

Juste une dose de conception pour recourir à la procédure concurrentielle avec négociation

Le 3° du II de l'article **25** du décret du 25 mars 2016 relatif aux marchés publics ouvre la possibilité de recourir à la procédure concurrentielle avec négociation lorsque le marché « comporte des prestations de conception ». Cette procédure permet alors de négocier les conditions du marché public avec un ou plusieurs opérateurs économiques autorisés à participer aux négociations » (art. **71** du décret). Cependant devant une interprétation stricte de l'article 25, que recouvre la notion de « conception » et quelle part de conception faut-il pour mettre en œuvre cette procédure ? La réponse a été apportée par le ministre de l'Économie et des Finances dans une réponse ministérielle en date du 6 mars dernier.

L'article 25 du décret indique dans son premier considérant que, **lorsque le besoin estimé est égal ou supérieur aux seuils européens, l'acheteur passe son marché selon les procédures formalisées** que sont l'appel d'offres, la procédure concurrentielle avec négociation, ou le dialogue compétitif. La procédure concurrentielle ou le dialogue compétitif est utilisé dans six cas limitativement énumérés à l'article 25 II :

1. « lorsque le besoin ne peut être satisfait sans adapter des solutions immédiatement disponibles » ;
2. « lorsque le besoin consiste en une solution innovante » ;
3. « lorsque le marché public comporte des prestations de conceptions » ;
4. lorsque le marché « ne peut être attribué sans négociation préalable du fait de circonstances particulières liées à sa nature, [...] » ;
5. « lorsque le pouvoir adjudicateur n'est pas en mesure de définir les spécifications techniques avec une précision suffisante [...] » ;
6. lorsque, dans un cadre d'appel d'offres, seules des offres irrégulières ou inacceptables [...] ont été présentées [...] ».

Ainsi, **l'appel d'offres demeure le principe et la négociation l'exception**, puisque le pouvoir adjudicateur doit pouvoir justifier que les conditions de recours à la procédure concurrentielle avec négociation ou au dialogue compétitif sont remplies, à défaut le marché « est entaché d'une nullité que le juge est tenu de soulever d'office ». En effet, comme le souligne la Direction des Affaires juridiques, l'article 25 II du décret est d'interprétation stricte.

Aussi, il n'est pas étonnant que les différentes hypothèses de recours à la procédure concurrentielle avec négociation demandent certaines précisions. Mais c'est surtout le 3° du II de l'article 25 du décret qui a attiré l'attention de Mme Agnès Firmin de Bodo (UDI, Agir et Indépendants, Seine-Maritime) puisque celle-ci interpelle le ministre de l'Économie et des Finances « sur l'interprétation qu'il convient de donner » à cette disposition. Elle s'interroge notamment sur le contenu de la notion de conception et sur le degré de conception demandé dans le marché.

Comme le souligne le ministre de l'Économie et des Finances dans sa réponse ministérielle du 6 mars dernier, « la directive européenne [...] transposée par l'ordonnance du 23 juillet 2015 et le décret du 25 mars 2016 [...], a élargi de manière importante les possibilités de recours à la négociation en marché public » :

- concernant le 1° de l'article 25 II, et conformément aux indications de la Direction des Affaires juridiques, lorsque le besoin **ne peut pas être satisfait** par une solution « immédiatement disponible

sur le marché », « c'est-à-dire sans effort d'adaptation ou de conception », l'acheteur **peut recourir à une procédure concurrentielle avec négociation** « quel que soit le degré d'adaptation ou de conception nécessaire » ;

- **a contrario**, lorsque les travaux, fournitures ou services « **sont disponibles immédiatement** sur le marché sans adaptation et peuvent être fournis par de nombreux opérateurs économiques », appelés aussi « achats sur étagères » ou produits standardisés, c'est-à-dire « non spécifiquement conçus pour les besoins du marché en particulier », l'acheteur **devra mettre en œuvre un appel d'offres** ;
- concernant le 3° de l'article 25 II, l'acheteur peut recourir à la négociation lorsque « l'objet même des prestations à réaliser comporte des prestations de conception ». Aussi, **par principe toutes prestations d'études ou d'ingénierie peuvent être passées selon une procédure concurrentielle avec négociation « quelle que soit l'importance des prestations de conception »**. Par définition, les marchés de maîtrise d'œuvre « d'un montant supérieur aux seuils européens » justifient pleinement le recours à une procédure concurrentielle avec négociation lorsqu'un concours n'est pas obligatoire. Cette interprétation est conforme à celle donnée par la mission interministérielle pour la qualité des constructions publiques qui relève que « l'ouverture du recours à la procédure concurrentielle avec négociation est très large, en particulier en maîtrise d'œuvre du fait même de la formulation du 3° du II de l'article 25 du décret qui conduit à la possibilité de l'utiliser dès que la mission à confier comporte des prestations de conception même si celles-ci sont mineures dans la commande. »

En conséquence, pour recourir au 3° comme celle du 1° de l'article 25 II, la condition *sine qua non* est la nécessité pour le marché de comporter des « prestations de conception ou d'adaptation » et cela même à un degré minimum.

Par exemple, pour réaliser un projet, l'acheteur pourra lancer un marché public d'étude sur la base d'une procédure concurrentielle avec négociation, comme il l'a été énoncé. En fonction des résultats, si un marché de travaux est nécessaire, l'acheteur devra s'interroger sur les caractéristiques de celui-ci permettant de leur faire rentrer dans « l'un des cas de recours à cette procédure ». Aussi, pour que celui-ci se justifie au regard des hypothèses 1° et 3°, les travaux devront comporter une part « d'effort d'adaptation ou de conception ».

Par ailleurs, le ministre rappelle que les « marchés de conception-réalisation prévus à l'article 33 de l'ordonnance et les marchés globaux [...] prévus aux articles 34 et 35 de la même ordonnance peuvent être passés selon la procédure concurrentielle avec négociation ».

Sources :

- Rép. min. n° 4001 : *JOAN*, 6 mars 2018, Firmin Le Bodo A.
- Rép. min. n° 15484 : *JO Sénat*, 9 juill. 2015, Carle J.-C.
- *Médiation, Mission interministérielle pour la qualité des constructions publiques*, n° 26, février 2017
- « *La procédure concurrentielle avec négociation* » – Fiche technique de la DAJ du Minefi, 30 mars 2016.