



Négociation et courrier électronique dans le cadre de la mise en concurrence.

Catherine Prebissy-Schnall

► **To cite this version:**

Catherine Prebissy-Schnall. Négociation et courrier électronique dans le cadre de la mise en concurrence.. Contrats concurrence consommation, LexisNexis, 2010, pp.23. hal-01877020

HAL Id: hal-01877020

<https://hal-univ-paris10.archives-ouvertes.fr/hal-01877020>

Submitted on 19 Sep 2018

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

« Négociation et courrier électronique dans le cadre de la mise en concurrence : TA Toulon, 17 juin 2010, Sté ADW Network, req. n° 0901622 », *Contrats Concurrence et Consommation*, comm. n° 257, nov. 2010, p. 23.

Catherine Prebissy-Schnall

Le pouvoir adjudicateur peut prévoir une possible négociation avec les candidats retenus dans le cadre d'un marché à procédure adaptée. Mais il doit indiquer avec précision, dans les documents de la consultation, le support qui sera utilisé pour inviter les entreprises à participer à la phase de négociation.

TA Toulon, 17 juin 2010, req. n° 0901622, Sté ADW Network

Note :

Alors que l'automne s'est installé avec ses feuillages dorés et ses teintes chaudes, les guides de procédures internes à l'usage des acheteurs publics continuent à fleurir : il en pousse un peu partout au sein des collectivités pour sécuriser les procédures de dévolution des marchés à procédure adaptée et faire face aux éléments internes paralysants (cf. notamment le Vademecum des petits marchés publics mis en ligne en septembre 2010 par Entreprises Territoires et Développement [ETD]). Si le Code des marchés publics invite les pouvoirs adjudicateurs à définir eux-mêmes les modalités de passation de ces marchés, des zones d'ombres subsistent quant à la méthode à suivre. Passer un marché à procédure adaptée (MAPA) qui soit à la fois juridiquement sécurisé et économiquement efficace nécessite une réflexion préalable et un découpage en étapes identifiées puis validées. C'est donc un véritable projet utilisant une méthode rigoureuse qui devra sans cesse être enrichie, au fil des réformes, par le retour d'expérience. Néanmoins, le MAPA reste un instrument souple permettant à l'acheteur d'user de sa créativité. Cette souplesse s'entend également de la possibilité d'échanger avec les candidats et donc de faire évoluer le contrat pendant sa procédure de passation. Mais si le recours à la négociation est possible ([D. n° 2008-1355, 19 déc. 2008 de mise en œuvre du plan de relance économique dans les marchés publics](#)), il n'est pas pour autant totalement libre ou en tout cas sans risques. Le jugement rendu par le Tribunal administratif de Toulon le 17 juin 2010 en témoigne.

La communauté d'agglomération Dracénoise a lancé une procédure adaptée pour l'acquisition d'une solution de raccordement au réseau hertzien. Conformément au principe de transparence, il était indiqué dans le cahier des charges que le pouvoir adjudicateur se réservait la possibilité de négocier. Aussi, par l'envoi d'un courriel avec demande d'accusé-réception, il a invité l'ensemble des candidats à participer à la phase de négociation. Par une action en contestation de la validité du contrat, un concurrent évincé a saisi le tribunal administratif au motif qu'il n'avait pas été informé de l'existence d'un tour de négociation. Hypothétique dans les documents de la consultation, la tenue de la négociation lui est apparue réelle qu'au stade de la réception de la lettre de rejet de son offre. Le juge a sanctionné cette absence de mention, dans le cahier des charges, du courriel pour engager la négociation dans le cadre d'un MAPA. Pour autant, cette irrégularité n'entraîne pas l'annulation du marché. Le juge considère en effet que le concurrent évincé ne démontre pas en quoi son absence de réponse à l'e-mail l'aurait lésé dans le cadre de la mise en concurrence. Au-delà de la prise en compte de la jurisprudence *Smirgeomes* ([CE, 3 oct. 2008, req. n° 305420](#)), l'intérêt de ce

jugement est ailleurs. Si le coup de loupe du juge porte sur le degré de précision des éléments relatifs à la négociation (I) et notamment le support pour engager celle-ci, la vraie question se cache derrière la preuve de la bonne réception des courriers électroniques (II).

I. – Précision sur le support utilisé pour engager la négociation. – Si l'intérêt des MAPA réside dans leurs modalités d'application laissées à l'appréciation des acheteurs publics, le déroulement de la procédure de passation est encadré par des règles fondamentales de transparence et de mise en concurrence destinées à garantir la liberté d'accès aux commandes publiques et l'égalité de cet accès par un traitement égalitaire dans le jugement des offres (combinaison des [articles 1er et 28 du Code des marchés publics](#)). La parfaite transparence implique donc une précision importante en matière de négociation : le pouvoir adjudicateur entend-il négocier ou non ? Si oui, quels sont les points sur lesquels pourra porter la négociation (hiérarchiser leur importance et identifier le « négociable » du « non négociable » comme, par exemple, certains aspects techniques du dossier que le pouvoir adjudicateur ne souhaite pas voir modifier) ? Comment la phase de négociation sera-t-elle engagée (courrier, e-mails) ? Quelle est la méthode de négociation (courriels, fax, PV d'auditions...) ? Ainsi les candidats peuvent se préparer à aiguiser leurs techniques de négociation, peuvent adopter une stratégie dans l'élaboration de l'offre en gardant une marge de manœuvre pour la négociation. À lire ces dernières lignes, certains praticiens vont certainement s'émouvoir d'une telle rigueur juridique en la considérant comme superflue dans le contexte d'un MAPA. Après tout, la seule possibilité d'une négociation ne pourrait-elle pas constituer une information suffisante donnée aux candidats ? Il faut alors se souvenir de l'objectif à atteindre en matière de marchés publics : réaliser le meilleur acte d'achat possible. Pour un acheteur privé, la négociation constitue un élément clé pour atteindre l'efficacité économique de l'acte d'achat. L'acheteur public a donc tout intérêt à utiliser les techniques de négociation telles qu'issues du secteur privé en mettant en place des modalités d'achats compréhensibles, des modalités d'achats contrôlables (V. *Contrats publics n° 84, janv. 2009, n° spécial marchés publics et négociation*).

Le jugement du tribunal administratif de Toulon montre bien la nécessité d'aller plus loin dans le formalisme des MAPA pour construire en commun une offre et éviter les mésententes et conflits futurs. La précision quant au support utilisé pour engager la négociation apparaît ainsi fondamentale tant sur la forme (indiquer que l'invitation à négocier sera envoyée par e-mail) que sur le fond (veiller que le contenu du courriel attire spécialement l'attention de son destinataire). Par ailleurs, il incombe au pouvoir adjudicateur de veiller à la bonne réception des e-mails au nom du principe d'égalité de traitement des candidats.

II. – La preuve de réception des courriels. – Le tribunal de Toulouse, dans un jugement rendu le 29 mars 2010 (*TA Toulouse, 29 mars 2010, CBB Electricité-Climatisation, req. n° 1001105*) a annulé une procédure de passation d'un marché car le candidat évincé n'avait pas reçu le courriel envoyé par le pouvoir adjudicateur via la plateforme de dématérialisation l'informant d'un additif au dossier de consultation des entreprises. Ce document complémentaire avait été mis en ligne sur le site Internet de l'acheteur public. Mais le département n'était pas en mesure d'apporter la preuve de la réception de ce courriel par la requérante, en l'absence de demande d'accusé réception. Le juge a considéré « qu'il n'est pas établi que son envoi ait été réitéré ou qu'un accusé de réception ait été demandé de manière à permettre de vérifier que les entreprises qui avaient précédemment retiré les documents de la consultation du marché en avaient pris connaissance ».

Pour revenir à notre affaire, la communauté d'agglomération Dracénoise avait bien tiré les leçons du jugement de Toulouse en prenant soin d'assortir son courrier électronique d'une demande d'accusé-réception. Pour autant, et même si le juge ne sanctionne pas l'irrégularité sur le terrain de la réception ou non de l'e-mail, la problématique va désormais porter sur la preuve de la réception du courriel. Aux termes de l'[article 1369-8 du Code civil](#), « *lorsque l'apposition de la date d'expédition ou de réception résulte d'un procédé électronique, la fiabilité de celui-ci est présumée, jusqu'à preuve contraire, s'il satisfait à des exigences fixées par un décret en Conseil d'État. Un avis de réception peut être adressé à l'expéditeur par voie électronique ou par tout autre dispositif lui permettant de le conserver. Les modalités d'application du présent article sont fixées par décret en Conseil d'État* ». Si l'accusé-réception semble suffire pour pouvoir certifier du maintien du principe d'égalité de traitement et donc d'une concurrence effective sur le marché, faut-il encore que le décret en Conseil d'État existe pour permettre au juge d'opérer son contrôle !

Alors que la dématérialisation a vocation à couvrir l'ensemble de la procédure de passation des marchés publics, que de nouvelles obligations ont été mises en place depuis le 1er janvier 2010 ([D. n° 2008-1334, 17 déc. 2008 : JO 18 déc. 2008, p. 19367](#)), qu'un guide pratique de la dématérialisation des marchés publics a été mis en ligne le 31 mai 2010, qu'un projet européen Peppol (Pan-European Public Procurement Online) cherche à faciliter l'interopérabilité entre les systèmes nationaux de marchés publics par voie dématérialisée, l'absence de prise en compte de la preuve du courrier électronique est tout à fait remarquable. Combien de temps faudra-t-il encore attendre pour que le décret d'application voit enfin le jour ? Faudra-t-il prévoir un guide de procédures internes pour répondre aux besoins de l'informatisation et ajuster ses méthodes de fonctionnement ?

L'aspiration des praticiens reste tournée vers un système sécurisé garantissant une procédure fluide, performante et adaptée à la plasticité des petits marchés. Il faut éviter à tout prix que l'automatisation des procédures ne puisse devenir un fait justificatif dont pourront se prévaloir à l'avenir les pouvoirs adjudicateurs et les opérateurs économiques afin de passer outre à certaines dispositions. L'utilisation de la voie électronique doit introduire de la souplesse sans gêner la bonne application des principes fondamentaux de liberté et d'égalité d'accès.

Mots clés : Marché à procédure adaptée. - Négociation. - e-mails