

MAPA : peut-on négocier avec une candidature irrecevable ou insuffisante ?



Une ordonnance de référé précontractuel relance le débat sur le libre choix des candidats qui peuvent être admis à la négociation et notamment la question de savoir si, en MAPA, on peut engager des négociations avec un opérateur économique qui a déposé une candidature irrecevable ou insuffisante ?

Le code des marchés publics ne prévoit aucune règle particulière pour la passation des marchés à procédure adaptée y compris lorsqu'elle intègre une phase de négociation avec les candidats. L'article 28 du code indique simplement qu'il appartient à la personne publique de déterminer librement les modalités de publicité et de mise en concurrence de sa procédure en tenant compte des certains paramètres: objet et caractéristiques du marché, montant du marché, conditions dans lesquelles l'achat est réalisé, degré de concurrence entre les opérateurs économiques potentiellement intéressés, sachant qu'il convient bien évidemment de respecter les principes fondamentaux définis à l'article 1er que sont la liberté d'accès à la commande publique, l'égalité de traitement des candidats et la transparence des procédures. De la même façon, la jurisprudence ne prévoit aucune règle particulière à respecter en cas de négociation alors même qu'elle considère qu'elle constitue une des caractéristiques principales de ce type de procédure et du choix de l'offre (voir CAA Nantes, 7 juin 2013, Sté Phytorem SA). Le contexte réglementaire et jurisprudentiel reste donc relativement pauvre en la matière de sorte que toute nouvelle jurisprudence est toujours la bienvenue pour analyser les marges de manœuvre qui sont ouvertes aux acheteurs, aux opérateurs et aux praticiens. C'est le cas avec une nouvelle ordonnance de référé précontractuel rendue par le TA d'Orléans qui relance le débat sur le libre choix des candidats qui peuvent être admis à la négociation (voir TA Orléans 26 août 2013, Sté ISS ESPACES VERTS).

La possibilité d'engager des négociations avec les candidats ayant remis une offre inappropriée, irrégulière ou inacceptable.

Dans son arrêt du 30 novembre 2011, Ministre de la Défense et des Anciens Combattants (voir CE 30 novembre 2011, Ministre de la Défense et des Anciens Combattants), le Conseil d'Etat a posé la règle suivante : dans le cadre des dispositions de l'article 28 du code des marchés publics, le pouvoir adjudicateur peut décider de négocier avec les candidats ayant remis des offres inappropriées, irrégulières ou inacceptables au sens du III de l'article 53 du code. Cette solution est intéressante par rapport à ce qu'il est possible de faire dans le cadre de la procédure de marché négociée envisagée au 1° du I de l'article 35 du code. Dans cette procédure, en effet, le pouvoir adjudicateur est tenu d'éliminer les offres inappropriées, c'est-à-dire, selon la définition de l'article 35, celles qui apportent une réponse sans rapport avec son besoin et qui peuvent donc être assimilées à une absence d'offre. Tel n'est pas le cas en matière de procédure adaptée : le pouvoir adjudicateur peut engager des négociations avec tous les candidats y compris ceux qui ont déposé une offre inappropriée. Il s'agit là de la première différence. Ensuite, en procédure formalisée, à l'exception de ceux qui ont déposé une offre inappropriée, le pouvoir adjudicateur est tenu d'engager des négociations avec tous les candidats. Tel n'est pas le cas en matière de procédure adaptée : sauf stipulations particulières du règlement de la consultation, les négociations peuvent être engagées avec les candidats de son choix tout en gardant à l'esprit qu'il devra être capable de justifier son choix et qu'il devra aussi à l'issue des négociations rejeter sans les classer les offres qui sont demeurées inappropriées, irrégulières ou inacceptables afin de respecter l'égalité de traitement entre les candidats. Le pouvoir adjudicateur peut donc demander aux candidats ayant remis une offre inappropriée, irrégulière ou inacceptable de les régulariser à posteriori dans le cadre des négociations tout en sachant que dans un souci d'égalité, il devra s'adresser à la catégorie des candidats concernés (ceux ayant remis une offre inappropriée et /ou irrégulière et /ou inacceptable) et pas uniquement l'un d'entre eux.

La possibilité d'engager des négociations avec les candidats qui ont remis un dossier de candidature incomplet ou insuffisant ?

Dans une ordonnance du 26 août 2013 (voir TA Orléans 26 août 2013, Sté ISS ESPACES VERTS), le juge des référés précontractuels vient de poser une nouvelle règle inédite jusqu'alors qui touche au choix des candidats admis à la négociation: de la même façon qu'il est possible à un pouvoir adjudicateur d'engager des négociations avec des candidats qui ont déposé une offre inappropriée, irrégulière ou inacceptable, il lui est également possible de le faire avec ceux qui ont déposé un dossier de candidature incomplet ou insuffisant. Dans cette affaire, le juge des référés a en effet admis qu'un candidat qui n'avait pas produit les certificats que qualification professionnelle exigés par le règlement de la consultation ainsi que des références professionnelles suffisantes puissent compléter ses garanties techniques et professionnelles en cours de négociation.

Une solution qui pose de nouvelles interrogations au regard de la réglementation en vigueur et du principe d'égalité

Tout d'abord, cette solution bouscule quelque peu la chronologie habituelle du travail d'analyse du pouvoir adjudicateur : comme on le sait, dans un premier temps, celui-ci est censé vérifier le caractère complet des dossiers de candidature, avant d'analyser dans un deuxième temps les capacités des candidats puis dans un troisième temps les offres et éventuellement, dans un quatrième temps, d'engager ou non des négociations avec certains d'entre eux. Or, une fois le stade d'analyse des candidatures effectuée, on a du mal à légitimer juridiquement la solution qui consisterait à revenir en cours de négociation à la première phase d'analyse alors que celle-ci est censée être définitivement définitive au moment où les négociations débutent. Une fois de plus, la justification d'un tel choix risque de devenir un véritable casse-tête chinois pour le pouvoir adjudicateur sauf à admettre que s'agissant d'une procédure adaptée, il est libre d'organiser le déroulement sa procédure comme il l'entend. Ensuite, cette solution bouscule aussi la logique qui s'attache au sort des candidatures insuffisantes ou incomplètes. En effet, il convient de rappeler que le dispositif de régularisation des candidatures incomplètes ou insuffisantes prévue par l'article 52 du CMP « impose » au pouvoir adjudicateur, lorsqu'il décide de le mettre en œuvre, de s'adresser à tous les candidats y compris ceux qui ont déjà remis un dossier complet. Cet article ne fait pas de distinction selon qu'il s'agit d'une procédure formalisée ou d'une procédure adaptée. Partant, sauf à méconnaître le principe d'égalité qui sous-tend le mécanisme de régularisation des candidatures, la négociation devrait être engagée avec « tous » les candidats qui ont remis un dossier de candidature qu'il soit complet ou pas sauf à méconnaître l'article 52 du code dans des conditions de nature l'égalité entre les candidats. Vue sous cet angle, la solution rendue par le juge des référés pourrait ruiner la solution jurisprudentielle dégagée par le Conseil d'Etat et ne présenter plus aucun intérêt pour les acheteurs publics. Car engager une négociation avec un opérateur qui a remis une candidature incomplète ou insuffisante revient ni plus ni moins à actionner à posteriori le dispositif de régularisation mais dans ce cas, le pouvoir adjudicateur est tenu de le faire avec tous les candidats....ce qui revient à supprimer toute liberté de choix des candidats admis à la négociation.... Il pourrait y avoir là un véritable piège à retardement pour l'acheteur dont il devrait se méfier...

En outre, la solution rendue par le juge ne va pas non plus sans poser un problème de compatibilité entre d'une part les dispositions du règlement de la consultation qui peuvent limiter le nombre de candidats admis aux négociations et d'autre part, le mécanisme de l'article 52 du code des marchés publics qui comme on l'a vu, s'il est mis en œuvre, impose de repêcher tous les candidats sans exception : comment dans ce cas décider d'engager des négociations seulement avec un ou deux d'entre eux qui ont remis une candidature incomplète? Cela ne paraît pas envisageable et dans tous les cas difficilement justifiable. Par ailleurs, le respect du principe d'égalité entre les candidats ne manquera pas de se poser au stade de l'admission aux négociations entre ceux qui sont admis alors même qu'ils ont remis une candidature ou une offre à priori irrecevables et ceux dont la candidature ou l'offre a été considérée comme parfaitement régulières : il y a là une multitude de combinaisons bien aléatoires que le pouvoir adjudicateur a tout intérêt à manier avec précaution.

Que faire pour éviter toute contestation ?

Dans tous les cas, pour que la négociation ne soit pas sujette à contestation, la rédaction du règlement de la consultation devrait prévoir ce nouveau cas d'admission. Enfin, il semblerait que la solution dégagée par le juge des référés ne soit pas viable ou alors uniquement en présence de deux candidats, le pouvoir adjudicateur pouvant alors prendre la liberté d'admettre aux négociations un candidat qui a déposé une candidature incomplète ou insuffisante et lui demander de bien vouloir produire les garanties nécessaires en cours de négociation si le règlement de la consultation le prévoit. En tout état de cause, l'acheteur devra à l'issue de la négociation, rejeter les candidatures qui sont demeurées incomplètes ou irrecevables en raison d'un défaut de capacités suffisantes toujours afin de respecter l'égalité de traitement entre les candidats.

Si la jurisprudence ouvre désormais la faculté de négociation non seulement avec les candidats qui ont remis une candidature incomplète ou insuffisante mais également avec ceux qui ont déposé une offre inappropriée, irrégulière ou inacceptable sous réserve du respect du principe d'égalité, il appartiendra au juge d'apprécier au cas par cas la régularité des pratiques mises en œuvre par les pouvoirs adjudicateurs tant les combinaisons possibles risquent de générer des critiques de la part des candidats.

Sébastien Palmier

Référence : TA Orléans 26 août 2013, Sté ISS ESPACES VERTS, n°1302265