

# La faculté de négocier dans le cadre des marchés à procédure adaptée

Lire les conclusions de :

Marc Dursapt

Conclusions du rapporteur public

## DÉCISION DE JUSTICE

CAA Lyon, 4ème chambre – N° 14LY01532 – Société Montluçonnaise de Travaux Publics et Bâtiments (SMTPB) – 05 mars 2015 – C+ ↗

## INDEX

### Mots-clés

Marché à procédure adaptée, Principe de transparence, Pouvoir adjudicateur, Article 28 Code des marchés publics, Négociation

### Rubriques

Marchés et contrats

## TEXTES



Résumé Conclusions du rapporteur public

## Résumé

<sup>1</sup> Le pouvoir adjudicateur qui souhaite recourir à la négociation dans le cadre d’un marché à procédure adaptée ([article 28 CMP](#)) doit, en vertu du principe de transparence des procédures, en informer les candidats potentiels dès le début de la procédure, dans les documents de publicité et de consultation. En l’absence d’indication d’une telle volonté, le pouvoir adjudicateur ne peut négocier au risque d’entacher la procédure d’attribution du marché d’irrégularité. Le pouvoir adjudicateur peut toutefois se borner à indiquer qu’il se réserve le droit de négocier. Dans cette hypothèse, il décide librement de recourir à une négociation ou d’y renoncer.

<sup>2</sup> Comp. [CAA Paris N° 12PA02599, du 18 mars 2014](#)

# Conclusions du rapporteur public

**Marc Dursapt**

Rapporteur public à la cour administrative d'appel de Lyon

DOI : [10.35562/alyoda.6194](https://doi.org/10.35562/alyoda.6194)

<sup>1</sup> Il s'agit d'un recours *Tropic* à volet indemnitaire.

<sup>2</sup> La commune de Vaux dans l'Allier a lancé une consultation en procédure adaptée pour la réalisation d'une station d'épuration à filtres plantés.

<sup>3</sup> Le groupement composé de la société montluçonnaise de travaux publics et bâtiments (SMTPB) et de la société ACTREAD a soumissionné mais son offre a été finalement écartée au profit de celle du groupement d'entreprises Leschel et Millet-Renon.

<sup>4</sup> La sté SMTPB a formé un recours *Tropic* en annulation du marché et en indemnisation pour perte d'une chance sérieuse d'obtenir ce marché.

<sup>5</sup> Le jugement ayant rejeté ses demandes, vous l'avez confirmé s'agissant de l'irrecevabilité des conclusions d'annulation, mais vous l'avez annulé en tant seulement qu'il rejetait les conclusions indemnitaires sans motivation suffisante, et vous avez renvoyé ce point au tribunal.

<sup>6</sup> La société SMTPB revient devant vous, se plaignant d'un nouveau rejet du tribunal, au fond cette fois.

<sup>7</sup> I - Ainsi que le fait valoir la commune de Vaux, la SMTPB ne peut revenir sur ce qui a déjà été jugé et confirmé s'agissant de l'irrecevabilité de ses conclusions d'annulation du marché dès lors qu'elle n'avait pas produit le contrat ; ainsi les conclusions formées en appel par la SMTPB tendant à nouveau à cette annulation restent irrecevables ; en outre elles seraient d'une part désormais tardives, et surtout nouvelles en appel dès lors que le jugement entrepris n'a statué que sur les conclusions indemnitaires conformément à l'arrêt de renvoi.

<sup>8</sup> II - Sur le fond, elle devra d'abord démontrer des irrégularités de procédure et ensuite un lien de causalité direct entre celles-ci et sa prétendue perte de chance sérieuse d'obtenir le marché convoité.

<sup>9</sup> 1) Elle n'est déjà pas fondée à soutenir que son offre aurait été écartée incompétemment par le maître d'œuvre même si c'est ce dernier qui lui a fait connaître la décision par un courrier dont la date procède manifestement d'une erreur matérielle ; cette décision résulte bien de toute façon de la délibération du conseil municipal du 21 octobre 2009 retenant l'offre du groupement Leschel & Millet-Renon.

10 2) Ensuite le maire aurait signé le marché avant que la délibération ne soit devenue exécutoire, faute d'avoir été reçue préalablement en préfecture ; cela n'est pas établi et surtout ce serait sans lien de causalité avec le choix de rejeter de son offre.

11 3) Les questions importantes de cette affaire consistent en réalité à savoir s'il y a eu en fin de procédure négociation de l'offre de l'entreprise lauréate par la commune, si le recours à une telle négociation était régulier dans la mesure où elle n'avait pas été annoncée, et enfin si elle a pu avoir quelque influence sur le choix final de l'attributaire, autrement dit si la requérante évincée aurait eu une chance sérieuse de l'emporter si elle avait elle-même été invitée à négocier son offre.

12 Compte tenu de la ligne de défense de la commune, on pourra, comme le tribunal, tenir pour acquise l'existence même de la négociation finale entre la commune et le groupement Leschel.

13 Il est clair aussi que la commune n'avait jamais annoncé son intention de recourir à la négociation que ce soit dans l'avis ou dans le règlement.

14 En revanche il y a matière à une véritable hésitation sur la question de savoir si en MAPA le maître d'ouvrage doit ou non annoncer qu'il aura recours à la faculté autorisée de négocier.

15 L'article 28 du code des marchés publics dispose que pour la procédure adaptée, les modalités sont librement fixées par le pouvoir adjudicateur qui peut négocier avec les candidats ayant présenté une offre, cette négociation pouvant porter sur tous les éléments de l'offre, notamment sur le prix.

16 L'article 42 ajoute 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.

17 Cette hésitation semble se traduire par des approches plus ou moins nuancées des juridictions du fond, en l'absence de prise de position du Conseil d'Etat à ce jour.

18 Ainsi, comme certains tribunaux administratifs avant elle, la Cour de Nantes juge que le principe de transparence des procédures impose que le pouvoir adjudicateur informe les candidats potentiels dès le début de la procédure, dans l'avis public d'appel à la concurrence ou dans les documents de la consultation, de sa décision de recourir à la négociation : 7 juin 2013, société Phytorem SA, n° 11NT03240, C+.

19 De son côté, la CAA de Paris a jugé au regard de l'article 28 que le pouvoir adjudicateur n'était pas tenu de « s'engager » au préalable à user ou non de la faculté de négocier : 18 mars 2018, société Axxcess SAS, n° 12PA02599.

La formule ne nous renseigne pas totalement car la Cour, qui n’a d’ailleurs pas signalé son arrêt comme un apport jurisprudentiel, a relevé qu’en prévoyant au CCAP qu’il se réservait le droit de négocier avec les trois premiers candidats au classement, le pouvoir adjudicateur, n’avait pas méconnu le principe d’égalité de traitement des candidats ni manqué à son obligation de transparence. On ne sait pas ce qu’elle aurait jugé dans le silence du CCAP.

Cet arrêt est frappé d’un pourvoi.

Pour notre part nous estimons que le recours ou non à la faculté de négocier constitue l’une des caractéristiques principales de la procédure et du choix de l’offre au sens de l’article 42, et qu’au titre du principe de transparence qui transcende les procédures de mise en concurrence pour la passation des marchés publics, le pouvoir adjudicateur doit au moins avoir annoncé l’éventualité de négociations s’il entend finalement y recourir, sans toutefois que cette annonce ne l’y oblige.

Ce serait une solution nuancée.

Ainsi à notre avis et comme l’a estimé le Tribunal, la procédure était bien irrégulière dès lors que toute négociation ne pouvait avoir lieu.

Mais il faut encore que cette irrégularité ait été une cause directe de l’éviction.

Ici il faut bien avoir à l’esprit que ce qui était irrégulier ce n’était pas en soi le défaut d’annonce de la négociation, mais la négociation elle-même parce qu’elle n’avait précisément pas été annoncée.

Par hypothèse il faut donc la neutraliser.

De l’instruction il ne résulte nullement que cette négociation aurait porté sur la valeur technique, ni que la notation des deux offres sur ce critère serait entaché d’erreur manifeste d’appréciation.

Prenons donc l’hypothèse maximaliste selon laquelle l’offre initiale du groupement Leschel aurait été en réalité de 304 044, 43 € HT selon un document produit en 1<sup>ère</sup> instance par la requérante qui le tenait du maître d’œuvre et sur lequel la commune ne s’est nullement expliquée.

La note globale du groupement Leschel en aurait été réduite pour passer de 19, 24 à 18, 87 mais cette note serait de toute façon restée nettement supérieure à celle de 17, 14 attribuée au groupement de la sté requérante.

On ne peut pas ainsi faire le constat que le groupement SMTPB aurait perdu une chance sérieuse de se voir attribuer le marché.

32

La requête devra être rejetée mais il serait inéquitable pour ce que nous avons entrevu dans cette affaire de mettre en plus des frais d’instance à la charge de la requérante.