passation et l'exécution des marchés à procédure adaptée*, Le Moniteur, p. 166.

³⁰² Dreyfus J.-D., « Les nouvelles mesures de simplification du droit des marchés publics », AJDA 2009, p. 307.

³⁰³ Peyrical J.-M., « L'évolution du droit de la commande publique, quelques commentaires et réflexions », AJDA 2009, p. 965.

Le SCPC est un service à composition interministérielle du ministère de la Justice. Il a été créé par la loi Sapin³⁰⁴. Les conseillers sont originaires de multiples administrations³⁰⁵.

Ses missions se déclinent en six points : centraliser les informations nécessaires à la détection et à la prévention des faits de corruption active ou passive publique ou privée, de prise illégale d'intérêt, de concussion, de favoritisme et de trafic d'influence³⁰⁶ ; prêter son concours, sur leur demande, aux autorités judiciaires saisies des délits sus-énumérés ; donner des avis sur les mesures susceptibles de prévenir de tels faits, à diverses autorités qui en font la demande ; mettre en œuvre des actions de formation et de sensibilisation dans le cadre d'écoles d'application, de centres de formation publics, de grandes écoles et d'universités ; développer des activités internationales ; et enfin, développer des conventions de partenariat avec des entreprises.

Il peut être saisi par les préfets, les présidents et directeurs des établissements publics de l'Etat, les trésoriers-payeurs généraux et les autres comptables publics, les chefs d'exécutif des collectivités, les présidents d'établissements publics locaux, et enfin les dirigeants des organismes privés chargés d'une mission de service public. Les futurs cocontractants étant rares à se plaindre d'une malversation, seules les personnes chargées de faire respecter les textes ainsi que les concurrents évincés paraissent les plus susceptibles de saisir le SCPC.

Mais même une fois saisi, le travail du SCPC est incomparable à celui du juge pénal.

2) Les travaux du SCPC

Ses avis restent confidentiels : ils ne sont communiqués qu'à l'autorité qui les a demandés. Chaque année le SCPC établit un rapport adressé au Premier ministre et au ministre de la Justice. Le SCPC dénombre deux types de risques expliquant les problèmes spécifiques aux acheteurs publics.

Le risque structurel se manifeste dans « l'organisation administrative elle-même : une masse innombrable de personnes qui, à un moment donné, peuvent se trouver dans une situation où ils peuvent être tentés de céder, solliciter, protéger, ou s'affranchir des règles ». Les solutions devraient se concentrer au niveau de la formation des techniciens ou des politiques ainsi qu'au niveau de l'organisation interne des structures.

Le risque conjoncturel se situe dans la situation économique, doublée de la nécessité de préserver les emplois locaux, ce qui peut entraîner des propositions ou des sollicitations souterraines. Or nous savons que ce risque conjoncturel existe en réalité en tout temps.

Selon le SCPC, les MAPA constituent une vaste zone à risque en raison de la grande liberté laissée aux acheteurs publics pour en fixer les modalités. Il regrette d'autant plus cette liberté que le risque pénal n'est que peu craint et selon lui à juste titre, puisque non seulement les contrôles externes sont relâchés, mais également « il n'est pas apparu manifeste que depuis deux ans les bureaux des procureurs soient encombrés de saisines de l'article 40 du CMP³⁰⁷ ou de

³⁰⁴ Loi n°93-122 du 29 janvier 1993 relative à la prévention de la corruption et à la transparence de la vie économique et des procédures publiques.

³⁰⁵ La magistrature, l'Education nationale, la direction générale de la concurrence de la consommation et de la répression des fraudes, la gendarmerie nationale, la police, les chambres régionales des comptes, ou encore les impôts.

³⁰⁶ Ces délits sont énoncés par le code pénal aux articles 432-10 et suivants.

³⁰⁷ Cet article fixe les différentes tranches de marchés selon leur montant, et détermine quelles mesures de publicité doivent leur être appliquées.

multiples dénonciations de pratiques délictueuses ». Les craintes du SCPC doivent sans aucun doute se décupler aujourd'hui suite au rehaussement du plafond des MAPA de travaux³⁰⁸ .

De même, il considère que la possibilité de recourir à des marchés négociés en cas d'appel d'offres infructueux (offres inacceptables, irrégulières, ou inappropriées des articles 35 I 1^{er} alinéa et 35 II 3^{ème} alinéa)³⁰⁹ est une zone à risques supplémentaire, dans la situation où un appel d'offres serait volontairement rédigé de façon dissuasive afin de tomber dans le champ des marchés négociés, donc de pouvoir attribuer le marché à l'entreprise de son choix.

C'est pour cette raison que le SCPC suggère l'élaboration d'un « code général qui, recouvrant toutes les formes de la commande publique, rappellerait au premier chef le respect des principes de valeur constitutionnelle et d'application générale, contribuerait à donner cette cohérence et à marquer la volonté des pouvoirs publics de combattre l'arbitraire, la discrimination et l'opacité quelles que soient les techniques contractuelles ». Il suggère en outre d'introduire un « devoir de probité » en vue de la protection de l'honnêteté et de la sincérité dans l'achat public, s'inspirant ainsi du titre III du livre 4 du code pénal contenant une section 3 intitulée « des manquements au devoir de probité », sanctionnant les délits liés à la commande publique tels que la corruption ou le favoritisme.

Nous saisissons désormais mieux la masse de risques pesant sur les contrats : les difficultés certaines pour la négociation à prospérer face à de telles critiques.

Ainsi nous réalisons que paradoxalement, la négociation qui constitue pourtant un outil de libre rapprochement de l'offre et de la demande entre les futurs contractants, nécessite un cadre lorsqu'elle est utilisée par les acheteurs publics.

Section 2 : Nécessité paradoxale d'encadrer la négociation

Bien que la négociation ait pour noble but de faire converger l'offre du candidat (ou des candidats) et la demande de l'acheteur public, son utilisation est susceptible de porter atteinte au principe de non-discrimination, d'égalité de traitement dans l'accès à la commande publique, et à la transparence des procédures. Et nous venons de le voir, les risques contentieux se bousculent à la porte de l'acheteur public qui ose se frotter à l'épreuve de la négociation.

Y compris les DSP sont visées, car comme l'a énoncé le Conseil d'État le 23 décembre 2009, bien que fondées sur la négociation et l'*intuitu personae*, elles sont « soumises aux principes de liberté d'accès à la commande publique, d'égalité de traitement des candidats et de transparence des procédures, qui sont des principes généraux du droit de la commande publique »³¹⁰. Ces principes, faut-il le rappeler, visent deux objectifs : la bonne utilisation des deniers publics, ainsi que l'efficacité de l'achat public.

Nous obtenons donc le résultat paradoxal suivant : la négociation, pourtant procédure venant du droit privé, et vecteur tant de liberté contractuelle que de souplesse procédurale, doit être encadrée. Pour plus de clarté, nous traiterons cet encadrement suivant la phase de procédure

³⁰⁸ Voir *supra* (Titre 1, Chapitre 1, Section 2, §2).

³⁰⁹ Voir *supra* (Titre 1, Chapitre 2, Section 1, §2).

³¹⁰ Dreyfus J.-D., « L'obligation d'informer les candidats à une délégation de service public des critères de sélection des offres », AJDA 2010, n°9, p. 500.

concernée : l'information des candidats (§1), le choix des candidats admis à négocier (§2), et enfin la marge de modification des offres (§3).

§ 1/ L'information des candidats

L'information des candidats regroupe en réalité deux types d'informations : la diffusion des caractéristiques du contrat à négocier (A) ainsi que la divulgation aux candidats des offres concurrentes (B).

A/ La diffusion des caractéristiques du contrat à négocier

D'une part, nous savons depuis 1983 que la libre négociation ne doit pas conduire à remettre en cause les conditions initiales de mise en concurrence, au risque de rompre l'égalité de traitement des candidats³¹¹. A défaut, il y a rupture d'égalité entre les candidats. Cette solution n'a rien de surprenant.

D'autre part, le recours à la négociation doit être annoncé, au même titre que la forme de la négociation (entretiens ou échanges écrits), les conditions de la négociation (durée des séances, personne responsable des négociations, ou encore présentations d'échantillons), et la durée de la négociation si celle-ci est prévisible.

Des précisions récentes ont été apportées tant pour les procédures des DSP (1) que pour celles des MAPA (2).

1) La diffusion des caractéristiques des DSP négociées

Dans l'arrêt Communauté d'agglomération Salon-Etang-de-Berre-Durance rendu le 20 octobre 2006, le Conseil d'État soumet les DSP aux principes de transparence des procédures et d'égal accès des candidats. Bien que la loi Sapin³¹² ne prévoit qu'un document concernant les caractéristiques qualitatives et quantitatives des prestations attendues et le cas échéant, les conditions de tarification du service rendu à l'utilisateur, la personne publique délégante doit offrir aux candidats, avant le dépôt de leurs offres, une « information sur les critères de sélection des offres ». La cour administrative d'appel de Lyon le rappelle dans un arrêt rendu le 14 mai 2009³¹³.

Cette information n'a toutefois pas à être développée sur leur mise en œuvre, car le délégant choisit « au regard d'une appréciation globale des critères », permettant ainsi

³¹¹ Arrêt CE 22 avril 1983 Auffret et Dumoulin. Par exemple l'acheteur public ne peut pas modifier son cahier des charges après le dépôt des plis, pour finalement choisir le projet se rapprochant le plus des modifications fraîchement apportées. Il doit rouvrir la consultation afin d'informer l'ensemble des candidats de ses nouveaux besoins (dans la limite des stipulations réputées intangibles).

³¹² Loi Sapin du 29 janvier 1993 relative à la prévention de la corruption et à la transparence de la vie économique et des procédures publiques.

³¹³ Dreyfus J.-D., arrêt CAA Lyon 14 mai 2009 Société d'économie mixte pour l'exploitation des réseaux d'eau et d'assainissement et la protection de l'environnement (SEMERAP), AJDA 2009, n°33, p. 1832.

l'expression de la libre négociation dans la procédure. Donc contrairement aux marchés publics, la personne publique délégante n'est pas tenue d'informer les candidats des modalités de mise en œuvre de ses critères. Elle peut ainsi « choisir le délégataire après négociation [...] sans être contrainte par des modalités de mise en œuvre préalablement déterminées »³¹⁴.

Cette décision sur les DSP fait écho à l'arrêt Agence nationale pour l'emploi rendu le 30 janvier 2009 par le Conseil d'État, concernant cette fois les MAPA.

2) La diffusion des caractéristiques des MAPA négociés

Dans l'arrêt Agence nationale pour l'emploi, il est décidé que pour assurer le respect des principes fondamentaux, « l'information appropriée des candidats sur les critères d'attribution d'un marché public est nécessaire, dès l'engagement de la procédure d'attribution du marché, dans l'avis d'appel public à concurrence ou le cahier des charges tenu à la disposition des candidats ; [que] dans le cas où le pouvoir adjudicateur souhaite retenir d'autres critères que celui du prix, l'information appropriée des candidats doit alors porter également sur les conditions de mise en œuvre de ces critères ; [qu'] il appartient au pouvoir adjudicateur d'indiquer les critères d'attribution du marché et les conditions de leur mise en œuvre selon les modalités appropriées à l'objet, aux caractéristiques et au montant du marché concerné ».

Là réside la différence avec les DSP. Les MAPA doivent informer des « conditions de mise en œuvre des critères ». La simple indication des critères, sans aucun élément permettant aux candidats de déterminer leur importance respective, est insuffisante. La personne publique est tenue, dès l'engagement de la procédure, d'informer de manière appropriée le candidat des critères d'attribution du marché³¹⁵. Pour autant la pondération n'est pas imposée, et la négociation fait toujours partie des options possibles³¹⁶. Cette solution intermédiaire embrasse tout à fait la logique des procédures non formalisées puisqu'elle permet au pouvoir adjudicateur de déterminer lui-même les modalités les plus appropriées. Tout dépend en définitive de l'objet du marché et du contexte dans lequel il est passé : il peut être suffisant d'indiquer quels sont les critères prioritaires et ceux qui n'ont qu'un caractère subsidiaire. Autrement dit, le Conseil d'Etat n'a pas souhaité donner un contenu prédéterminé aux conditions de mise en œuvre des critères d'attribution du marché. Comme le relevait Bertrand Dacosta dans ses conclusions, les pouvoirs adjudicateurs, surtout pour les marchés proches du seuil de 90 000 €, ont intérêt à privilégier la méthode de la pondération lorsqu'elle est possible, afin de parer aux éventuels contentieux³¹⁷.

Une réponse ministérielle³¹⁸ a d'ailleurs précisé la condition initiale de mise en œuvre de négociations dans la procédure. Elle explique que l'article 28 du CMP dispose que la passation des MAPA permet au « pouvoir adjudicateur [de] négocier avec les candidats ayant présenté une offre ». Celui-ci doit être combiné avec l'article 42 qui prévoit que « pour les marchés passés selon une procédure adaptée, le règlement de la consultation peut se limiter aux caractéristiques principales de la procédure et du choix de l'offre ». Or il est clair que le recours à la négociation constitue une caractéristique principale de la procédure. Donc en vertu de la transparence des

³¹⁴ <http://www.marchespublics.net>

³¹⁵ Pastor J.-M., arrêt CE 30 janvier 2009 Agence nationale pour l'emploi, « La transparence sur les critères d'attribution s'applique à tous les marchés », AJDA 2009, n°4, p. 183.

³¹⁶ Dreyfus J.-D., « L'obligation d'informer les candidats à une délégation de service public des critères de sélection des offres », AJDA 2010, n°9, p. 500.

³¹⁷ Dacosta B., in Dreyfus J.-D., « L'obligation d'informer les candidats des conditions de mise en œuvre des critères d'attribution du marché », AJDA 2009, n°11, p. 602.

³¹⁸ Réponse du ministère de l'économie, de l'industrie et de l'emploi publiée dans le JO du Sénat du 07/05/2009 - page 1142.

procédures, le pouvoir adjudicateur est tenu de mentionner le recours à la négociation dans l'avis de publicité ou dans les documents de la consultation s'il envisage d'y recourir.

La négociation nécessite la diffusion des informations concernant les caractéristiques du contrat négocié. Elle peut également mener, parfois, à divulguer les offres des concurrents.

B/ La divulgation aux candidats des offres concurrentes

Bien que les marchés négociés constituent la forme de négociation la plus formalisée dans le code et que le nombre de contentieux sur la négociation des marchés négociés est bien plus faible que celui existant pour la négociation des DSP³¹⁹, la jurisprudence continue de la cadrer. Les cours administratives d'appel se sont illustrées en la matière.

Le 5 novembre 2007, la cour administrative d'appel de Bordeaux conclut à la rupture d'égalité de traitement dans l'attribution d'un marché négocié³²⁰. Par erreur, l'acheteur public a publié l'attribution du marché à une entreprise ainsi que le montant de son offre, pour finalement sélectionner une autre entreprise. Or il n'a pas été démontré que l'entreprise dont l'offre a été dévoilée ait été informée des offres de ses concurrents lors de la négociation. Par conséquent la faute de l'acheteur public a « été de nature à porter atteinte à l'égalité de traitement dont devaient bénéficier les entreprises candidates et a privé la société [requérante] d'une chance sérieuse d'obtenir l'attribution du marché, même si, à l'instar d'ailleurs de l'entreprise retenue, elle n'a pas, en cours de négociation, accepté de baisser le montant de son offre ». Ainsi, l'acheteur public aurait certainement annihilé son erreur en divulguant à tous les candidats les offres de chacun, rétablissant ainsi l'égalité de traitement entre les candidats. Pour autant, on peut se demander si cette divulgation n'aurait pas débouché sur une entente entre les candidats, ou à tout le moins, à des stratégies individuelles susceptibles de fausser le résultat de la consultation³²¹.

En tout état de cause, il faut garder à l'esprit que la divulgation des offres à tous les candidats ne peut se faire sans heurt, surtout si des secrets sont en cause. En effet les négociations ne doivent pas conduire à violer le principe de la confidentialité des offres en donnant aux candidats des éléments susceptibles de révéler des secrets commerciaux, des brevets, ou des savoir-faire particuliers³²².

Si jusqu'à présent c'est du principe de transparence qu'il s'agissait, il faut à présent se pencher sur celui du libre accès à la commande publique, et s'attacher à rechercher quelle est la marge de manœuvre dont dispose l'acheteur public pour choisir les candidats admis à négocier.

§ 2/ Le choix des candidats admis à négocier

³¹⁹ Wallerich M., arrêt CAA Nancy 08 janvier 2009, « Les candidats à un marché négocié peuvent-ils négocier leur offre ? », AJDA 2009, p. 755.

³²⁰ Arrêt CAA Bordeaux 5 novembre 2007, « Rupture d'égalité de traitement entre les candidats dans l'attribution d'un marché négocié », AJDA 2008, p. 317.

³²¹ Arrêt CE 22 décembre 2008 Communauté d'agglomérations Salon-Etang de Berre-Durance, JCPA 2009, n°9, p. 34.

³²² Le responsable du service commande publique du Conseil général de La Réunion regrette d'ailleurs que la négociation ne puisse pas être opérée à son maximum en raison du secret des affaires.

L'acheteur public souhaite parfois réduire le nombre des candidats avec lesquels il négociera. Cette réduction doit cependant respecter certaines règles car elle vient s'entrechoquer avec le principe de libre accès à la commande publique.

Dans les procédures formalisées, les acheteurs publics ne peuvent librement choisir les opérateurs économiques appelés à négocier. Le CMP permet d'en limiter le nombre, à la condition de l'avoir annoncé préalablement dans l'avis d'appel public à la concurrence, mais il est interdit de fixer un nombre minimal de candidats inférieur à trois³²³. Des précisions sont apportées tant pour les procédures formalisées (A) que pour celles qui ne le sont pas (B).

A/ Le choix des candidats dans les procédures formalisées

Par exemple, dans le cadre d'un marché négocié passé après un appel d'offres infructueux, la cour administrative d'appel de Bordeaux a rappelé l'article 35-I-1° : « pour être dispensé de procéder à une nouvelle mesure de publicité, le pouvoir adjudicateur ne négocie qu'avec les candidats admis antérieurement à présenter une offre ; [or] le groupement solidaire [retenu] ne figurait pas sur la liste des candidats admis à présenter une offre lors de la procédure d'appel d'offres initiale ; par suite, le marché qui n'a pas fait l'objet d'une nouvelle mesure de publicité a été conclu au terme d'une procédure irrégulière »³²⁴.

Mais il faut ajouter qu'en vertu de l'article 66 V du CMP, la négociation ne s'engage pas avec les offres inappropriées. Elle s'engage avec les autres offres, même celles jugées irrégulières ou inacceptables³²⁵, car elle peut avoir pour effet des les rendre régulières ou acceptables³²⁶.

Les principes fondamentaux sont aussi présents en cas de procédures non formalisées.

B/ Le choix des candidats dans les procédures non formalisées

Si l'acheteur public recourt au MAPA, négocier avec un seul des deux candidats, sans offrir à l'autre la même possibilité d'ajuster son offre, crée une rupture de l'égalité de traitement des candidats, et contrevient au principe de transparence des procédures³²⁷.

Pour ce qui est des DSP en revanche, l'acheteur public déléguant bénéficie par principe d'une liberté de choix des candidats avec lesquels il souhaite négocier. Ainsi, il a été décidé que l'autorité déléguante n'est pas tenue d'engager des négociations avec l'ensemble des candidats admis. C'est pourquoi elle ne méconnaît pas le principe d'égalité de traitement en ne les retenant pas tous³²⁸, car la négociation sert à rapprocher les offres des besoins de l'acheteur public.

³²³ Circulaire du 29 décembre 2009 relative au Guide de bonnes pratiques en matière de marchés publics. Dans la pratique, si moins de trois candidats se présentent, les acheteurs doivent négocier avec tous les candidats admis à cette négociation

³²⁴ Arrêt CAA Bordeaux 15 juillet 2008, « Conditions de dispense de publicité pour un marché négocié », AJDA 2008, p. 2243.

³²⁵ Pour rappel, ce sont respectivement les offres sans rapport avec le besoin de l'acheteur public, celles qui apportent une réponse au besoin mais qui sont incomplètes, et celles qui ne respectent pas la législation en vigueur ou qui excèdent les crédits budgétaires prévus

³²⁶ <http://www.marche-public.fr>

³²⁷ Arrêt CAA Lyon 23 novembre 2006 Communauté de communes du Tournonais.

³²⁸ Arrêt CE 23 mai 2008 Musée Rodin.

Elle peut également décider de négocier avec des candidats non retenus par la commission, sous réserve de motiver sa décision.

Le Professeur Jean-David Dreyfus considère d'ailleurs que « la liberté de la personne publique délégante se situe à un double niveau : elle peut engager des négociations avec un seul candidat et elle est en droit de demander aux candidats de modifier leurs offres »³²⁹.

§ 3/ La marge de modification des offres

Enfin, il convient d'aborder ce que vise la négociation en premier lieu : la modification des offres. C'est ce que le juge administratif s'est attaché à éclaircir. Il faut en effet avoir à l'esprit que l'offre du candidat fera assurément l'objet de négociations, ce qui n'est pas le cas du cahier des charges, en raison du principe d'intangibilité³³⁰ des caractéristiques principales du marché.

La circulaire énumère les éléments pouvant faire l'objet de négociations³³¹. Il s'agit du prix, qui peut regrouper plusieurs coûts : le coût d'acquisition, le coût de stockage ou de transformation, le prix des accessoires, des options, des pièces de rechange, des garanties, de l'entretien, de l'assurance, ou encore du transport. Ensuite, tant les quantités (leur nombre ou leur fréquence), que les qualités (leur niveau, ou leur incidence sur les prix) des prestations peuvent être négociées. De même, le délai constitue un élément de négociation, à travers les incertitudes liées au transport par exemple. Enfin, peuvent être négociées les garanties de bonne exécution du marché telles que les pénalités ou les conditions de résiliation.

Les règles phares en la matière ont été données en matière de DSP (A), et les marchés négociés s'inscrivent dans cette jurisprudence (B).

A/ La marge de modification des offres en DSP

Pour ce qui est des DSP, il est admis que « si certaines offres ne correspondent pas exactement aux exigences de service public énoncées dans le règlement particulier d'appel d'offres, la collectivité peut, sans manquer aux obligations de mise en concurrence, dans le cadre des discussions de L.1411-5 [du CGCT], demander à certains candidats de modifier leur offre pour qu'elle satisfasse à ces exigences »³³². C'est ce qu'on appelle la régularisation des offres non conformes. Elle est fréquemment avalisée par le juge administratif³³³. Cette possibilité est cadrée par deux limites. Pour inviter un candidat à régulariser une offre non conforme, les exigences

³²⁹ Dreyfus J.-D., arrêt CE 14 mars 2003 Société Air Lib, « La délégation du service public de desserte aérienne de la Corse en question », AJDA 2003, p. 1052.

³³⁰ Sauf dans le cas évoqué *supra* (§1, A).

³³¹ <http://www.marche-public.fr>

³³² Dreyfus J.-D., arrêt CE 14 mars 2003 Société Air Lib, « La délégation du service public de desserte aérienne de la Corse en question », AJDA 2003, p. 1052.

³³³ Arrêt CAA Bordeaux 3 mars 2009 M. Jean-Marc X et autres, JCPA 2009, n°29, p. 30 : « si l'offre de la SOBEP ne correspondait pas en tous points aux exigences de service public énoncées notamment dans le cahier des charges en ce qu'il prévoyait deux relevés de compteurs d'eau par an, le SIEP pouvait, sans manquer aux obligations de mise en concurrence qui lui incombait, dans le cadre des discussions engagées sur le fondement de l'article L.1411-5 CGCT, demander à la candidate intéressée de modifier son offre afin qu'elle satisfasse aux exigences ; que d'ailleurs, dans le cadre des discussions, la SOBEP a formulé une proposition conforme aux exigences du cahier des charges ».

non respectées ne doivent pas avoir été érigées en condition de recevabilité dans les documents de consultation, et les éléments en cause ne doivent pas être substantiels, comme en l'espèce concernant l'oubli des deux relevés de compteur par an. En effet, la négociation a pour but d'apporter de la souplesse, non de rallonger la procédure.

Mais à l'opposé, le principe de libre négociation n'autorise pas l'autorité compétente à modifier unilatéralement les offres des candidats. C'est pourquoi des modifications qui ne résultent pas de négociation avec les parties intéressées rompent l'égalité de traitement entre les candidats³³⁴. Des adaptations au contrat ne peuvent être apportées lors de la passation que si elles sont d'une « portée limitée, justifiées par l'intérêt du service, et qu'elles ne présentent pas, entre les entreprises concurrentes, un caractère discriminatoire »³³⁵. Pour exemple, des travaux supplémentaires de sécurité sont justifiés par l'intérêt du service puisqu'ils prennent acte des nouveaux impératifs en la matière, et ils ne présentent pas de caractère discriminatoire car ils sont de portée limitée : 58 millions d'euros supplémentaires pour un montant global d'1,3 milliard d'euros³³⁶. En revanche, la diminution d'un tiers du montant des travaux n'est pas de portée limitée et a donc un caractère discriminatoire, de nature à fausser les règles de concurrence entre les entreprises, justifiant l'annulation de la procédure³³⁷.

Que faire si la négociation induit des modifications substantielles de l'offre initiale ? Dans une ordonnance de première instance en 2005³³⁸, il a été décidé que les offres avaient si évolué qu'elles en étaient devenues des offres nouvelles, ce qui tombe sous le coup d'un manquement aux obligations de publicité et de mise en concurrence. En face de cette ordonnance, il a été décidé au contraire que lors de la phase de négociation, une offre tarifaire qualifiée de nouvelle peut être acceptée : elle doit simplement ne pas être contraire au principe d'égalité entre les candidats, et elle ne doit pas entraîner un bouleversement des conditions initiales de la concurrence ou du projet du délégant dont les candidats n'auraient pas été informés³³⁹. Le Conseil d'État a finalement protégé cette conception libérale du régime des DSP en admettant que « le principe de libre négociation ne permet pas de considérer qu'une offre est nouvelle au seul motif que son montant est très inférieur au montant de l'offre initiale [...] »³⁴⁰.

Le juge administratif veille à ce que la jurisprudence en matière de marchés négociés soit cohérente avec celle dégagée pour les DSP.

B/ La marge de modification des offres en marchés négociés

En 2009, la cour administrative d'appel de Nancy a conclu à la rupture de l'égalité de traitement car si l'acheteur public engage les négociations avec les candidats de son choix et dans le respect de l'égalité de traitement, ces derniers « ne peuvent spontanément modifier l'offre qu'ils

³³⁴ Ordonnance TA Strasbourg 22 juillet 1998 Association S. Eau S.

³³⁵ Arrêt CE 21 juin 2000 Syndicat intercommunal Côte d'Amour et de la presqu'île guérandaise.

³³⁶ Arrêt CE 29 avril 2002 Groupement des associations de l'ouest parisien et autres.

³³⁷ Dreifuss M., arrêt CAA Paris 13 juin 2006 Commune d'Asnières-sur-Seine, « Transparence dans la procédure de passation d'une délégation de service public et adaptations limitées de l'objet du contrat », AJDA 2006, n°33 p. 1844.

³³⁸ Ordonnance du TA de Bordeaux 26 juillet 2005 Société AGUR.

³³⁹ Braconnier S., ordonnance TA Pau 17 octobre 2005 Société AGUR, « Étendue de la négociation dans la procédure de délégation de service public », AJDA 2006 p. 554.

³⁴⁰ Arrêt CE 9 août 2006 Commune d'Asnières-sur-Seine.

ont déposée au cours des discussions sauf relativement à des clauses du contrat sur lesquelles [l'acheteur public] entend négocier »³⁴¹.

Cela ne signifie toutefois pas que des adaptations ne soient pas permises, mais elles doivent être « de portée limitée, justifiées par l'intérêt du service, et ne pas présenter un caractère discriminatoire pour les candidats »³⁴².

L'arrêt des juges de Nancy s'inscrit dans les principes dégagés par cette jurisprudence, même si celle-ci a essentiellement été rendue en matière de DSP.

La frontière la plus sensible à ne pas dépasser lors de la négociation pour toute procédure est donc symbolisée par le principe d'égalité de traitement des candidats et l'interdiction de provoquer des discriminations injustifiées lors de l'organisation de la négociation³⁴³.

Nous pouvons par conséquent relever une sorte de dynamique de convergence entre les procédures de passation des marchés publics et celle des DSP. Les premiers bénéficient d'une facilité accrue pour la négociation, les secondes se voient appliquer des règles plutôt attribuées aux marchés, comme la réduction de la part de l'*intuitu personae*³⁴⁴.

Toutefois, nous devons être vigilants. Réduire la part de l'*intuitu personae* ne signifie pas forcément réduire la part de la négociation. Réduire la part de la liberté de la procédure ne signifie pas forcément réduire la part de la négociation. Augmenter les obligations de publicité ne signifie pas réduire la place de la négociation. C'est l'appel d'offres qui interdit la négociation. Mais une procédure formalisée peut organiser la négociation, en témoignent le marché négocié ou le dialogue compétitif.

Ces idées reçues, comprises comme des blocages juridiques, doivent être combattues aussi bien que les blocages psychologiques.

Chapitre 2 : Les blocages psychologiques

Les acheteurs publics sont rebutés à l'idée de la négociation, en raison de blocages juridiques qui se sont ancrés dans leur comportement au point de créer de véritables blocages psychologiques à la pratique.

³⁴¹ Wallerich M., arrêt CAA Nancy 08 janvier 2009, « Les candidats à un marché négocié peuvent-ils négocier leur offre ? », AJDA 2009, p. 755.

³⁴² Arrêt CE 21 juin 2000, Syndicat intercommunal de la Côte d'Amour et de la Presqu'île guérandaise.

³⁴³ Arrêt CE 15 juin 2001 Syndicat intercommunal d'assainissement de Saint-Martin-de-Ré et le Flotte-en-Ré.

³⁴⁴ Pour exemple, dans l'arrêt Département de la Vendée rendu le 7 novembre 2008, le Conseil d'État accepte d'effectuer un contrôle de l'erreur manifeste d'appréciation sur le choix du délégataire.

Ainsi, le choix du délégataire n'est plus entièrement discrétionnaire, mais il n'atteint tout de même pas le contrôle rencontré en matière de marchés publics. Comme l'explique le rapporteur public Bertrand Dacosta, « le droit des délégations de service public est atteint d'une forme bénigne, mais réelle, de schizophrénie. D'un côté, la proclamation réitérée du rôle clé de l'*intuitu personae* et de la singularité ontologique de cette catégorie de contrats ; de l'autre, son imprégnation croissante par des principes de portée générale. D'un côté, l'affirmation de la liberté de choix ; de l'autre, une application stricte du principe d'égalité dans les phases de recueil des offres et de négociation » Dacosta B., *in* Dreyfus J.-D., « L'obligation d'informer les candidats à une délégation de service public des critères de sélection des offres », AJDA 2010, n°9, p. 500.

Ceux-ci se manifestent en des difficultés à trouver des avantages à la négociation (Section 1) qui ne peuvent être surmontés que par une formation adaptée des agents (Section 2).

Section 1 : Les difficultés à trouver des avantages à la négociation

Étonnamment, les personnes publiques étaient friandes des procédures offrant « la plus grande liberté »³⁴⁵ dans les années 1970. En effet, le doyen Debbasch utilise des statistiques à l'appui de cette appréciation³⁴⁶. Entre 1971 et 1974, aussi bien l'Etat que les collectivités locales utilisaient majoritairement des contrats de gré à gré. Par exemple en 1972, les services de l'Etat ont passé 73,8% des marchés les plus importants en montant, de gré à gré. La plus petite proportion de gré à gré retrouvée pour cette même année se trouve chez les collectivités locales : 50%. Ainsi, durant cette période, c'est le marché négocié qui a la part belle. L'adjudication ou l'appel d'offres se disputent la deuxième place selon l'année.

Pourquoi une telle crainte de la négociation aujourd'hui ?

Le marché négocié offre l'avantage de constituer une procédure formalisée, au niveau de laquelle les risques contentieux se font moins nombreux que pour les MAPA. Or ils ne peuvent être utilisés que dans des cas précis. Pour cette raison, nous concluons que c'est la récente liberté dans la négociation, associée aux risques encourus, qui dissuadent d'utiliser la négociation telle qu'elle est encouragée aujourd'hui.

En conséquence, la pratique de la négociation ne détrône pas l'appel d'offres car pour certains praticiens, ses inconvénients (§1) surpassent ses avantages (§2).

§ 1/ Inconvénients détectés

« Nous n'avons pas le temps de nous perdre dans les fantaisies de la négociation », telle a été la réaction du responsable du service marché public du Conseil régional de La Réunion lorsque nous lui avons demandé quel usage la collectivité faisait de la négociation.

La circulaire de 2009 portant guide de bonnes pratiques le reconnaît d'ailleurs elle-même : lorsqu'il négocie, l'acheteur public doit s'accommoder de deux contraintes. La première est d'assurer aux candidats le respect des principes fondamentaux. La seconde est constituée par le respect du secret industriel et commercial entourant le savoir-faire des candidats. Ces contraintes se transforment en carcan (A) et l'induisent à préférer la procédure de l'appel d'offres (B).

A/ Le carcan : les principes fondamentaux

³⁴⁵ Debbasch C., *Institutions et droit administratifs, Tome 2 L'action et le contrôle de l'administration*, Thémis Droit, PUF, p. 178.

³⁴⁶ *Ibid.*, p. 180 et 181.

Les multiples réformes tant communautaires qu'internes entourant la commande publique ont eu pour conséquence d'accroître la technicité de l'achat public, désormais enserré dans les carcans des principes fondamentaux de libre accès, d'égal traitement, et de transparence des procédures. Ces principes visent à l'efficacité de l'achat public et à la bonne gestion des deniers publics, tout en assurant la traçabilité des échanges car il faut réussir à mettre les opérateurs « dans une situation de concurrence saine et loyale »³⁴⁷. C'est pour cette raison que les acheteurs publics se sentent dans une situation inconfortable au moment de négocier.

Pourtant, l'enjeu est de parvenir à la meilleure offre au meilleur prix : pousser les concurrents dans leurs retranchements, mais tout en préservant les secrets industriels et en respectant les trois principes. Le responsable du service commande publique du Conseil général de La Réunion parle d'ailleurs de travail d'« équilibriste ». Il est évidemment impensable que l'acheteur public use des stratagèmes connus dans le monde privé des affaires, tels que les conversations téléphoniques dans lesquelles on laisserait sous-entendre qu'un concurrent est sur le point de remporter le marché en raison d'une prestation bien plus intéressante. Pourtant, il faut réussir à informer chacun des candidats de certains éléments de l'offre concurrente, sans qu'il s'agisse obligatoirement des mêmes éléments, ou encore inciter les candidats à concéder des avantages lors d'échanges individuels, tout en le dissimulant aux autres concurrents.

Ce carcan fait que les agents publics chargés des achats n'aiment pas s'aventurer sur le terrain glissant de la négociation et préfèrent le domaine balisé des procédures formalisées.

B/ La conséquence : la préférence de l'appel d'offres

Au fil des rencontres avec les agents chargés des achats publics, nous avons pu nous rendre compte que la négociation est perçue comme « une perte de temps³⁴⁸ et d'énergie, pour un résultat qui aurait pu intervenir bien avant avec une procédure d'appel d'offres classique, laquelle constitue en outre la procédure la plus sécurisante et la plus maîtrisée »³⁴⁹. Ce ressenti se comprend, au vu tant de la multitude des risques contentieux que de la simplicité de l'appel d'offres (« nous appelons, nous recevons, nous analysons, nous choisissons, contrairement à la négociation qui implique en outre de ré-analyser et re-sélectionner »³⁵⁰).

Il arrive même que la négociation soit vécue comme aboutissant à un résultat pire que lors d'un appel d'offres. Il nous a par exemple été confié que le jeu de la négociation avait mené à un prix bien plus élevé que celui qui était pressenti lorsque l'hypothèse de l'appel d'offres était envisagée. Si l'acheteur public avait utilisé l'appel d'offres, le cahier des charges aurait fixé le prix initialement souhaité, et les candidats auraient exposé les prestations possibles avec un tel prix. Suite à la négociation, les candidats ont ajouté des prestations séduisantes mais non indispensables, ce qui a eu pour effet d'augmenter le prix. Là s'est posée la question de savoir si la négociation permet d'aboutir à l'offre la plus avantageuse économiquement.

Notre réponse est positive. La négociation constitue précisément un outil certes délicat à manier, mais qui permet de faire converger les intérêts de l'acheteur et du candidat.

³⁴⁷ Guillou Y.-R., Glatt J.-M., « Négociation, discussion, échange : des leviers pour l'efficacité de la commande publique », Contrats Publics n° 84 du 1er janvier 2009, contenu en ligne.

³⁴⁸ Le responsable du service commande publique du Conseil général de La Réunion estime qu'un appel d'offres dure en moyenne quatre mois, une procédure négociée cinq à six mois, et un dialogue un an.

³⁴⁹ Propos recueillis auprès du responsable du service commande publique du Conseil général de La Réunion.

³⁵⁰ *Ibid.*

§ 2/ Avantages à rappeler

La négociation présente des avantages à deux niveaux : elle apporte une réponse sur-mesure bienvenue en cas de projets complexes (A), et elle atteint mieux les objectifs de la commande publique. Donc les trois principes n'ont plus de raison de constituer un obstacle (B).

A/ Une réponse sur-mesure dans le cadre de projets complexes

Des auteurs expliquent que malgré leurs réticences à négocier, « les acteurs de l'achat public eux-mêmes plaident de plus en plus en faveur de dispositifs souples, susceptibles de leur laisser la possibilité de trouver une réponse « sur-mesure » à leur besoin. La négociation peut, à certains égards, permettre d'acquérir des biens de façon plus réactive et plus efficace »³⁵¹.

Cette situation se comprend parfaitement lorsqu'il s'agit, pour l'acheteur public, de passer des contrats pour des projets complexes. Dans ce cas la négociation a toute sa place, d'autant plus que le prix, traditionnel critère pivot du choix du cocontractant, a été supplanté par celui de l'offre économiquement la plus avantageuse. D'ailleurs, nous pouvons même dire plus l'objet est complexe, plus la négociation (sous quelque forme que ce soit) sera possible. L'exemple le plus parlant est celui du dialogue compétitif qui sert plus à choisir une solution, un projet, qu'à choisir un candidat³⁵². Le but de la négociation (*lato sensu*) ou du moins de la discussion, est de modeler progressivement les offres pour qu'elles satisfassent au besoin finalement traduit.

A l'opposé, l'appel d'offres découragerait les candidats, puisque sans négociation, ou du moins sans dialogue en amont, les coûts en recherche et en information seraient exorbitants par rapport à la chance de se voir attribuer le contrat. Les prix proposés s'élèveraient d'autant (les primes de risque servant à couvrir les éventuels coûts d'adaptation des contrats sont estimées en moyenne à 10% de la valeur totale des offres³⁵³). Par conséquent, ne pas utiliser la négociation pour des projets complexes n'est bénéfique ni aux candidats ni aux acheteurs publics.

Par conséquent c'est la négociation qui constitue le moyen le plus efficace pour faire face à un besoin complexe et à un projet d'une technicité particulière. Le caractère dérogoire de la négociation *lato sensu* se dissipe ainsi peu à peu. Celle-ci, en outre, respecte les principes fondamentaux puisqu'elle permet mieux d'atteindre leurs objectifs.

B/ Un moyen pour atteindre les objectifs visés par les principes fondamentaux

L'enjeu est bien sûr de négocier dans le respect des principes aujourd'hui de valeur constitutionnelle³⁵⁴, et ce quel que soit le montant du contrat³⁵⁵, sous peine de voir la procédure

³⁵¹ Guillou Y.-R., Glatt J.-M., « Négociation, discussion, échange : des leviers pour l'efficacité de la commande publique », Contrats Publics n° 84 du 1er janvier 2009, contenu en ligne.

³⁵² Voir *supra* (Titre 1, Chapitre 2, Section 2, §1).

³⁵³ Besson E., Rapport du 27 mai 2008 rendu au Premier ministre, Mieux acheter pour un meilleur service du public : des marchés publics complexes aux partenariats public-privé.

³⁵⁴ Le Conseil constitutionnel semble avoir fait découler leur valeur des articles 6 et 14 de la Déclaration des Droits de

annulée par le juge administratif ou pénal. Or ces principes, nous le savons, servent des objectifs³⁵⁶. Par conséquent il suffit de changer de vision et de reconnaître que ces principes ne sont pas « des contraintes mais [...] des modalités d'encadrement et d'encouragement du recours à la négociation dans la passation des contrats publics »³⁵⁷.

D'ailleurs, la circulaire du 29 décembre 2009³⁵⁸ édicte les procédures de « dialogue » et de « négociation » doivent être utilisées car elles permettent « d'obtenir un meilleur achat dans le respect des règles de transparence ». Elle considère également que la négociation constitue désormais « un élément décisif de la qualité de l'achat public ».

La négociation apparaît dès lors comme l'« outil privilégié de sélection du cocontractant le plus efficient et le mieux à même à satisfaire les besoins du pouvoir adjudicateur »³⁵⁹. Elle doit cesser d'être vue comme une somme de concessions puisqu'elle permet d'atteindre le point de rencontre des intérêts de chacun.

La négociation, ou du moins le dialogue, la discussion, ou plus largement l'échange, sont devenus des atouts incontournables pour obtenir l'offre économiquement la plus avantageuse. Cela est désormais admis très largement puisqu'elle permet de réaliser un achat efficace, tout en garantissant la bonne gestion des deniers publics. Mais pour en user confortablement, il faut recourir à des acheteurs formés à cette technique. Telle est finalement la meilleure solution à apporter pour annihiler les réticences.

Section 2 : La nécessité d'une formation adaptée des agents

Les agents chargés de la négociation dans les achats publics n'en connaissent pas les ficelles. Le rapport du SCPC de 2005 montre le désarroi des agents : « nous sommes seuls, personne ne nous renseigne, les services de l'Etat nous laissent nous débrouiller car il ne se sentent pas concernés par ces procédures dont ils n'ont que peu à connaître et à contrôler »³⁶⁰.

C'est pourquoi il nous semble que les acheteurs publics souhaitant utiliser la négociation se doivent, au minimum, de guider leurs agents à travers des règlements internes (§1). Toutefois, la meilleure solution reste celle de la formation au nouveau métier d'acheteur public (§2).

§ 1/ L'élaboration de règlements internes

l'Homme et du Citoyen du 26 août 1789 dans le point 10 de sa décision DC n°2003-473 du 26 juin 2003 relative à la loi habilitant le Gouvernement à simplifier le droit.

³⁵⁵ Avis CE 27 juillet 2002 Société MAJ Blanchisseries de Pantin.

³⁵⁶ Article 1er II du CMP.

³⁵⁷ Guillou Y.-R., Glatt J.-M., « Négociation, discussion, échange : des leviers pour l'efficacité de la commande publique », Contrats Publics n° 84 du 1er janvier 2009.

³⁵⁸ Circulaire du 29 décembre 2009 relative au Guide de bonnes pratiques en matière de marchés publics.

³⁵⁹ Guillou Y.-R., Glatt J.-M., « Négociation, discussion, échange : des leviers pour l'efficacité de la commande publique », Contrats Publics n° 84 du 1er janvier 2009, contenu en ligne.

³⁶⁰ Linditch F., « Rapport 2005 du Service central de prévention de la corruption : « c'est du brutal » », JCPA 2007, n°8, p. 34.

Les agents chargés de la négociation, dans la plupart des cas que nous avons pu observer, ne sont absolument pas familiers de cette pratique. Dans telle situation, les acheteurs publics réagissent régulièrement par la voie de règlements ou de guides internes, comme le recommande la circulaire de 2009³⁶¹. Cette réaction a en outre le mérite de permettre à tout agent fraîchement affecté de pouvoir mener des négociations à terme et sans heurt, car nous savons combien la mobilité interne est un phénomène récurrent.

Or ces guides internes portent un intérêt à la négociation à géométrie variable, en vertu du principe de libre organisation des collectivités. Peu nombreux sont ceux qui ont un potentiel de formation (B), car la plupart se limitent à une présentation succincte de la négociation (A).

A/ Les règlements internes trop peu éloquents pour former les agents

Nous exposerons deux exemples significatifs³⁶².

Le préfet des Pyrénées-Atlantiques a adressé aux maires du département un guide pour la passation des MAPA. Y figurent des conseils sur le respect des principes, avec un arrêt du Conseil d'État à l'appui. Pour autant, aucune indication n'est donnée quant à la manière la plus efficace de négocier. Il s'agit en somme d'un récapitulatif des principes fondamentaux.

D'autres collectivités se limitent au minimum et décident dans leur règlement interne qu'à partir d'un certain montant (50 000 € par exemple) « le directeur du secteur, le directeur général adjoint ou le directeur général des services, ou le cas échéant le délégué du pouvoir adjudicateur, prendront obligatoirement part à la négociation du contrat ». De même, elles décident qu'« à l'issue de la négociation, un nouveau cahier des charges doit être élaboré avec la mention « après négociation » sur lequel apparaîtront les clauses modifiées. Ce cahier des charges sera signé par le titulaire ». Enfin, il est expliqué aux agents qu'ils devront fournir à la préfecture « les procès-verbaux d'ouverture des plis, celui de la commission des marchés, ainsi que le compte rendu de

³⁶¹ Circulaire du 29 décembre 2009 relative au Guide de bonnes pratiques en matière de marchés publics, qui conseille d'ailleurs aux acheteurs publics d'adopter un guide de déontologie régissant le comportement à la fois des services d'achat que des décideurs finaux. Celui-ci pourrait interdire les cadeaux et invitations, obliger à déclarer les liens éventuels de toute nature des agents publics avec un fournisseur particulier, ou encore énumérer les règles relatives à l'accès, à la sécurisation et à l'archivage des documents de toute nature retraçant les échanges avec les fournisseurs. La circulaire rappelle également que l'acheteur est tenu d'être en mesure de justifier toute modification apportée tant au cahier des charges initial qu'à l'offre du candidat. « Il est donc conseillé d'établir un document précis, qui permettra d'identifier clairement les points qui ont fait l'objet de modifications. Tel règlement interne doit rappeler que le respect du principe d'égalité doit conduire l'agent, en cas de modifications du cahier des charges, à inviter l'ensemble des candidats à remettre une nouvelle offre sur la base de ces modifications. En parallèle, certaines stipulations du cahier des charges seront réputées intangibles. Il revient par conséquent au pouvoir adjudicateur de les signaler aux candidats avant l'ouverture de toute négociation.

³⁶² Nous avons rencontré d'autres cas de figure.

Le Conseil régional de La Réunion, qui ne dispose pas de règlement interne pour son service des marchés, a fait le choix de ne procéder à une négociation que lorsque cela est nécessaire pour le prix et/ou la valeur technique. Selon les agents de la Région, cette réaction se défend d'autant plus que suite à la crise économique, les prix proposés sont déjà près de 50% moins chers. D'ailleurs, l'absence de contentieux en la matière les conforte dans ce choix.

La commune de Saint-Leu dispose quant à elle d'un guide de la commande publique, mais la négociation n'y est nullement abordée.

De même, le guide interne du Conseil général du Var et des Bouches du Rhône expose nettement que la négociation présente « un intérêt économique pour plusieurs raisons : meilleure adaptation de la réponse au besoin ; meilleur coût, meilleur rapport qualité-prix. Mais il faut encadrer la négociation : maîtriser le risque juridique ; assurer une traçabilité suffisante des phases de négociations ; respecter l'égalité de traitement des candidats ; former les agents affectés à la négociation des marchés ». Mais aucune astuce n'est donnée aux agents.

la négociation, le rapport d'analyse le cas échéant et toute pièce du marché (acte d'engagement, cahier des clauses administratives particulières, attestations fiscales et sociales, références ou qualifications de l'entreprise) ».

Tous les règlements ne sont toutefois pas aussi muets.

B/ Les règlements internes suffisamment éloquents pour former les agents

Les agents du Conseil général de La Réunion disposent d'un guide de la commande publique. Nous n'avons pas pu y avoir accès intégralement, mais nous savons que malgré la mésaventure de la négociation relatée plus haut³⁶³, il incite à négocier chaque fois que cela est possible : « la collectivité a fait le choix de privilégier la négociation à chaque fois que la réglementation le permet ». En outre, il met à disposition des agents un tableau permettant de négocier pas à pas. Toutefois, il nous a été confié que la négociation était écartée pour les faibles montants (inférieurs à 10 000 €), car ils ne souhaitent pas « jouer les marchands de tapis », suivant ainsi le conseil de la circulaire portant guide de bonnes pratiques : « une négociation ne doit pas être confondue avec un marchandage ».

Ensuite, sous la houlette de l'association des maires, de l'association des départements, de l'association des régions, de l'institut de la gestion déléguée, ainsi que de la mission d'appui à la réalisation des contrats de partenariat, a été rédigée la charte du dialogue compétitif³⁶⁴. Cette charte comporte dix principes³⁶⁵ mettant en exergue les points épineux et explicitant l'attitude à tenir. Elle n'est certes pas dotée d'une force contraignante, mais elle permet de guider les démarches du dialogue compétitif, sachant que la négociation *lato sensu* peut largement s'en inspirer.

Enfin, et ce document n'est pas des moindres, le centre national de la recherche scientifique (CNRS) a réalisé un guide de la négociation intitulé « Bonnes pratiques d'achat - L'art de bien négocier ». Certes, il date de mars 2005. Mais il contient de très précieux conseils

³⁶³ Voir *supra* (Section 1, §1, B).

³⁶⁴ La charte a été signée le 18 janvier 2007.

³⁶⁵ Les dix principes sont les suivants :

1. Conduire une procédure traçable et transparente en respectant l'égalité de traitement entre les candidats.
2. S'assurer que le pilotage et la capacité à décider rapidement sont bien organisés pour permettre un dialogue responsable, fructueux et sans délais excessifs.
3. Préciser les règles du jeu pour la conduite du dialogue compétitif de manière à permettre aux candidats de bien maîtriser les enjeux de leur participation au dialogue avec une visibilité suffisante.
4. Sur la base de spécifications fonctionnelles et/ou d'éléments de projet, préciser les sujets sur lesquels la personne publique attend en priorité des apports de la part des candidats, à travers le dialogue compétitif
5. Rédiger le programme fonctionnel en termes de performances à atteindre et d'exigences à respecter en précisant les éléments pouvant être modifiés ou pas, au cours du dialogue compétitif.
6. Veiller à une répartition équitable et optimisée des risques entre la personne publique et le partenaire privé en fonction de leur capacité respective à les couvrir et définir à l'avance les modalités d'adaptation du contrat
7. Respecter la confidentialité des propositions et du dialogue, ainsi que la propriété intellectuelle et le savoir-faire sous toutes leurs formes, y compris les innovations financières ou contractuelles.
8. Interrompre des discussions inutiles et coûteuses avec des candidats dès lors que leur solution n'apparaît plus susceptible d'être retenue en phase finale.
9. Prévoir d'indemniser les candidats non retenus, en fonction de leur contribution et selon le contexte du projet.
10. L'invitation à remettre les offres finales ne doit constituer ni une nouvelle consultation ni une négociation.

pour tout agent chargé de la négociation pour le compte d'un acheteur public. En l'espace de vingt-et-une pages, il expose les avantages et les objectifs de la pratique, son cadre réglementaire (en vigueur à l'époque), ainsi que des conseils pour la préparation et l'entretien de négociation.

Puis le 26 juin 2007, le CNRS produit un document de méthodologie sur la pratique de la négociation par les acheteurs publics formulé comme suit. « Il appartient au pouvoir adjudicateur ou à son représentant d'encadrer la phase de négociation, et notamment : de déterminer la durée approximative de la négociation en amont de la négociation elle-même afin de tenir compte des contraintes opérationnelles ; de formaliser par écrit les échanges avec les candidats ; d'établir préalablement à chaque séquence de négociations les points de négociation propres à chaque offre ; de « cadrer » le cahier des charges : ce dernier, à la base de la mise en concurrence, ne peut être modifié de telle manière que les caractéristiques principales du marché soient remises en cause lors de la négociation ; pour les procédures négociées, la négociation doit se dérouler avec au moins trois candidats, sauf si cela paraît matériellement impossible faute d'un nombre suffisant d'offres recevables ou conformes. La négociation peut notamment porter sur : le prix³⁶⁶ ; la quantité³⁶⁷ ; la qualité³⁶⁸ ; le délai³⁶⁹ ; les garanties de bonne exécution du marché³⁷⁰ ; les éléments d'exécution des prestations³⁷¹ ».

L'élaboration de règlements internes constitue, selon nous, la première étape de la formation des agents à la négociation. Toutefois, cela n'est pas suffisant car il s'agit plus de conseils administratifs que d'un réel enseignement des mécanismes de la négociation. C'est pour cette raison qu'une formation spécifique au nouveau métier d'acheteur public est essentielle.

§ 2/ La formation au nouveau métier d'acheteur public

Les agents chargés de la négociation ont certes besoin d'un règlement interne, la formation au nouveau métier d'acheteur public demeure indispensable car négociateur ne fait pas partie des compétences des agents administratifs (A). Au surplus, la formation se trouve d'autant plus nécessaire qu'elle doit être spécifique, c'est-à-dire que les organismes publics régulièrement sollicités pour les formations des agents ne satisfont pas aux exigences particulières de cette formation. Il faut donc se tourner vers d'autres organismes de formation (B).

A/ Le nouveau métier d'acheteur public

Les agents publics n'ont reçu aucun enseignement en stratégie de négociation, en évaluation des rapports de force entre le vendeur et l'acheteur, ou encore en « bluff ». Être juriste ne suffit donc pas. Le responsable du service commande publique du Conseil général de La

³⁶⁶ Par exemple en agissant par exemple sur le coût d'acquisition mais aussi sur le coût de stockage ou de transformation, sur le prix des accessoires, des options, des pièces de rechange, des garanties, de l'entretien, de l'assurance, ou encore du transport.

³⁶⁷ Par exemple la vérification de la quantité nécessaire, ou de la fréquence des commandes, voire les remises accordées.

³⁶⁸ Par exemple la vérification de la bonne estimation de la qualité, suffisante ou au contraire surestimée et son incidence sur le prix.

³⁶⁹ Par exemple l'incidence sur le prix des exigences en terme de délai, la part du transport et des formalités diverses.

³⁷⁰ Telles que les pénalités ou la résiliation.

³⁷¹ Tels que les délais, la formule de variation de prix, la qualité des matériaux utilisés, ou encore la durée des garanties.

Réunion considère à ce titre qu'« aucun métier dans l'administration n'est prévu pour procéder à la négociation ». L'achat public requiert une formation particulière et adéquate pour optimiser la technique de la négociation³⁷² tout en suivant les principes fondamentaux.

En outre, le responsable du service commande publique du Conseil général de La Réunion rappelle fréquemment aux agents que « négociier ne signifie pas jouer aux marchands de tapis ». D'ailleurs la circulaire du 29 décembre 2009³⁷³ l'explique : « l'attention des acheteurs est attirée sur le fait qu'une négociation ne doit pas être confondue avec un marchandage ». En effet, dans le cas contraire, la négociation ne mènerait pas à la meilleure offre au meilleur prix mais à une offre qu'il est possible de déposer pour le prix marchandé. La qualité de la prestation en pâtira inévitablement. Donc le négociateur-marchand de tapis n'atteint en aucune manière les objectifs d'efficacité de la commande publique et de bonne gestion des deniers publics.

Le document du CNRS du 26 juin 2007³⁷⁴ permet d'approcher de très près ces techniques, mais tous les acheteurs publics n'y ont pas accès. En conséquence, une formation des agents au nouveau métier d'acheteur public est nécessaire auprès de structures spécialisées.

B/ Les structures privées de formation

L'acheteur public souhaitant faire face à la difficulté rencontrée par ses agents en termes de négociation dispose selon nous de deux voies d'action : la formation directe de ses agents à travers des organismes privés (1) ou leur formation indirecte à travers la mutualisation (2).

1) La formation directe des agents à travers des organismes privés de formation

La solution naturelle pour une personne publique rencontrant une difficulté liée à la formation de ses agents est celle de se rapprocher des organismes reconnus en la matière : le centre national de la fonction publique territoriale (CNFPT), les instituts régionaux d'administration, ou plus globalement la direction générale de l'administration et de la fonction publique. Ces organismes sont des interlocuteurs habituels dans ce cas.

Au vu des réponses des praticiens que nous avons rencontrés, il s'avère que les formations proposées ne sont pas satisfaisantes car elles ne seraient pas exploitables dans l'optique de former au métier encore inconnu dans l'administration à ce jour, celui d'acheteur public. Les agents souhaiteraient des formations plus adaptées à leurs besoins, plus spécifiques, permettant de leur donner une vision globale des techniques d'achat.

C'est pour cette raison que tant au Conseil général qu'au Conseil régional de La Réunion, les organismes privés de formation sont préférées au CNFPT. Toutefois ce choix n'est pas publiquement assumé. Il semblerait que, du point de vue de la sphère publique, admettre avoir besoin de l'aide de la sphère privée n'est pas chose aisée. Par conséquent il semble être plus judicieux d'associer le monde privé au monde public de façon plus subtile : la mutualisation.

³⁷² Peyrical J.-M., « L'évolution du droit de la commande publique, quelques commentaires et réflexions », AJDA 2009, p. 965.

³⁷³ Circulaire du 29 décembre 2009 relative au Guide de bonnes pratiques en matière de marchés publics.

³⁷⁴ Voir *supra* (§1, B)

2) La formation indirecte des agents à travers la mutualisation

S'il s'agit d'une pratique empruntée au monde privé, pourquoi ne pas associer la sphère publique débutante en matière de négociation, à la sphère privée, expérimentée en la matière ?

La mutualisation nous apparaît tout à fait répondre à cette nécessité, surtout pour les structures ne disposant pas des moyens suffisants pour assurer une telle politique.

L'exemple phare de la mutualisation est celui de l'intercommunalité. Il présente toutefois deux inconvénients. D'une part, il ne lie que des personnes publiques, donc la sphère publique ne parviendrait pas à baigner dans la sphère privée. Et d'autre part malheureusement, le droit communautaire voit parfois d'un mauvais œil ce mécanisme³⁷⁵. Par conséquent, mieux vaut rechercher d'autres formes de mutualisation.

Le groupement de commandes, quant à lui prévu à l'article 8 du CMP, est l'archétype du partenariat contractuel. Il peut être conclu avec des personnes privées. En moyenne, il permettrait de réaliser des économies allant de 10 % (fournitures courantes) à 50 % (services) sur le montant des achats opérés, et de répondre de manière efficace à l'émiettement des acheteurs publics. La négociation constitue donc une source substantielle d'économies³⁷⁶.

Enfin, formule prisée dans le secteur privé pour négocier les prix, notamment en grande distribution, mais aussi par les particuliers : la centrale d'achat. Tant le droit communautaire que l'article 9 du CMP la consacrent. La directive du 31 mars 2004 précise ainsi qu'il s'agit d'une technique de centralisation des achats qui permet, du fait de l'importance des volumes achetés, d'élargir la concurrence et d'améliorer l'efficacité de la commande publique. Elle peut, de plus, revêtir des formes juridiques diverses, allant du syndicat mixte ouvert ou fermé³⁷⁷ au groupement d'intérêt public, en passant par le groupement d'intérêt économique.

Ces solutions, alliant le public au privé, ne sont que peu utilisées face aux problèmes de taille et de compétence mis en avant pour expliquer les difficultés à adopter des politiques d'achat efficaces et usant de la négociation. Elles résoudraient pourtant bien des problématiques.

Conclusion

Droit public et droit privé tendent à se rapprocher. Ou du moins, le droit public tend à attirer dans sa sphère les procédures de droit privé, car celles-ci sont porteuses de souplesse. Cette souplesse est la bienvenue en cette période de crise économique où la relance constitue le maître-mot. Elle a été apportée par l'incitation à la négociation.

Or nous nous sommes rendu compte que le droit public est incapable d'aller aussi loin que le fait le droit privé en matière de négociation. Les principes fondamentaux de la commande publique s'y opposent : le libre accès, l'égalité de traitement des candidats, et la transparence des procédures, sont autant de principes totalement inconnus dans le monde privé. Ils y sont

³⁷⁵ Arrêt CJUE 13 novembre 2008 Coditel Brabant, aff. C-324/07.

³⁷⁶ Peyrical J.-M., « L'évolution du droit de la commande publique, quelques commentaires et réflexions », AJDA 2009, p. 965.

³⁷⁷ Cette solution n'est cependant pas exploitable car elle ne mutualise que des personnes publiques. L'article L.5721-1 du CGCT l'exprime d'ailleurs : « le syndicat mixte est un établissement public ».

inconnus car le monde privé n'a pas la chance, ou la charge, de gérer des deniers publics. C'est là que réside toute la différence. L'acheteur privé peut, et même doit, jouer de subtilité et de finesse pour parvenir à la meilleure prestation au meilleur prix. Les règles de mise en concurrence et de publicité encadrant la commande publique n'ont aucune valeur pour lui, contrairement à l'acheteur public.

C'est pour toutes ces raisons que la négociation n'aura jamais, selon nous, la même amplitude donc la même portée, que dans son modèle du droit privé. Viser la retranscription intégrale des principes du monde privé des affaires au sein de la passation des contrats de la commande publique relève de l'utopie.

La négociation doit avant tout constituer un outil, un atout, au service de l'efficacité de la commande publique et de la bonne gestion des deniers publics. Mais elle ne le deviendra que lorsque les personnes publiques auront acquis la compétence d'acheteur public, maniant avec habileté la négociation.

En définitive, le succès de la négociation dépendra de la volonté politique des acheteurs publics de former ou non les agents amenés à négocier pour la commande publique. Et en cas de réponse positive, il faudra déterminer quel sera le mode d'alliance employé : formation privée ou mutualisation publique-privée.