

LES PROCÉDURES NÉGOCIÉES

L'article 34 du code des marchés publics définit la procédure négociée comme une procédure par laquelle la personne publique choisit le titulaire du marché après consultation de candidats et négociation des conditions du marché avec l'un ou plusieurs d'entre eux. Ces procédures sont dérogatoires et ne peuvent être utilisées que si un certain nombre de conditions sont réunies.

Conditions de recours aux procédures négociées

On distingue trois types de procédure négociée :

- la procédure négociée avec publicité préalable et avec mise en concurrence ;
- la procédure négociée sans publicité préalable et avec mise en concurrence ;
- la procédure négociée sans publicité préalable ni mise en concurrence.

Chacune de ces trois procédures définit les motifs précis au vu desquels il peut y être recouru.

Ces motifs ne peuvent être que ceux qui sont strictement et exhaustivement énoncés par le code. Tout recours à la procédure négociée pour des motifs non énumérés dans le code, ou par un rattachement abusif à l'un des motifs qui y sont énumérés, entacherait celle-ci d'une irrégularité constituant un moyen d'ordre public susceptible d'être soulevé d'office par le juge (CE Sect. 29 janv. 1982, *Martin* : Rec. p. 44).

Les procédures avec publicité et avec mise en concurrence

L'article 35-I définit cinq motifs. Il convient d'en ajouter deux autres, qui sont mentionnés aux articles 74 et 84.

Article	Motif	Dispositions insérées par le code du 7 janvier 2004
35-I-1°	Après appel d'offres infructueux	
35-I-2°	Lorsque la prestation de service 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	–
35-I-3°	Marchés de travaux ou de fournitures conclus à des fins de recherche ou d'expérimentation sans finalité commerciale immédiate, pour le compte de la personne publique contractante	–
35-I-4°	–	Dans des cas exceptionnels, lorsqu'il s'agit de services dont la nature ou les aléas qui peuvent affecter leur réalisation ne permettent pas une fixation préalable et globale du prix
35-I-5°	–	Les marchés de travaux d'un montant compris entre 230 000 € HT et 5 900 000 € HT
74	Dans les cas permettant de déroger au concours, si les conditions du 35-I 2° sont par ailleurs réunies	–
84	Marchés directement liés à l'activité des opérateurs de réseaux	–

Marchés passés après un appel d'offres infructueux

Aux termes du 1° de l'article 35-I, il peut être recouru à la procédure négociée précédée d'une publicité préalable et d'une mise en concurrence pour «les marchés qui, après appel d'offres, n'ont fait l'objet d'aucune offre ou pour lesquels il n'a été proposé que des offres irrecevables ou inacceptables au sens de l'article 53».

Dans ce cas, L'article 35-I.1° permet à l'administration d'ouvrir la concurrence à des entreprises qui ne s'étaient pas portées candidates, sans pour autant engager à nouveau une procédure d'appel d'offres. Dans ce cas, elle doit publier une nouvelle fois un avis d'appel public à la concurrence, dans lequel elle informe les concurrents potentiels que la procédure est poursuivie sous forme négociée à la suite de l'infructuosité de la procédure initiale d'appel d'offres. L'administration doit également procéder à la rédaction d'un nouveau règlement de la consultation.

En revanche, si le nombre d'entreprises était suffisant lors de l'appel d'offres initial, et s'il apparaît que les causes de l'infructuosité peuvent être surmontées, l'autorité compétente peut décider d'engager une procédure négociée fermée.

Marchés de services ne permettant pas le recours à l'appel d'offres

En application de l'article 35-I 2°, peuvent être passés à l'issue d'une procédure négociée avec publicité et mise en concurrence, «les 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».

Marchés passés par dérogation au concours de maîtrise d'œuvre

L'article 74 prévoit les hypothèses dans lesquelles un concours de maîtrise d'œuvre est facultatif, même si le montant du marché envisagé est supérieur à 230 000 € HT. Il s'agit de la réutilisation et de la réhabilitation d'ouvrages existants, des ouvrages réalisés à titre d'essai ou d'expérimentation, des marchés de maîtrise d'œuvre ne confiant aucune mission de conception au titulaire et enfin, des ouvrages d'infrastructure. Dans ces quatre hypothèses, si la mission de maîtrise d'œuvre «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», la personne publique est autorisée à recourir à une procédure négociée précédée d'une publicité préalable et d'une mise en concurrence, dans les conditions de l'article 35-I 2°, ou dans les conditions du 4° si les motifs invoqués ne permettent pas une fixation globale et préalable du prix.

Marchés de travaux ou de fournitures passés à des fins de recherche ou d'expérimentation

Aux termes du 3° de l'article 35-I, peuvent être conclus au terme d'une procédure négociée avec publicité et mise en concurrence, «les marchés de travaux et de fournitures qui sont conclus uniquement à des fins de recherche, d'essai, d'expérimentation, de mise au point, d'étude ou de développement sans finalité commerciale immédiate».

Marchés de travaux compris entre 230 000 € et 5 900 000 € HT

Aux termes de l'alinéa 5 de l'article 35, les marchés de travaux compris entre 230 000 € HT et 5 900 000 € HT peuvent être conclus à l'issue d'une procédure négociée avec publicité et mise en concurrence.

Marchés directement liés à l'activité des opérateurs de réseaux

L'article 84 du code dispose que «les opérateurs de réseaux peuvent passer, quel que soit leur montant, des marchés négociés après publicité préalable pour les prestations de services directement liées à leur activité». On s'interrogera sur le champ d'application de cette disposition, puis sur ses conditions d'utilisation, après avoir rappelé qu'elle succède à celle contenue à l'article 104-I-11° de l'ancien code.

Les procédures sans publicité et avec mise en concurrence

Les motifs justifiant la passation de marchés à l'issue d'une procédure négociée sans publicité et avec mise en concurrence sont au nombre de deux.

Article	Motif
35-II-1°	Urgence impérieuse résultant de circonstances imprévisibles pour la PRM et incompatibles avec les délais des procédures d'appel d'offres ou des procédures négociées avec publicité préalable et mise en concurrence
35-II-2°	Marchés de fournitures conclus à des fins de recherches et d'expérimentation

Les procédures sans publicité et sans mise en concurrence

Les motifs qui permettent de conclure des marchés publics sans publicité ni mise en concurrence sont au nombre de quatre.

Article	Motif
35-III-1°	Les marchés complémentaires: a) destinés au renouvellement partiel de fournitures b) destinés à l'exécution de certains services ou travaux ne figurant pas au marché initial mais devenus nécessaires à la suite d'une circonstance imprévue
35-III-2°	Exécution de services ou de travaux identiques à ceux d'un marché précédent sous certaines conditions
35-III-3°	Marchés de services attribués au(x) lauréat(s) d'un concours
35-III-4°	Marchés ne pouvant être confiés qu'à une entreprise déterminée en raison d'un droit d'exclusivité ou d'une raison technique ou artistique

Les marchés complémentaires

Les marchés complémentaires peuvent être passés sans publicité ni mise en concurrence dans deux hypothèses distinctes: le renouvellement partiel de fournitures (a), ou pour des prestations ne figurant pas dans un marché initial de services ou de travaux, mais rendus nécessaires à la suite d'une circonstance imprévue (b). Ils ne peuvent durer plus de trois ans et dépasser 50 % du montant du marché initial.

Les marchés de services ou de travaux similaires

Aux termes de l'article 35-III.2°, peuvent être attribués sans publicité ni mise en concurrence «les marchés de services ou de travaux qui ont pour objet la réalisation de prestations similaires à celles d'un marché précédent exécuté par le même titulaire».

- le marché initial doit avoir été passé à l'issue d'un appel d'offres;
- lors de l'appel d'offres initial, le règlement de la consultation et le cahier des charges doivent avoir prévu expressément la possibilité d'une poursuite par le biais d'un marché «similaire»;

- la procédure de l'appel d'offres initial doit avoir été retenue en prenant en compte le montant de l'éventuel marché «similaire»;
- enfin, la «durée pendant laquelle les nouveaux marchés peuvent être conclus ne peut dépasser trois ans à compter de la notification du marché initial».

Les marchés de services attribués au lauréat d'un concours

Pour plus de détails sur cette procédure, voir Fiche 13.

Les marchés ne pouvant être confiés qu'à une entreprise déterminée

Le 4° de l'article 35-III dispose que peuvent être conclus sans publicité ni mise en concurrence «les marchés qui ne peuvent être confiés qu'à un prestataire déterminé pour des raisons techniques, artistiques ou tenant à la protection de droits d'exclusivité».

En premier lieu, le procédé ou l'œuvre objet du droit d'exclusivité doit être l'unique moyen d'exécuter le marché.

En second lieu, l'entreprise doit être la seule à pouvoir utiliser le procédé ou l'œuvre protégée.

Déroulement des procédures négociées

Déroulement des procédures

Le déroulement des procédures négociées est régi, dans le nouveau code, par les articles 65 et 66.

Les procédures sans publicité préalable

L'intérêt de la procédure sans publicité préalable réside dans la faculté qu'elle offre à l'administration de ne pas avoir à attendre le délai qu'impose la publication d'un avis de publicité. Sur le fond, elle ne suppose nullement que la collectivité ne fasse aucun effort pour provoquer la concurrence et obtenir plusieurs offres.

Enfin, le marché doit être conclu par écrit sous la forme d'un acte d'engagement, auquel seront annexés l'offre du titulaire, les documents généraux et/ou les documents particuliers propres au marché.

Après examen des offres, la PRM invite au moins trois entreprises à négocier, sauf si le nombre d'offres soumises, recevables ou acceptables est inférieur à trois. Au terme des négociations, le marché est attribué par la personne responsable du marché, après avis de la commission d'appel d'offres pour l'État, et il est attribué par la commission elle-même pour les collectivités locales.

Les procédures avec publicité préalable

Les marchés à conclure dans le cadre des procédures avec publicité préalable et avec mise en concurrence sont soumis aux mêmes règles, auxquelles s'ajoute l'obligation de publicité.

La procédure à suivre est décrite aux articles 65 et 66 du code.

La personne publique doit établir un avis d'appel public à la concurrence. Les formalités de publicité sont identiques à celles prévues pour toutes les procédures. Ce sont celles contenues à l'article 40 du code. La publicité peut être adaptée jusqu'à 90 000 € HT. L'avis doit être publié dans un journal d'annonces légales ou au BOAMP et, si nécessaire, dans un journal spécialisé au-delà de 90 000 € HT. Il doit être publié obligatoirement au JOUE et au BOAMP à partir des seuils imposant le recours à l'appel d'offres.

L'avis doit être envoyé avec un délai de base de 37 jours. Ce délai peut être ramené à 22 jours pour les marchés de travaux compris entre 230 000 € HT et 5 900 000 € HT. En cas d'urgence, il peut être également ramené à 15 jours.

Au vu des candidatures qu'elle a reçues, la PRM dresse la liste des candidats admis à négocier. Elle informe ceux dont la candidature a été rejetée, puis adresse à ceux qu'elle a retenus une lettre de consultation dont l'article 66 mentionne le contenu minimum: référence à l'avis d'appel à la concurrence, date limite pour le dépôt des offres mentionnant l'obligation de les rédiger en langue française, etc.

Tableau des procédures négociées avec publicité et mise en concurrence

