

CODE DES MARCHÉS PUBLICS

MAPA : la négociation... si je veux !

► Étienne COLSON, avocat au barreau de Lille (contact@colson-avocat.fr)



D. R.

L'acronyme MAPA signifie "*marché à procédure adaptée*". Cette appellation figure dans l'actuel Code des marchés publics et notamment en son article 28. À sa lecture, on y découvre le principal intérêt de ce marché : l'acheteur public "*peut négocier avec les candidats ayant présenté une offre*".

Peut" et non «doit», car il ne s'agit que d'une faculté. Dès lors, trois cas de figure se présentent. Soit le pouvoir adjudicateur annonce sa décision de recourir à la négociation : il est alors tenu de le faire sans réserve. Soit il ne l'a pas prévu et il ne peut alors négocier. Soit, enfin, il se borne à informer les candidats qu'il "*se réserve la possibilité de négocier*". Pareille incertitude, on s'en doute, ne laisse pas d'interroger. Longtemps, d'ailleurs, le sujet divisa. Certains y virent une souplesse bienvenue dans l'achat public quand d'autres déplorèrent une atteinte au principe de transparence des procédures. Jusqu'au 18 septembre dernier... Ce jour-là, en effet, le Conseil d'Etat trancha : dans un MAPA, juge-t-il, le pouvoir adjudicateur (l'autre nom de l'acheteur public) peut se réserver le droit de négocier (CE, 18 septembre 2015, n°380821, Sté

Axcess). Saluée par une majorité d'observateurs, une telle décision ne convainc pourtant pas. Certes, ses mérites ne sont pas minces.

Ainsi peut-on comprendre qu'il est parfois inutile de négocier quand une offre convient d'emblée. Interdire, dans ces conditions, à l'acheteur public d'avoir le choix de négocier ou non se révélerait, partant, irréaliste. Autrement dit, la négociation serait dans ce cas purement formelle. De même, l'argument textuel a-t-il son poids puisque, littéralement, l'article 28 ouvre, il est vrai, un choix ("*peut négocier*") à l'acheteur public en la matière. Tout cela serait bel et bon si les MAPA ne se passaient avec... des opérateurs économiques contraints (faut-il le rappeler) à une rationalité du même nom. Car, à leurs yeux, que peut bien vouloir signifier le choix revendiqué d'une telle indécision administrative ?

Ceci, que le ministère des Finances a quant à lui parfaitement saisi (Guide de bonnes pratiques en matière de marchés publics, 26 septembre 2014, n°10.3.2.2) : l'impossibilité, en pareil cas, pour les candidats d'anticiper une stratégie sur l'évolution économique et technique de leur offre en cours de négociation. Pour les petites et moyennes entreprises, souvent dénuées des moyens nécessaires à l'élaboration d'une offre parfaitement conforme, seule la négociation offre au pouvoir adjudicateur le droit de demander aux candidats dont l'offre ne serait pas conforme de la régulariser.

Or, si l'acheteur public décide *in fine* de ne pas négocier, il s'interdit du même coup de donner une seconde chance à une offre dont la non-conformité ne diminue pas toujours l'intérêt. Enfin, qui dira la suspicion qu'un pouvoir si discrétionnaire (et incontrôlable) ne manquera pas de faire naître dans la tête des candidats ?

À une période où les entreprises ont tant besoin d'être rassurées, c'est donc, à notre sens, leur porter un mauvais coup que de laisser à l'administration le choix de négocier "selon son bon vouloir." L'achat public lui-même n'en sortira pas vainqueur. Car, que l'on ne s'y trompe pas, face à l'incertitude les candidats ne voudront prendre aucun risque. Ainsi, il y a peu, d'une entreprise attributaire d'un MAPA, l'auteur de ces lignes ne s'est-il pas entendu dire : "*Economiquement, dire que l'on négociera peut-être revient à ne rien dire du tout. N'ayant hélas aucun pouvoir de divination quant à la décision finale que prendra l'administration, je me dois de me couvrir. Et de proposer un prix de 3 quand, à la négociation, j'aurais probablement lâché 2...*" On rappellera que le Code des marchés publics (article 1^{er}) exhorte les acheteurs à la bonne utilisation des deniers publics... ■

VOYEZ PLUS LOIN !

Découvrez
l'actualité économique
du Nord - Pas de Calais



Abonnez-vous à

LA GAZETTE

Nord - Pas de Calais

L'abonnement inclut les éditions papier et électronique
+ le web + les archives


Pour s'abonner en ligne,
flashez !

Spid - Ulu - 03 20 82 22 22