

# Les marchés négociés

Références Code des Marchés Publics : article 34, 35, 65, 66

## L'ESSENTIEL

### Les différents types de marchés négociés

Les marchés négociés sont des procédures :

- *Exceptionnelles* : Elles ne peuvent être utilisées que dans des cas très limités (définis par l'article 35 du Code des marchés publics).
- *Toujours facultatives* : L'appel d'offres peut, le cas échéant, remplacer les procédures négociées.

La personne publique peut recourir à la procédure négociée dans les cas limitativement énumérés par le Code des Marchés Publics. Elle doit par ailleurs motiver dans le rapport de présentation (cf. article 79 Code des Marchés Publics) les raisons de ce choix.

L'article 35 du code des marchés publics envisage 2 sortes de marchés négociés :

- **Après publicité préalable et mise en concurrence (article 35 I du CMP)**

- **ARTICLE 35-I-1 : Les marchés et les accords-cadres pour lesquels, après appel d'offres ou dialogue compétitif, il n'a été proposé que des offres irrégulières ou inacceptables que le pouvoir adjudicateur est tenu de rejeter.**

C'est la CAO pour les collectivités territoriales qui décide de lancer la procédure négociée, à la condition expresse toutefois que les conditions initiales ne soient pas substantiellement modifiées.

Le pouvoir adjudicateur est dispensé de procéder à une nouvelle mesure de publicité s'il ne fait participer à la négociation que le ou les candidats qui, lors de la procédure antérieure, ont soumis des offres respectant les exigences relatives aux délais et modalités formelles de présentation des offres

- **ARTICLE 35-I-2 : Les marchés et les accords-cadres de services, notamment les marchés de services financiers mentionnés au 6° de l'article 29 et les marchés de prestations intellectuelles telles que la conception d'ouvrage, 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**
- **ARTICLE 35-I-3 : Les marchés et les accords-cadres de travaux qui sont conclus uniquement à des fins de recherche, d'essai, d'expérimentation ou de mise au point sans finalité commerciale immédiate**
- **ARTICLE 35-I-4 : Dans des cas exceptionnels, lorsqu'il s'agit de travaux, de fournitures ou de services dont la nature ou les aléas qui peuvent affecter leur réalisation ne permettent pas une fixation préalable et globale des prix.**
- **Marchés des entités adjudicatrice**

**ARTICLE 144** : Lorsqu'elle agit en tant qu'entité adjudicatrice elle peut recourir à la procédure négociée avec mise en concurrence préalable pour les marchés formalisés (article 144 I) n ou à la procédure négociée sans mise en concurrence préalable dans les cas énoncés à l'article 144 II du CMP.

- **Sans publicité préalable et sans mise en concurrence (art. 35-II du CMP).**

- **ARTICLE 35-II-1 : Marchés ou accords-cadres passés en urgence impérieuse.**

*Notion d'urgence impérieuse : circonstances imprévisibles pour le pouvoir adjudicateur et n'étant pas de son fait, et dont les conditions de passation ne sont pas compatibles avec les délais exigés par les procédures d'appel d'offres ou de marchés négociés avec publicité et mise en concurrence préalable, et notamment les marchés conclus pour faire face à des situations d'urgence impérieuse liées à une catastrophe technologique ou naturelle.*

**Conditions cumulatives pour qualifier la situation d'urgence impérieuse :**

- ◆ Urgence impérieuse : l'urgence doit être impérieuse et ne permet donc pas de respecter les délais de publicité.

Si l'urgence est “ simple ” et qu'elle permet de respecter le recours à un appel d'offres avec urgence, le service ne peut pas utiliser la procédure négociée de l'article 35-II 1° du Code des Marchés Publics.

Le caractère “ **impérieux** ” de l'urgence peut être qualifié notamment lors de situations où sont en cause la sécurité des biens et des personnes ou la continuité du service public.

- ◆ Existence de circonstances imprévisibles : il faut prouver l'imprévisibilité des circonstances extérieures.

Le caractère “ **imprévisible** ” peut être qualifié notamment lors d'une catastrophe naturelle, d'un incendie, d'une explosion...

- ◆ Incompatibilité avec les délais des procédures classiques : le service ne peut pas recourir à cette procédure s'il existe un délai trop important entre l'événement imprévisible et l'envoi du dossier de consultation.

L'urgence est incompatible avec le respect des délais de l'appel d'offres ou du marché négocié avec publicité et mise en concurrence.

Le juge vérifie le cumul des deux critères d'urgence et d'imprévisibilité ainsi que l'incompatibilité avec le respect des délais d'une consultation classique.

Le juge, tant national que communautaire, est très strict dans la reconnaissance de l'urgence comme du caractère imprévisible : les jugements pour recours abusifs à cette procédure sont beaucoup plus nombreux que les jugements contraires.

Exemples : Travaux de mise en sécurité d'un établissement scolaire après la tempête de 1999, échec d'un appel d'offres qui a rendu urgente la restructuration du réseau téléphonique d'un hôpital.

*En revanche*, les travaux d'extension d'une école, rendus nécessaires par l'arrivée de nouvelles familles suite à une opération d'accession à la propriété ne constituent pas une urgence impérieuse en raison de l'absence de caractère imprévisible. La rentrée scolaire n'est en effet pas une circonstance imprévisible.

***Une alternative : la procédure de réquisition***

Dans le cas où la personne publique est confrontée à la réalisation de travaux d'une extrême urgence et qu'il existe un risque pour les biens et les personnes, elle peut saisir le préfet qui dispose du droit de réquisitionner une entreprise dans le cadre de la loi du 22 juillet 1987.

Cet acte se distingue des marchés publics ; il est en effet qualifié d'acte administratif. Dans cette hypothèse le coût de l'intervention de l'entreprise est supporté par l'ordonnateur.

- **ARTICLE 35-II-2 : Les marchés et les accords-cadres de fournitures concernant des produits fabriqués uniquement à des fins de recherche, d'essai, d'expérimentation, d'étude ou de développement, sans objectif de rentabilité ou de récupération des coûts de recherche et de développement**

Ce type de marché négocié est réservé aux marchés de fournitures.

Ce marché n'a pas vocation à permettre au titulaire de pouvoir produire en série la fourniture objet du marché pour pouvoir équilibrer ses coûts, au cours d'une période proche.

Les prestations doivent être confiées à des personnes physiques ou morales dont le choix s'impose par leur spécialité, leurs connaissances, des aptitudes particulières ou des travaux antérieurs. Il s'agit de prestations ne relevant pas des gammes commerciales courantes et qui ne sont pas réalisées dans l'objectif direct d'une commercialisation.

Il s'agit essentiellement d'acquisition de matériel à des fins scientifiques.

- **Article 35 II 3 : Les marchés et les accords-cadres passés selon la procédure de l'appel d'offres, pour lesquels aucune candidature ou aucune offre n'a été déposée ou pour lesquels seules des offres inappropriées ont été déposées, pour autant que les conditions initiales du marché ne soient pas substantiellement modifiées et qu'un rapport soit communiqué, à sa demande, à la Commission européenne. Est inappropriée une offre qui apporte une réponse sans rapport avec le besoin du pouvoir adjudicateur et qui peut en conséquence être assimilée à une absence d'offre**
- **ARTICLE 35-II-4 ET 35-II-5 : Les marchés complémentaires**

Le marché initial doit avoir été passé après mise en concurrence.

**Deux cas sont autorisés :**

a) *Les marchés complémentaires exécutés par le titulaire initial et destinés soit au renouvellement partiel de fournitures ou d'installations d'usage courant soit à l'extension d'installation existantes.*

*Exemples :* Maintenance de parc (véhicules...), acquisition d'un équipement téléphonique complémentaire, etc.

***Conditions d'utilisation :***

- ◆ Seulement si le changement de fournisseur obligerait la personne publique à acquérir un matériel de technique différente entraînant une incompatibilité ou des difficultés techniques d'utilisation et d'entretien excessives.
- ◆ La durée de ces marchés complémentaires ne peut dépasser trois ans.
- ◆ Le montant total du marché, livraisons complémentaires comprises, ne peut être égal ou supérieur aux seuils fixés au II de l'article 26, sauf si le marché a été passé initialement par appel d'offres et a fait l'objet d'un avis d'appel public à la concurrence publié au Journal officiel de l'Union européenne.

b) *Les marchés complémentaires de services ou de travaux consistant en des prestations qui ne figurent pas dans le marché initialement conclu,*

*Exemples :* Changement de la nature des fondations suite à la découverte dans le sous-sol d'une nappe phréatique, création d'espaces spécifiques suite à une modification de la réglementation...

***Conditions d'utilisation :***

- ◆ Les prestations visées ne figurent pas dans le marché initialement conclu mais qui sont devenues nécessaires, à la suite d'une circonstance imprévue, à l'exécution du service ou à la réalisation de l'ouvrage tel qu'il est décrit dans le marché initial, à condition que l'attribution soit faite à l'opérateur économique qui a exécuté ce service ou réalisé cet ouvrage.

- ◆ Il doit exister une impossibilité technique ou économique de séparer les prestations complémentaires du marché initial sans inconvénient majeur.
- ◆ Les services ou travaux complémentaires, quoiqu'ils soient séparables de l'exécution du marché initial, sont strictement nécessaires à son parfait achèvement.
- ◆ Le montant cumulé des marchés complémentaires ne doit pas dépasser 50% du montant du marché principal. Une sous-estimation du marché initial ne peut légalement ouvrir droit à l'utilisation de cette procédure, de même pour une évolution prévisible, ou un fait imputable à l'administration.
- ◆ Il n'y a pas de délai maximal pour conclure ce type de marché complémentaire.

Cette procédure dérogatoire se justifie par la volonté d'éviter des inconvénients disproportionnés : les complications techniques ou le surcoût important qu'entraînerait le changement d'opérateur ne se justifient pas pour un simple complément, limité, au marché initial.

- **ARTICLE 35-II-6 : Les marchés de services ou de travaux ayant pour objet la réalisation de prestations similaires à celles qui ont été confiées au titulaire d'un marché précédent passé après mise en concurrence**

*Conditions d'utilisation :*

- ◆ Ce type de marché est réservé aux services et aux travaux ;
- ◆ Le marché doit être conclu dans les trois ans à compter de la notification du marché initial ;
- ◆ Le premier marché doit avoir indiqué la possibilité de recourir à cette procédure pour la réalisation de prestations similaires;
- ◆ La mise en concurrence doit également avoir pris en compte le montant total envisagé, y compris celui des nouveaux services ou travaux;

- **ARTICLE 35-II-7 : Les marchés et les accords-cadres de services qui sont attribués à un ou plusieurs lauréats d'un concours. Lorsqu'il y a plusieurs lauréats, ils sont tous invités à négocier**

*Conditions d'utilisation :*

- ◆ Catégorie de marché négocié réservée aux prestations de services.
- ◆ Négociation avec tous les lauréats d'un concours organisé préalablement. La procédure négociée est admise dans ce cas puisque la mise en concurrence a déjà eu lieu par le biais du concours.

Si un seul lauréat a été désigné, la négociation avec ce seul candidat ne méconnaît pas le principe d'égalité. Mais lorsqu'il y a plusieurs lauréats, tous les lauréats doivent être invités à négocier.

- **ARTICLE 35-II-8 : 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**

*Conditions d'utilisation :*

- ◆ Il faut qu'un seul prestataire soit susceptible de réaliser la prestation souhaitée en raison de motifs déterminés et avérés d'ordres techniques ou artistiques mais non économiques ;
- ◆ Les prestations ou fournitures ainsi acquises doivent être les seules à pouvoir répondre au besoin de l'administration.

Les raisons doivent être objectivement établies, et ne peuvent résulter par exemple de la meilleure qualité technique présumée de certains matériels.

Le Code des marchés publics ne fixe pas de moyens de preuve, il revient donc à la personne publique d'apprécier et d'établir si ces conditions sont remplies.

Pour que la procédure soit utilisable, il ne suffit pas qu'un produit soit protégé par des droits d'exclusivité : il faut encore qu'il ne puisse être fabriqué ou livré que par un fournisseur déterminé.

La détention de droits exclusifs par une entreprise ne justifie pas le recours au marché négocié sans mise en concurrence dès lors que la prestation peut être réalisée par des procédés différents que ceux proposés par cette entreprise.

Le motif lié à la réalisation d'investissements préalables n'est plus admis.

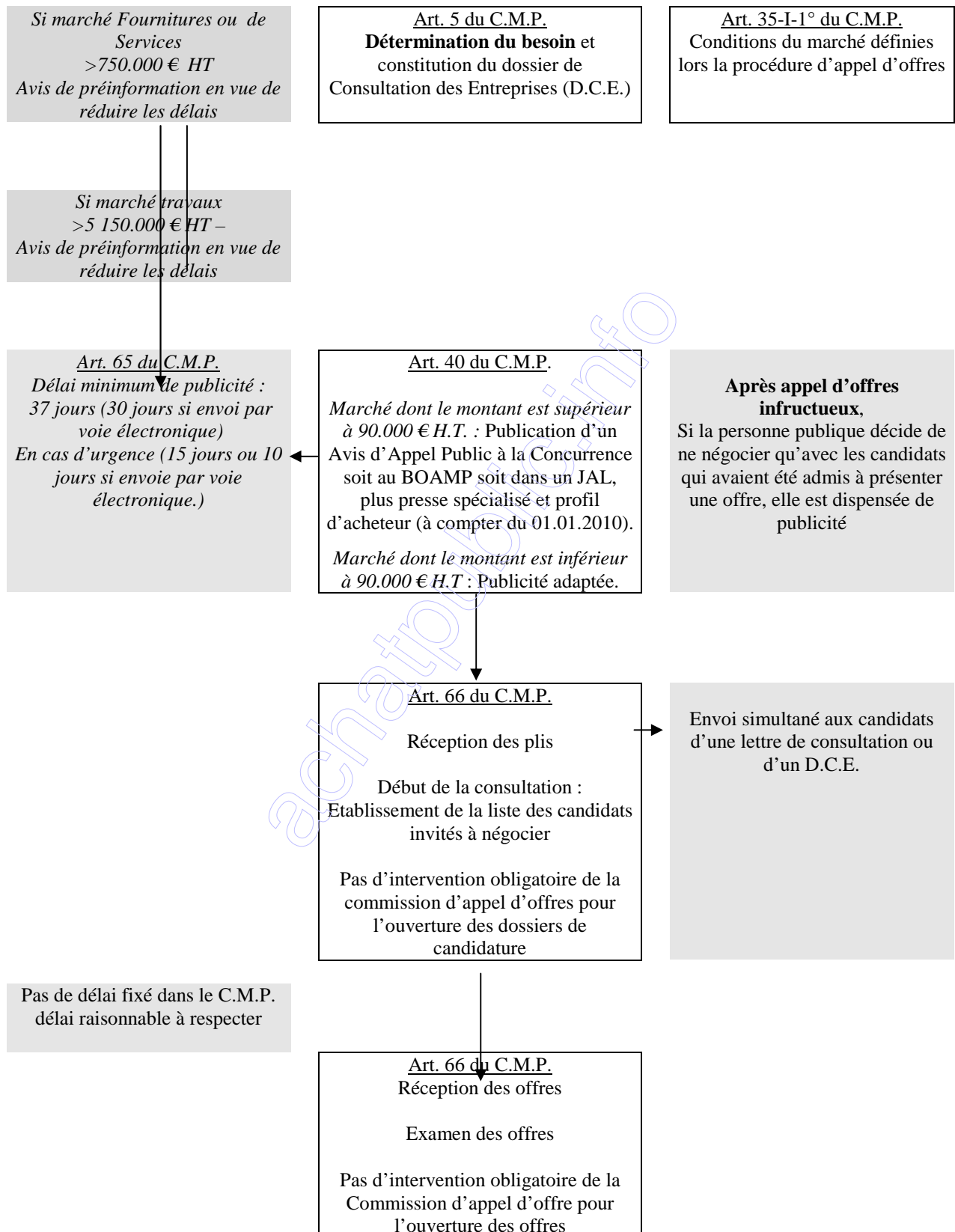
- **Article 35-II-9 : Les marchés et accords-cadres de matières premières cotées et achetées en bourse**
- **Article 35-II-10 : Les marchés et accords-cadres d'achat de fourniture à des conditions particulièrement avantageuse**

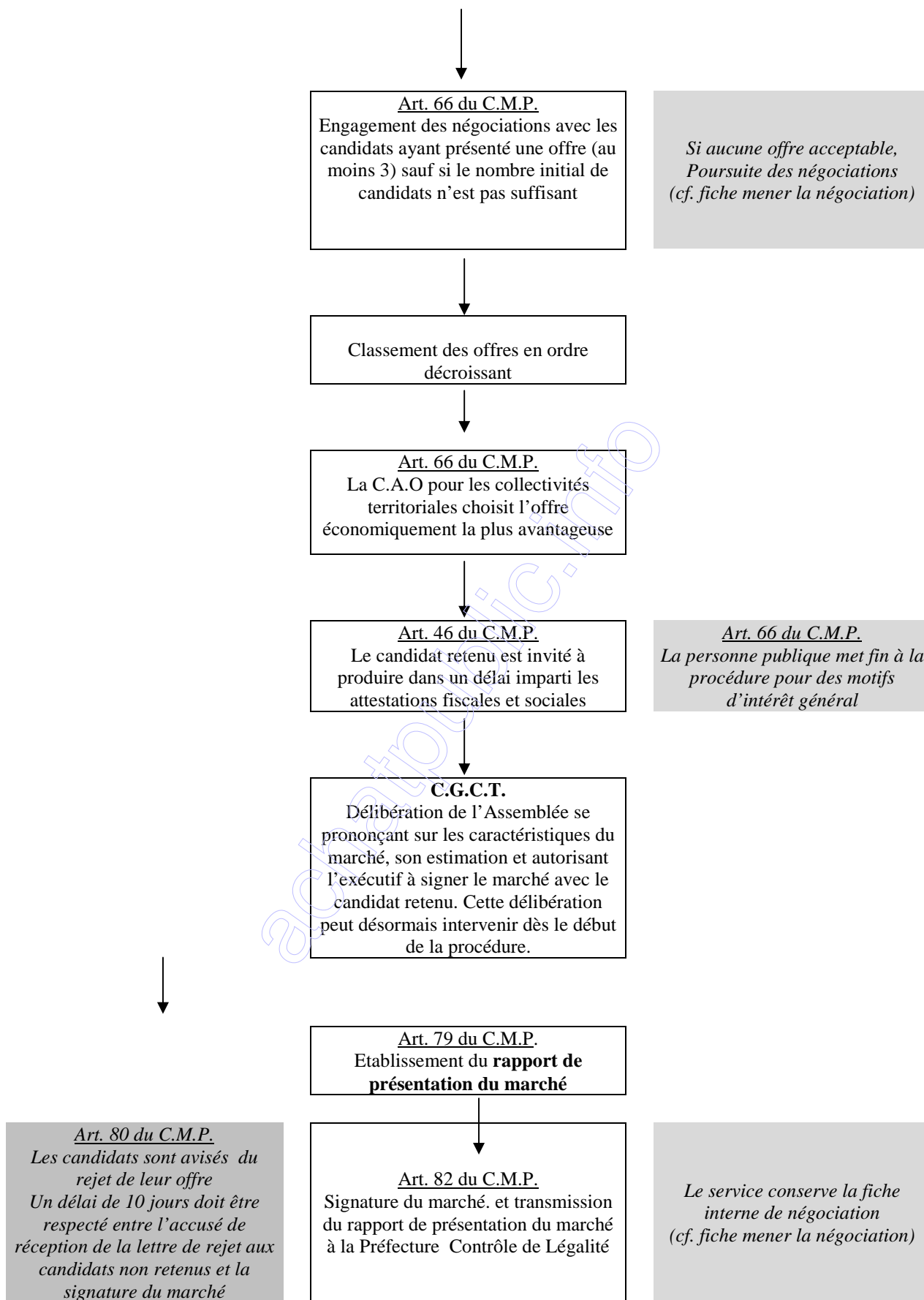
Cette procédure ne peut être effectuée que :

- Auprès d'un fournisseur en cessation définitive d'activité
- Auprès de liquidateurs d'une faillite ou d'une procédure de même nature

achatpublic.info

## Les étapes à suivre lors de la procédure de marché négocié après publicité et mise en concurrence







Délai pour communiquer au  
Contrôle de Légalité la date de  
notification : 15 jours

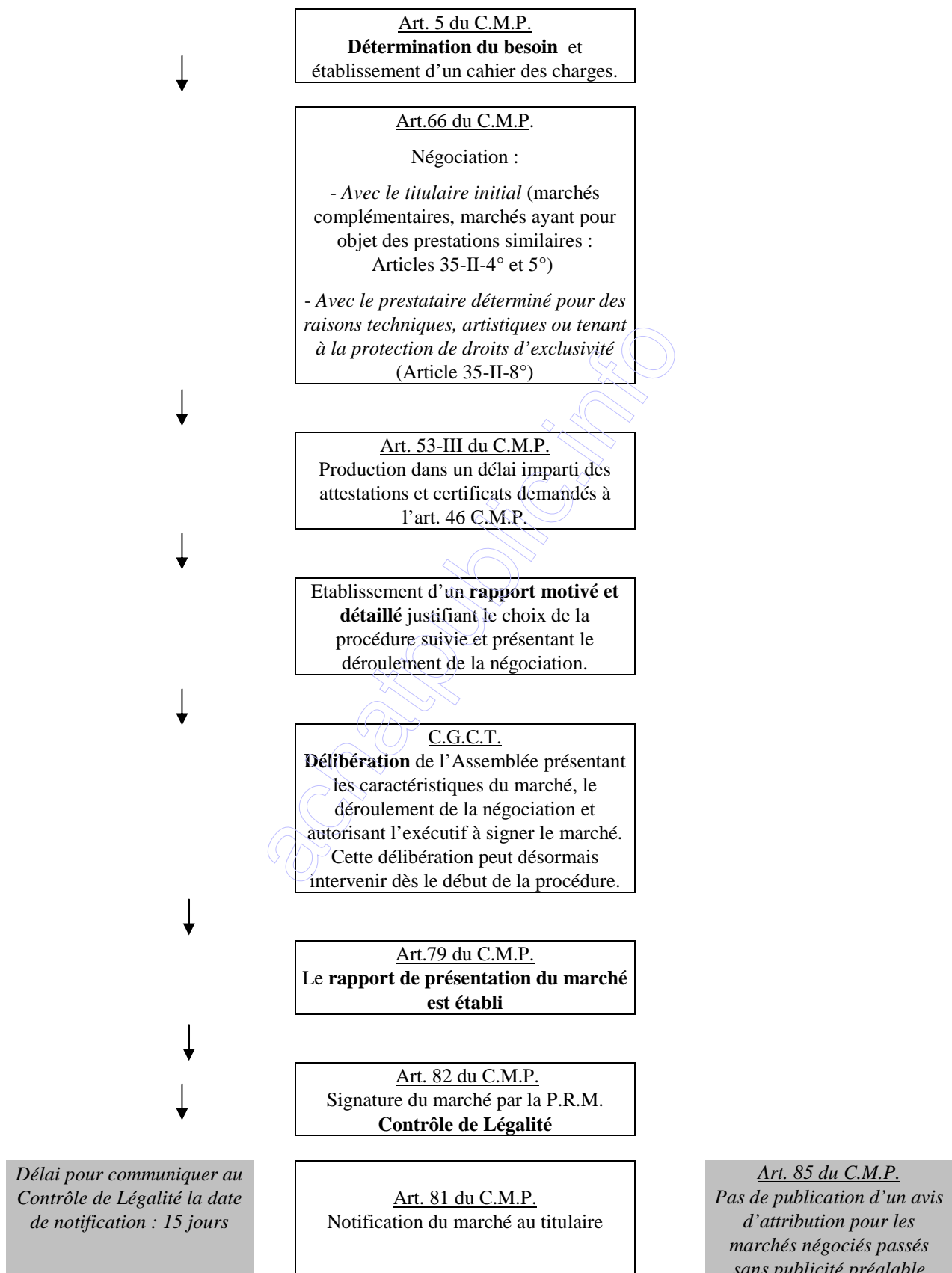
Art. 81 du C.M.P.  
Notification du marché

Art. 85 du C.M.P.  
*La personne publique. adresse  
aux mêmes publications que  
celles de l'A.A.P.C. un avis  
d'attribution dans un délai de 48  
jours à compter de la notification*

achatpublic.info



## Les étapes à suivre lors de la procédure de marché négocié sans publicité ni mise en concurrence



## BONNES PRATIQUES

- Vérifier avec beaucoup de rigueur si les conditions de recours au marché négocié sont réunies, particulièrement pour les marchés sans publicité ni mise en concurrence.
- Ce qui détermine le recours à la procédure négociée n'est pas le montant du marché mais la catégorie à laquelle il appartient. Seuls peuvent être conclus dans le cadre d'une procédure négociée les marchés appartenant à une catégorie pour laquelle le Code des marchés publics autorise cette procédure.
- Laisser aux entreprises des délais réalistes pour remettre leur offre, notamment en matière de prestations intellectuelles.
- Pour les procédures sans publicité préalable et sans mise en concurrence, consulter des entreprises compétentes dans le domaine concerné.
- Rédiger un cahier des charges précis quant à la définition des besoins.
- Justifier de l'existence de négociations car celles-ci constituent une obligation dans le domaine des marchés négociés.
- La personne publique peut, à tout moment, décider de ne pas donner suite à la procédure pour un motif d'intérêt général (l'absence ou insuffisance d'offres, offres supérieures à l'estimation, etc.).

## LES PIEGES A EVITER

- Oublier d'envoyer la publicité communautaire lorsque le marché dépasse le seuil de 206.000 € HT pour les collectivités territoriales et 133.000 € HT pour l'État (fourniture et services) ou 5.150.000 € H.T. (travaux)
- Commencer la consultation, voire la négociation, avant qu'il ne soit procédé à la publicité de la procédure si cette publicité est obligatoire.
- Accepter les offres sans les négocier, ce qui serait constitutif d'un détournement de procédure.
- Utiliser la procédure négociée après un appel d'offre infructueux alors que certains éléments peuvent laisser suspecter une infraction aux règles de la concurrence (entente, abus de position dominante, etc.)