

Dispositions relatives au déroulement des procédures formalisées

Les procédures formalisées n'ont pas fait l'objet d'un simple toilettage, des modifications non négligeables figurent dans le décret du 25 mars. Les différents acteurs de la commande publique vont devoir notamment maîtriser les nouvelles règles relatives à la réduction de certains délais, la procédure concurrentielle avec négociation pour les pouvoirs adjudicateurs ainsi que les nouvelles conditions de mise en œuvre du concours.

La réforme de la commande publique, issue de l'ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015 et son décret d'application n° 2016-360 du 25 mars 2016 relatif aux marchés publics, maintient, concernant l'identification et le déroulement des procédures de passation, la distinction classique et désormais bien connue entre la procédure adaptée, les procédures négociées, et les différentes procédures formalisées.

Si, en apparence, le maintien de cette distinction pourrait laisser penser à des changements mineurs, des nouveautés importantes vont nécessairement venir modifier les pratiques des nouveaux « acheteurs » et devront donc vite être maîtrisées. Ces nouveautés, tant générales que celles concernant plus particulièrement la mise en œuvre de certaines procédures, seront successivement exposées.

Le nouveau périmètre des procédures formalisées

Reprenant l'article 42 de l'ordonnance du 23 juillet 2015, les articles 25 et 26 du décret du 25 mars 2016 font état de trois procédures formalisées applicables aux pouvoirs adjudicateurs et entités adjudicatrices que sont :

- l'appel d'offres ;
- la procédure concurrentielle avec négociation (P.A.) ou son « faux équivalent » la procédure négociée avec mise en concurrence préalable (E.A.) ;
- le dialogue compétitif.

Il convient d'ores et déjà de noter que la procédure négociée sans publicité ni mise en concurrence n'est pas reprise dans la liste des procédures formalisées des articles 25 et 26 du décret, mais figure dans une section III distincte⁽¹⁾. Alors qu'en application de l'ex-article 26 du Code des marchés publics, les procédures négociées

Auteur

Nicolas Charrel, Leslie Bonnieu, Thomas Gaspar
Avocats Cabinet Charrel et Associés

Références

Décret n° 2016-360 du 25 mars 2016, art. 25 et s., 30, 55 et s., 71 et s., 88 et s.

Mots clés

Commission d'appel d'offres • Concours • Délais • Procédure concurrentielle avec négociation • Procédure négociée • Régularisation des offres

(1) Décret n° 2016-360, 25 mars 2016, art. 30.

(avec ou sans mise en concurrence) de l'article 35 du Code des marchés publics étaient expressément listées parmi les différentes « procédures formalisées ».

Le même constat est à faire concernant le concours⁽²⁾ et le système d'acquisition dynamique⁽³⁾, aujourd'hui considérés comme des « techniques particulières d'achat » (chapitre VI) et qui ne sont également plus listés parmi les différentes « procédures formalisées » comme ils l'étaient en application de l'ex-article 26 du Code des marchés publics.

Les nouveautés concernant la commission d'appel d'offres

La composition de la Commission d'Appel d'Offres (CAO), antérieurement prévue par les articles 22 et 23 du Code des marchés publics, n'est plus expressément définie dans l'ordonnance ou son décret d'application, mais dans le Code général des collectivités territoriales (CGCT).

L'article L. 1414-2 du CGCT dispose désormais, hormis le cas de l'urgence impérieuse, que « pour les marchés publics dont la valeur estimée hors taxe est égale ou supérieure aux seuils européens mentionnés à l'article 42 de l'ordonnance susmentionnée, à l'exception des marchés publics passés par les établissements publics sociaux ou médico-sociaux, le titulaire est choisi par une commission d'appel d'offres composée conformément aux dispositions de l'article L. 1411-5 ».

La composition de la CAO est désormais similaire à celle de la Commission de DSP⁽⁴⁾, à savoir :

- pour les membres à voix délibératives, l'autorité habilitée à signer la convention de délégation de service public ou son représentant, président, et cinq membres de l'assemblée délibérante élus en son sein à la représentation proportionnelle au plus fort reste ;
- pour les membres à voix consultatives, le comptable de la collectivité, un représentant du ministre chargé de la concurrence et des personnalités ou un ou plusieurs agents de la collectivité territoriale ou de l'établissement public désignés par le président de la commission, en raison de leurs compétences dans la matière.

En conséquence, à la différence des articles 22 et 23 du Code des marchés, les agents de la collectivité territoriale devront être expressément désignés par le président de la Commission mais également ne sont plus organisées les modalités de remplacement.

Surtout, le choix du titulaire par la CAO n'est désormais obligatoire que pour les marchés publics dont le montant est supérieur aux seuils européens, et le rôle de cette dernière ne se cantonne plus qu'à l'attribution du marché.

(2) Décret n° 2016-360, 25 mars 2016, art. 88.

(3) Décret n° 2016-360, 25 mars 2016, art. 83.

(4) CGCT, art. L. 1411-5 modifié par l'article 58 de l'ordonnance n° 2016-65 du 29 janvier 2016 relative aux contrats de concessions.

La réduction générale des délais de remise des candidatures et des offres en procédures formalisées

Une réduction générale – et au demeurant conséquente – des délais de remise des candidatures et des offres est observée dans la quasi-totalité des procédures formalisées qui sont définies aux articles 66 et suivants du décret.

De manière générale, même si ces délais sont des délais minimaux, ils sont communément pratiqués comme des délais maximaux par les acheteurs ce qui aura probablement des conséquences en terme de contraintes d'organisation peu compatibles avec la préparation d'offres de qualité sur le plan technique, et bien étudiées au niveau du prix (notamment en cas de marché à prix global et forfaitaire) pour les opérateurs économiques.

La possibilité de régulariser les offres irrégulières en appel d'offres

En dehors du fait que les offres pourront être analysées avant la vérification des candidatures⁽⁵⁾, l'une des grandes nouveautés concerne la possibilité de régulariser les offres irrégulières dans le cadre d'une procédure d'appel d'offres⁽⁶⁾.

Longtemps a été critiquée la position stricte du juge administratif, quant au rejet systématique et obligatoire des offres irrégulières⁽⁷⁾, dont la régularisation n'était possible que dans le cadre d'une procédure adaptée avec négociation ou d'une procédure négociée, à l'exception des offres finales⁽⁸⁾.

L'article 59 du décret vient offrir la possibilité aux acheteurs d'autoriser les soumissionnaires à régulariser les offres irrégulières dans les procédures d'appel d'offres et adaptées sans négociation, à condition toutefois d'en avoir informé tous les candidats (en parallèle du régime déjà existant pour les candidatures : ex-article 52 du Code des marchés publics) et à l'exception toutefois des offres anormalement basses.

Ce système, qui permettra certes de limiter les risques d'illégalité de la procédure de passation (mais également le risque pénal associé), n'en reste pas moins pervers dès lors qu'est logiquement maintenu l'équivalent de l'ex-article 59 du Code des marchés publics, selon lequel « la régularisation de l'offre irrégulière ne doit pas avoir pour objet d'en modifier les caractéristiques substantielles ni d'en affecter les caractéristiques économiques ».

(5) Décret n° 2016-360, 25 mars 2016, art. 55.

(6) Décret n° 2016-360, 25 mars 2016, art. 59.

(7) CE 25 mars 2013, Département de l'Hérault, req. n° 364824.

(8) CE 30 novembre 2011, Ministre de la défense et des anciens combattants, req. n° 353121.

DÉLAIS DE REMISE DES CANDIDATURES ET DES OFFRES								
TYPES D'ACHETEURS	APPEL D'OFFRES OUVERT		APPEL D'OFFRES RESTREINT		PROCÉDURE CONCURRENTIELLE AVEC NÉGOCIATION		DIALOGUE COMPÉTITIF	
	Candidatures et offres		Candidatures	Offres	Candidatures	Offres	Candidatures	Offres
Pouvoirs adjudicateurs	35 jours	30 jours	30 jours (ou pour les autorités publiques autres que centrales délai fixé d'un commun accord avec les candidats et à défaut d'accord, 10 jours)	30 jours	30 jours	30 jours	30 jours	Délai librement fixé par l'acheteur
Entités adjudicatrices	35 jours	15 jours	Délai fixé d'un commun accord avec les candidats En l'absence d'accord, 10 jours	15 jours	15 jours	30 jours	30 jours	Délai librement fixé par l'acheteur
Délais ordinaires	Pouvoirs adjudicateurs	Pas de réduction possible	Pas de réduction possible	10 jours	Pas de réduction possible	Pas de réduction possible	Pas de réduction possible	Pas de réduction possible
		Pas de réduction possible	Pas de réduction possible	Pas de réduction possible	Pas de réduction possible	Pas de réduction possible	Pas de réduction possible	Pas de réduction possible
Délais en cas d'avis de pré-information (si publié entre 35 jours et 12 mois avant)	Pouvoirs adjudicateurs	15 jours	Pas de réduction possible	10 jours	Pas de réduction possible	10 jours	Pas de réduction possible	Pas de réduction possible
		15 jours	Pas de réduction possible	Pas de réduction possible	Pas de réduction possible	Pas de réduction possible	Pas de réduction possible	Pas de réduction possible
Délais en cas d'avis périodique indicatif (si publié entre 35 jours et 12 mois avant)	Entités adjudicatrices	15 jours	Pas de réduction possible	Pas de réduction possible	Pas de réduction possible	Pas de réduction possible	Pas de réduction possible	Pas de réduction possible
		15 jours	Pas de réduction possible	Pas de réduction possible	Pas de réduction possible	Pas de réduction possible	Pas de réduction possible	Pas de réduction possible

DÉLAIS DE REMISE DES CANDIDATURES ET DES OFFRES

TYPES D'ACHETEURS	APPEL D'OFFRES OUVERT		APPEL D'OFFRES RESTREINT		PROCÉDURE CONCURRENTIELLE AVEC NÉGOCIATION		DIALOGUE COMPÉTITIF	
	Candidatures et offres		Candidatures	Offres	Candidatures	Offres	Candidatures	Offres
Délais lorsque l'acheteur accepte que les offres soient soumises par voie électronique	Pouvoirs adjudicateurs	Réduction de 5 jours des délais ordinaires	-	Réduction de 5 jours des délais ordinaires	-	Réduction de 5 jours des délais ordinaires	Pas de réduction possible	Pas de réduction possible
	Entités adjudicatrices	Réduction de 5 jours des délais ordinaires	-	-	-	-	Pas de réduction possible	Pas de réduction possible
Délais lorsque tous les documents de la consultation ne sont pas publiés sur le profil d'acheteur	Pouvoirs adjudicateurs	Prolongation de 5 jours des délais ordinaires	-	Prolongation de 5 jours des délais ordinaires	-	Prolongation de 5 jours des délais ordinaires	Pas de réduction possible	Pas de réduction possible
	Entités adjudicatrices	Prolongation de 5 jours des délais ordinaires	-	Prolongation de 5 jours des délais ordinaires	-	Prolongation de 5 jours des délais ordinaires	Pas de réduction possible	Pas de réduction possible
Délais en cas d'urgence	Pouvoirs adjudicateurs	15 jours	15 jours	10 jours	15 jours	10 jours	Pas de réduction possible	Pas de réduction possible
	Entités adjudicatrices	15 jours	Pas de réduction possible	Pas de réduction possible	Pas de réduction possible	Pas de réduction possible	Pas de réduction possible	Pas de réduction possible

Une grille d'analyse des irrégularités régularisables devra donc être précisément identifiée en amont par les acheteurs pour éviter les pièges.

Procédure concurrentielle avec négociation et dialogue compétitif : confusion et fusion de procédure

La création de la procédure concurrentielle avec négociation pour les pouvoirs adjudicateurs (et son « faux équivalent » de la procédure négociée avec mise en concurrence pour les entités adjudicatrices) représente l'une des principales nouveautés⁽⁹⁾.

En application de l'article 42 de l'ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015, la procédure concurrentielle avec négociation est la procédure « par laquelle un pouvoir adjudicateur négocie les conditions du marché public avec un ou plusieurs opérateurs économiques ». Elle correspond en réalité, sur le principe, à l'ancienne procédure négociée avec mise en concurrence de l'article 35 du Code des marchés publics.

Unicité des conditions de recours à la procédure concurrentielle avec négociation et au dialogue compétitif

Alors que dans l'ancienne réglementation, les justifications pour recourir à une procédure négociée avec mise en concurrence (anc. art. 35-1) ou à un dialogue compétitif (anc. art. 36) étaient distincts, ils se trouvent désormais regroupés dans un article unique ouvrant les différentes possibilités justifiant l'utilisation de ces procédures.

Les cas d'ouverture sont définis à l'article 25 du décret n° 2016-360 du 25 mars 2016 et la procédure concurrentielle avec négociation ou le dialogue compétitif pourront être utilisés si :

- la réponse au besoin de l'acheteur nécessite l'adaptation de solutions ou produits existants ;
- le besoin implique la mise en œuvre d'une solution innovante ;
- le marché comporte des prestations de conception ;
- les circonstances particulières liées à la nature du marché, à sa complexité, son montage juridique et financier ou les risques qui s'y attachent rendent nécessaires une négociation ;
- les spécifications techniques ne peuvent être formulées avec une précision suffisante ;
- l'appel d'offres est infructueux (offres irrégulières ou inacceptables) à conditions que les conditions initiales du marché ne soient pas substantiellement modifiées.

Les possibilités de recourir à la négociation sont donc élargies, avec intégration notamment des conditions relatives à « la nécessité de mettre en œuvre une solution innovante » et « des marchés comportant des prestations de conception ».

Déroulement de la procédure concurrentielle avec négociation

Concernant le déroulement de la procédure concurrentielle avec négociation, l'acheteur a l'obligation d'indiquer, dans les documents de la consultation, les exigences minimales que les offres doivent respecter. La rédaction d'un cahier des charges détaillé n'est donc pas nécessaire comme pour l'appel d'offres dans la mesure où la négociation a notamment pour vocation de porter sur tous les éléments d'une offre. Le pouvoir adjudicateur peut donc se contenter, dans cette procédure, de ne fixer que les exigences minimales que devront respecter les offres.

La négociation avec les soumissionnaires peut porter sur les offres initiales et toutes les offres ultérieures, à l'exception des offres finales. Mais, aussi antinomique soit-il, la négociation n'est pas obligatoire et l'acheteur peut finalement décider de ne pas négocier à condition toutefois de s'en être expressément réservé la possibilité dans l'avis de marché, comme c'était le cas des MAPA⁽¹⁰⁾.

Enfin, et toujours sous réserve de l'avoir préalablement indiqué dans l'avis de marché et à condition que la phase finale de négociation comporte un nombre suffisant de candidats pour assurer une concurrence réelle, la procédure concurrentielle avec négociation peut se dérouler par phases successives de manière à réduire le nombre d'offres à négocier en appliquant les critères d'attribution définis dans les documents de la consultation.

Différence avec le dialogue compétitif

Le dialogue compétitif est la « procédure dans laquelle l'acheteur dialogue avec les candidats admis à participer à la procédure en vue de définir ou développer une ou plusieurs solutions de nature à répondre à ses besoins et sur la base de laquelle ou desquelles les participants au dialogue sont invités à remettre une offre ».

L'article 75 du décret du 25 mars 2016 précise bien une obligation pour l'acheteur de définir ses besoins et exigences dans un « programme fonctionnel ou un projet partiellement défini ». Il s'agit d'une différence de fond avec les procédures négociées dans lesquelles en principe les besoins sont définis mais pas les spécifications pour y répondre.

La procédure de dialogue compétitif induit que le besoin n'est pas encore complètement défini, de sorte que la première phase du dialogue doit porter sur la finalisation du besoin ou du projet.

(9) Décret n° 2016-360, 25 mars 2016, art. 25, 71 à 73.

(10) CE 18 septembre 2015, Société Axxess, req. n° 380821.

En outre, tous les éléments du contrat peuvent faire l'objet d'une négociation dans le cadre du dialogue compétitif, à la différence de la procédure concurrentielle avec négociation où la négociation ne peut porter ni sur les exigences minimales ni sur les offres finales.

Enfin, l'article 76 du décret définit le déroulement du dialogue en reprenant de manière très allégée ses grandes caractéristiques anciennement définies à l'article 67 du Code des marchés publics.

Libre choix des procédures formalisées pour les entités adjudicatrices

Contrairement aux pouvoirs adjudicateurs, les entités adjudicatrices opérateurs de réseaux peuvent recourir librement aux différentes procédures proposées en matière de commande publique, selon les opportunités quelles peuvent représenter pour les acheteurs et donc, sans avoir à en expliquer les motifs.

Ce sera notamment le cas pour la procédure de marché négocié avec mise en concurrence qui, à la différence de la procédure concurrentielle avec négociation pour les pouvoirs adjudicateurs, n'est pas conditionnée à des cas d'ouverture particuliers.

Les nouvelles conditions de recours à la procédure négociée sans publicité ni mise en concurrence

Reprise des anciens cas d'ouverture de l'article 35.II du Code des marchés publics

Outre le fait que la procédure négociée sans publicité ni mise en concurrence ne fait plus expressément partie des procédures formalisées, l'article 30 reprend les anciens cas d'ouverture de l'article de l'article 35.II du Code des marchés publics.

À l'instar de l'ancien article 35-II du Code précité, la liste de l'article 30 du décret du 25 mars 2016 dressant les cas de recours possibles à la procédure négociée sans publicité ni mise en concurrence est évidemment limitative.

Au bénéfice de tous les acheteurs (P.A. et E.A), s'y retrouvent notamment : l'urgence impérieuse, l'absence de candidatures ou d'offres ou l'infructuosité de candidatures ou d'offres, le choix d'un opérateur déterminé (création ou acquisition d'une œuvre d'art ou d'une performance artistique unique, raisons techniques justifiées, protection des droits d'exclusivité), les marchés de fournitures complémentaires (renouvellement et/ou extension d'installations si le changement d'opérateur entraînerait une incompatibilité ou des difficultés techniques d'utilisation et d'entretien disproportionnées), les achats de matières premières cotées et achetées en bourse, les marchés

de fournitures et de services passés dans les conditions particulières avantageuses (cessation d'activité ; redressement ou liquidation judiciaire), les marchés attribués au(x) lauréat(s) d'un concours ou encore les marchés de prestations de travaux ou services similaires.

Ambiguïté rédactionnelle concernant l'urgence impérieuse

La condition de l'urgence impérieuse, prévue au 1° de l'article 30, laisse subsister une ambiguïté en visant, certes « notamment », « le cas des marchés publics rendus nécessaires pour l'exécution d'office, en urgence, des travaux » réalisés en application de dispositions particulières du Code de la santé publique, du Code de la construction et de l'habitation ou du Code rural et de la pêche maritime. Aucune référence directe à des marchés de fourniture ou de services n'est ainsi faite, même si l'on pense qu'ils sont évidemment visés puisque l'article 32 de la directive 2014/24/UE ne cantonne quant à elle pas l'urgence impérieuse aux seuls des marchés de travaux.

Intégration des petits achats et disparition des anciens marchés complémentaires

L'article 30 du décret du 25 mars 2016 intègre désormais les marchés dont la valeur estimée est inférieure à 25 000 euros HT et les marchés de fournitures de livres non scolaires.

Elle fait parallèlement disparaître les ex-marchés complémentaires de l'article 35.II.5° du Code des marchés publics qui relèvent maintenant du régime des modifications de marchés en cours d'exécution^[11].

Nouvel encadrement des cessions de terrain avec charges d'intérêt général^[12]

Les « raisons techniques » faisant que des prestations ne peuvent être fournies que par un opérateur économique déterminé, concernent désormais « le cas lors de l'acquisition ou de la location d'une partie minoritaire et indisponible d'un immeuble à construire assortie de travaux répondant aux besoins de l'acheteur qui ne peuvent être réalisés par un autre opérateur économique que celui en charge des travaux de réalisation de la partie principale de l'immeuble à construire ».

Sous l'apparence d'une ouverture de la procédure négociée sans publicité ni mise en concurrence, pour les contrats de type « cessions de terrains avec charges d'intérêt général », pourtant sévèrement appréciés et très souvent requalifiés par le juge communautaire^[13], les conditions très strictes qui y sont fixées vont plutôt

[11] Décret n° 2016-360, 25 mars 2016, art. 139.

[12] Cela constitue un ajout après passage en Conseil d'État.

[13] CJUE 8 mai 2013, Eric Libert et a., aff. C-197/11 et C-203/11 ; CJUE, 25 mars 2010, Helmüt Muller, aff. C-451/08.

tendre semble-t-il à généraliser l'obligation de mise en concurrence d'une commande publique d'aménagement.

Les nouvelles conditions de mise en œuvre du concours et la composition du jury de concours

En application de l'article 42 de l'ordonnance, la procédure de concours est « un mode de sélection par lequel l'acheteur choisit, après mise en concurrence et avis d'un jury, 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 du traitement de données ».

La procédure de concours peut être formalisée ou adaptée et doit faire l'objet d'un avis de concours. Elle reste, sauf dérogations particulières, la procédure obligatoire pour la passation des marchés de maîtrise d'œuvre⁽¹⁴⁾ et peut être ouverte ou restreinte.

Si ses principales caractéristiques sont maintenues (anonymat, avis motivé du jury sur les candidatures, avis motivé du jury sur les plans et projets présentés par les candidats, possibilité d'inviter les participants au concours à apporter des éclaircissements ou répondre aux questions du jury, choix d'un ou plusieurs lauréat par l'acheteur sur la base de l'avis du jury, négociation avec le ou les lauréats, primes), quelques nouveautés non négligeables sont à noter.

La question du maintien de l'obligation de constituer un jury lorsque le marché de maîtrise d'œuvre n'est pas attribué selon la procédure de concours restreint se posera nécessairement puisque cela n'est pas expressément indiqué.

En outre, disparaît également de la rédaction de l'article 88 du décret du 25 mars 2016 l'obligation pour les candidats de séparer, dans deux enveloppes distinctes, les prestations demandées (plans ; projets) d'une part, et

leur offre de prix pour la réalisation du marché d'autre part.

Bien que l'article 88 précise que « le jury examine les plans et projets présentés par les participants au concours de manière anonyme et en se fondant exclusivement sur les critères d'évaluation des projets définis dans l'avis de concours », les risques de se laisser influencer par l'offre de prix seront importants.

La composition du jury de concours⁽¹⁵⁾ est également revue.

La règle fondamentale de l'indépendance des membres du jury par rapport aux participants, ainsi que celle de l'obligation pour au moins un tiers des membres de détenir une qualification équivalente lorsqu'une telle qualification professionnelle est exigée des candidats, sont rappelées.

Néanmoins, pour les collectivités territoriales et leurs groupements, les membres élus des commissions d'appel d'offres sont de plein droit membres du jury et les notions antérieures de personnalités ayant un intérêt particulier et d'agents du pouvoir adjudicateur compétents dans la matière ou en matière de marchés publics (ex. art. 24 du Code des marchés publics) disparaissent du paysage réglementaire, dans un souci louable de simplification.

Bien que le décret ne le précise pas, il semble acquis que formulant un avis, tous les membres du jury ont voix délibérative.

Enfin, se rouvre le débat de la pondération des critères en concours. Malgré la jurisprudence, le décret n° 2008-1334 du 17 décembre 2008 avait supprimé l'obligation de pondération des critères en concours même si la circulaire du 14 février 2012 (NOR : EFIM1201512C) continuait néanmoins à la recommander, comme pour les MAPA d'ailleurs.

La nouvelle rédaction de l'article 62 fait disparaître l'exception de pondération pour les concours de l'ancien article 53-II, rouvrant inutilement le débat juridique sur ce point et partant, source d'insécurité contentieuse.

[14] Décret n° 2016-360, 25 mars 2016, art. 90.

[15] Décret n° 2016-360, 25 mars 2016, art. 89.