



GUIDE DE LA NEGOCIATION
GUIDE DE LA NEGOCIATION
DANS LA PROCEDURE
ADAPTEE

**LA MAITRISE DE LA
NEGOCIATION DANS LES
MAPA**

Le mot du président de l'Association des Acheteurs Publics



Encore un guide ! Mais est-ce donc si compliqué la négociation pour qu'il soit nécessaire d'en rédiger plus d'une page pour en décrypter toutes les syllabes du mot ?

En fait, ce n'est pas tout à fait cela car le mot *négociation*, aussitôt adossé à l'achat public, fait émerger de nouveaux champs à ce mot et devient une source inépuisable d'avis et de procédures tant celui-ci a été banni du vocabulaire de l'acheteur (lui-même inconnu jusqu'au décret marchés publics publié au journal officiel du 27 mars 2016).

Chaque acte d'achat peut être aussi singulier que le nombre de procédures que peuvent notamment mettre en œuvre plus de 35.400 communes et 12.600 établissements publics de coopération intercommunale (à ce jour) soit plus de 48.000 appréciations possibles de la notion de *négociation dans les marchés publics à procédure adaptée...*

Forts de cette richesse administrative, les acheteurs de l'Association des Acheteurs Publics se sont concertés pour actualiser ce guide qui vous propose ces quelques bases en guise de pistes pour la mise en œuvre de la négociation dans vos procédures adaptées. De plus, 11 annexes sont proposées en fin de guide afin de permettre une mise en œuvre immédiate des procédures et principes proposés.

Enfin, je profite de ces quelques lignes pour saluer le (volumineux) travail des membres du bureau et du conseil d'administration de l'AAP pour la rédaction de ce guide (et notamment à la suite de l'application du Code de la commande publique au 1^{er} avril 2019).

Bonjour chez vous !

Alain BÉNARD
Président de l'AAP

Photo : Association des Acheteurs Publics

Préface de François BAROIN
président de l'Association des maires de France et des présidents
d'intercommunalité



Les achats publics constituent aujourd'hui une préoccupation importante pour l'ensemble des collectivités territoriales et, notamment, pour les communes et leurs intercommunalités en raison des contraintes budgétaires qui sont les leurs.

Pourtant, en dépit de ces contraintes, il est plus que jamais nécessaire de mettre en place des pratiques d'achat qui permettent à ces collectivités de continuer à répondre de façon satisfaisante aux besoins de nos administrés.

Dans ce contexte, un achat public réussi et de qualité est celui qui permet d'utiliser de façon optimale l'ensemble des outils mis à la disposition des acheteurs par la réglementation. Parmi ces outils, la négociation permise dans le cadre des marchés à procédure adaptée (MAPA) occupe une place importante en ce qu'elle permet d'atténuer l'approche parfois rigide que certains peuvent avoir de la commande publique.

Cette place stratégique dans l'acte d'achat n'est pourtant pas toujours perçue par l'ensemble des acheteurs concernés. C'est notamment le cas des collectivités qui ne disposent pas des ressources internes nécessaires leur permettant de conduire des négociations face à des prestataires qui sont parfois très aguerris dans cet exercice.

Ce guide, rédigé par les experts de l'AAP, est donc bienvenu dans la mesure où il permet d'offrir une vision précise de ce que constitue une négociation, des enjeux qui l'entourent et des modalités pratiques à mettre en œuvre pour que celle-ci contribue à l'efficacité de l'acte d'achat.

Les outils spécifiques développés dans ce guide sont bien détaillés et documentés et permettent de disposer d'une vision d'ensemble pertinente de ce que doit être une négociation, du rappel de son régime juridique jusqu'à l'édition de conseils très pratiques, inspirés de l'expérience éprouvée de ses rédacteurs, dans la façon dont elle doit être conduite. En cela, cet ouvrage constitue une source de réflexion indispensable lorsque les communes et leurs groupements, quelle que soit leur taille, se lancent dans la passation d'un MAPA avec négociation.

Les conseils pratiques ainsi que les annexes figurant dans ce guide pourront par ailleurs intéresser autant les acheteurs publics que les opérateurs économiques dans l'identification des points qui sont stratégiques dans la conduite des négociations, permettant ainsi d'aboutir à un achat public de qualité.

François Baroin
Président de l'AMF

Photo : Arnaud FEVRIER pour l'AMF



SOMMAIRE

PRÉAMBULE

- Qu'est-ce que la négociation ?
- Les procédures permettant la négociation

POURQUOI UN GUIDE SUR LA NEGOCIATION DES MAPA ?

I - INTRODUCTION :

- a) Les différents types de négociation dans les marchés publics
- b) Les négociations internes
- c) Les négociations externes
- d) Le bon négociateur
- e) Les différentes typologies de négociateur

II - LE CADRE RÉGLEMENTAIRE DE LA NÉGOCIATION :

- a) Quelle évolution de la réglementation ?
- b) Quelle est la jurisprudence encore applicable ?
- c) La négociation et le respect des principes fondamentaux de la commande publique
- d) Que peut-on réellement négocier en MAPA ?
- e) La négociation des marchés de maîtrise d'œuvre

III – LE CADRAGE DE LA NÉGOCIATION :

- a) L'avis d'appel public à la concurrence et/ou le règlement ou la lettre de consultation doit fixer le cadre de la négociation
- b) Les différentes formes de négociation

IV – LES CANDIDATS ADMIS A NEGOCIER :

- a) Faut-il négocier avec tous les candidats ?
- b) L'acheteur peut-il négocier avec un seul candidat ?
- c) Le cas des offres irrégulières, inappropriées ou inacceptables en procédure adaptée

V – QUI PEUT NÉGOCIER EN CAS DE NÉGOCIATION DIRECTE ?

- a) Professionnalisme et responsabilité : la négociation est un art
- b) Constitution de l'équipe de négociation

VI – LA PRÉPARATION ET LE DEROULEMENT DE LA NÉGOCIATION :

- a) L'organisation de la négociation - principe
- b) La préparation des phases de la négociation
- c) Les différentes phases de la négociation
- d) Convocations
- e) Réunion de négociation avec les candidats : la négociation peut se dérouler en plusieurs phases
- f) Que faire si une entreprise refuse de négocier ?
- g) Faut-il prévoir un préalable de régularisation des offres ?
- h) Doit-on poser strictement les mêmes questions à tous les candidats participant à la négociation ?
- i) La négociation et ses impératifs

VII – LE TERME DE LA NÉGOCIATION :

- a) Quel délai doit être laissé aux candidats pour compléter leur offre après négociation ?
- b) Les modalités précises de remise des nouvelles offres
- c) Le classement des offres finales
- d) Le rapport d'analyse des offres
- e) La mise au point des pièces du marché
- f) Le formalisme de la traçabilité

g) Le bilan de la négociation

VIII – CONCLUSION

Le négociateur du futur

IX – LES ANNEXES A UTILISER POUR LA NÉGOCIATION DES MAPA

Les annexes qui suivent sont destinées à faciliter les négociations.

Bien entendu, elles doivent être adaptées en fonction de l'objet et des différents éléments du marché concerné.

- Annexe I : Traitement des offres hors délais, irrégulières, inacceptables, inappropriées ou anormalement basses
- Annexe II : Grille de négociation d'un achat de matériel
- Annexe III : Grille de négociation d'un marché d'études
- Annexe IV : Grille de négociation d'un marché de maîtrise d'œuvre
- Annexe V : Conseils et recommandations aux personnes participant à une réunion de négociation
- Annexe VI : Lettre invitant à une négociation par écrit
- Annexe VII : Lettre invitant à une réunion de négociation
- Annexe VIII : Note d'information remise aux candidats à l'issue de la réunion de négociation
- Annexe IX : Feuille de présence
- Annexe X : Annexe à l'acte d'engagement relative aux modifications apportées par le candidat à son offre initiale après négociation
- Annexe XI : Bilan de la négociation

PRÉAMBULE

L'acheteur est souvent un acteur isolé de la collectivité et c'est la négociation qui le relie à ses partenaires internes et externes.

L'acheteur doit savoir acheter et négocier afin de pouvoir *acheter* c'est-à-dire satisfaire le besoin d'un utilisateur ou d'un usager au meilleur coût, au moment opportun, dans le respect de la réglementation.

Acheter c'est analyser la demande, cadrer les contraintes, analyser les offres et négocier... afin de **SATISFAIRE LE BESOIN REEL** de l'utilisateur ou de l'utilisateur.

Négocier c'est se donner un objectif à atteindre, éviter les conflits pour rechercher un compromis qui préserve les intérêts légitimes des différents protagonistes de la négociation.

Négocier n'est pas une science exacte mais une discipline qui se travaille et qui s'apprend pour devenir un art.

Pour commencer, l'acheteur devra bien garder en tête que la négociation n'est pas synonyme de marchandage. Marchander, c'est discuter systématiquement le prix sans donner de contrepartie. Le marchandage ne doit pas être considéré comme une stratégie de négociation. Ce ne peut être qu'une tactique à l'intérieur de la stratégie par exemple lorsque l'acheteur a fait toutes les concessions qu'il avait prévues et qu'il doit demander un dernier effort à son interlocuteur.. Dans le marchandage ce sont les chiffres seuls qui s'opposent.

Il existe plus de 250 tactiques (éléments composant le plan d'une négociation) couramment utilisées par les négociateurs. Seules 3 de ces tactiques sont considérées comme liées au marchandage : demander une simple réduction, prendre l'initiative de la négociation et faire baisser le prix jusqu'à la limite de la rupture, demander un prix extrêmement bas pour ensuite admettre et obtenir un prix plus haut à l'issue de concessions réciproques.

Qu'est-ce que la négociation ?

Dans le sens courant, la négociation se définit comme l'action de discuter des affaires communes entre deux ou plusieurs parties en vue d'un accord susceptible de satisfaire les intérêts légitimes des deux parties. Appliquée à la commande publique, elle constitue un véritable outil de travail permettant de concilier des intérêts potentiellement opposés, d'atteindre tout ou partie des objectifs respectifs de l'acheteur et du vendeur... et d'éviter les conflits.

La négociation peut se définir comme étant la technique qui permet :

- d'une part, d'adapter au mieux les offres des candidats à la demande de l'acheteur, afin de s'assurer qu'ils ont bien assimilé le besoin,
- d'autre part, de renforcer l'efficacité de la commande publique en optimisant la dépense,
- enfin, dans certaines situations, d'éviter ou limiter les avenants ou litiges en cours d'exécution du marché.

Les procédures permettant la négociation

La négociation peut avoir libre cours dans le cadre des procédures passées selon une procédure adaptée. Les acheteurs peuvent recourir à la procédure dite « adaptée » pour les achats de fournitures, de services et de travaux passés en application de l'article R 2123-1 -1° du code de la commande publique (CCP) dont le montant est inférieur aux seuils de procédures formalisées ci-après, en vigueur depuis le 1^{er} janvier 2020 :

- marchés de fournitures et services passés par les collectivités territoriales et leurs établissements publics : 214 000 € HT ;
- marchés de fournitures et de services passés par l'Etat et ses établissements publics : 139 000 € HT ;
- marchés de fournitures et services passés par les entités adjudicatrices : 428 000 € HT ;
- marchés de travaux : 5 350 000 € HT.

Ces seuils sont mis à jour par la commission européenne tous les deux ans pour tenir compte de la fluctuation des cours monétaires. Ils seront modifiés au 1^{er} janvier 2022.

Sont également concernés par la mise en œuvre d'une procédure adaptée, les marchés de services sociaux et autres services spécifiques, quel que soit leur montant, conformément aux dispositions de l'article R 2123-1-3° dudit code de la commande publique.

En outre, certains services juridiques sont concernés avec des dispositions allégées notamment au niveau de la publicité. Le 4° de l'article R 2123-1 du code de la commande publique prévoit la possibilité, quelle que soit la valeur estimée du besoin, de passer un marché selon une procédure adaptée pour les marchés ayant pour objet, un ou plusieurs des services juridiques suivants :

- a) Services juridiques de représentation légale d'un client par un avocat dans le cadre d'une procédure juridictionnelle,
- b) Services de consultation juridique fournis par un avocat en lien avec une procédure contentieuse.

Pour ces marchés passés selon une procédure adaptée, l'acheteur est libre, sous réserve de respecter les principes fondamentaux de la commande publique, de choisir le mode de négociation le plus pertinent.

En procédure formalisée, la négociation est encadrée par la procédure elle-même. C'est la cas de la procédure avec négociation, prévue par l'article L 2124-3 du code de la commande publique, procédure par laquelle un pouvoir adjudicateur négocie les conditions du marché public avec un ou plusieurs opérateurs économiques autorisés à participer aux négociations.

- Cas particulier : les marchés passés sans publicité ni mise en concurrence en application des articles R 2122-1 à 11 du code de la commande publique

- Il s'agit des **cas des marchés sans publicité ni mise en concurrence préalables**, c'est-à-dire des marchés qui ne peuvent être passés qu'avec un prestataire déterminé dans les cas limitativement énumérés aux dits articles.
- Ces marchés peuvent également faire l'objet d'une négociation.

POURQUOI UN GUIDE SUR LA NÉGOCIATION DES MAPA ?

Facteur de l'efficacité de la commande publique, la négociation est une technique d'achat qui nécessite un apprentissage progressif et encadré.

Les objectifs de la négociation :

- « Optimiser la commande »
- « Trouver une offre acceptable »
- « Assurer le bon usage des deniers publics »

La négociation permet d'adapter, en temps réel, les offres des opérateurs à la demande de l'utilisateur. Au terme de ce dispositif, l'acheteur devra choisir la prestation ou le produit correspondant au juste besoin.

La négociation s'appuie sur une volonté réelle des parties à aboutir à un accord de type gagnant/gagnant alors que le marchandage vise à faire baisser artificiellement le prix de la prestation sans tenir compte de la diversité des propositions techniques.

Le recours à la négociation pour les MAPA est recommandé et doit s'apprécier au regard des enjeux, du contexte et de la nature des achats.

La négociation est un échange (écrit et/ou verbal) ouvert avec les candidats, un échange dont l'issue doit être profitable aux deux parties.

Ainsi, dans le cadre de la négociation, l'entreprise peut être questionnée par l'acheteur sur son offre afin d'identifier si d'éventuelles incompréhensions de ses besoins par le candidat n'ont pas provoqué d'éventuels surcoûts.

La négociation peut également permettre à l'acheteur de connaître le coût des prescriptions de son cahier des charges (choix techniques, délais, SAV, garanties, clause de paiement...) et d'identifier des axes d'économies potentielles si certaines de ses exigences pouvaient être revues.

On ne le dira jamais assez : la négociation n'est pas un « braquage » des candidats. Il s'agit d'un instrument visant à aboutir à des rapports contractuels équilibrés entre les parties. Et oui, une entreprise qui obtient un marché, doit pouvoir en dégager des bénéfices.



Le présent guide concerne les modalités de négociation des marchés passés selon la procédure adaptée.

I - INTRODUCTION

a) Les différents types de négociation dans les marchés publics

On ne doit pas parler de « LA NEGOCIATION » dans l'achat public mais « DES NEGOCIATIONS » car l'acheteur public doit être prêt à négocier à tous les stades du processus achat. Il n'y a donc pas une négociation mais des négociations dans l'achat public. Ainsi, il peut y avoir les négociations internes avec les usagers ou avec les collègues mais également les négociations externes avec les fournisseurs potentiels ou les titulaires des marchés.

b) Les négociations internes

Ce sont les plus difficiles à mener car elles sont beaucoup moins encadrées que les négociations externes :

- avec l'utilisateur ou l'utilisateur pour définir le besoin réel ;
- avec la hiérarchie, par exemple pour l'établissement d'une stratégie d'achat ;
- avec la cellule réglementation, en particulier pour le choix d'une procédure adaptée à l'achat envisagé ;
- avec le service finances pour la révision des moyens financiers à envisager.

L'acheteur public se trouve au cœur des différents choix. Il fait la synthèse des attentes de tous les acteurs concernés par l'achat.

c) Les négociations externes

Là encore, il y a deux types de négociation totalement différents :

1. Avec le fournisseur avant la notification du marché

Le fournisseur veut vendre... La capacité de l'acheteur à influencer la négociation dépend de la structure du marché qui peut être concurrentiel ou non concurrentiel (monopolistique ou oligopolistique, avec ou sans entente). Dans un marché concurrentiel ou oligopolistique sans entente, c'est l'acheteur qui détient le pouvoir puisqu'il peut toujours acheter chez un autre fournisseur que celui avec lequel il négocie. Il devra donc toujours lui faire comprendre qu'il y a trois protagonistes dans la négociation : *lui*, *vous* et la *concurrence*. Dans un marché non-concurrentiel ou oligopolistique avec entente, la marge de manœuvre de l'acheteur est beaucoup plus réduite hormis s'il peut différer la satisfaction du besoin ou trouver en interne les moyens de satisfaire ce besoin.

A ce stade de notre propos, il est possible de répondre à la question : quelle est la négociation qui peut apporter le plus de gain à la collectivité ? Réponse à la fin du chapitre...

2. Avec le fournisseur après la notification du marché

L'acheteur n'a plus le pouvoir sur la négociation et le fournisseur voudra améliorer son profit lors de la négociation des avenants ou modifications du marché. Pour y parvenir, il profitera des lacunes ou des imprévisions du marché.

d) Le bon négociateur

Nous ne pouvons pas aborder la négociation quelle qu'elle soit, sans dire un mot des difficultés que rencontrent les « jeunes » négociateurs.

Le trac, le stress ou la peur sont des facteurs qui pénalisent le négociateur débutant. Les motifs de stress sont souvent liés à l'idée du face à face que notre culture associe trop souvent au conflit. La cause profonde du stress demeure l'ignorance du futur qui nous fait envisager et craindre un échec ou un ego en difficulté (manque de confiance en soi, trop grande passivité...).

Pour diminuer et vaincre le stress lié à notre peur de l'inconnu, nous devons nous fixer des objectifs précis : faire passer tel message, obtenir une réponse à telle question, ne pas dépasser tel plafond de prix, ne pas descendre en dessous de tel niveau de qualité...

Pour diminuer et vaincre le stress lié à notre ego, nous devons acquérir une technique qui nous rassure : nous entraîner à saluer, à tendre la main, à nous présenter, à détendre l'atmosphère en début de contact, à poser une question précise, à placer tel argument ou telle objection.

Nous reviendrons plus tard dans notre propos sur l'importance de la préparation de la négociation qui, à elle seule, contribue largement au résultat de la négociation et à libérer le négociateur de ses possibles angoisses.

C'EST EN PREPARANT NOTRE NEGOCIATION ET EN OSANT QUE NOUS TRANSFORMERONS NOTRE ANGOISSE DE LA NEGOCIATION EN POUVOIR SUR LA NEGOCIATION

Réponse à la question : Quelle est la négociation qui peut apporter le plus de gain à la collectivité ? C'est la négociation interne avec l'utilisateur ou l'utilisateur qui peut être la plus intéressante pour la collectivité car c'est à ce stade de l'achat que nous pourrions interférer sur l'achat lui-même et même faire admettre au demandeur que son achat n'est pas indispensable voire non souhaitable et dans ce cas, le gain est de 100 % puisque la dépense n'est pas réalisée.

Le « bon négociateur » devra avoir une « image authentique » : son moi « visible » devra correspondre à l'image qu'il a, lui-même, de son moi. On dit qu'il doit y avoir cohérence entre le moi et l'image interne du moi. En cas de différence importante entre le moi et son image on parlera d' « image artificielle » ou de « fausse image » d'un individu. Dans une négociation, si un des protagonistes de la négociation présente une « fausse image » à l'autre, il est probable que la communication aura du mal à s'établir. Le « bon négociateur » connaîtra donc sa personnalité et ne devra pas la dissimuler par un comportement qui tenterait d'étouffer son moi.

Il y a ainsi différentes typologies de négociateur qui sont autant de personnalités différentes des interlocuteurs avec lesquels nous pouvons être amenés à négocier en interne comme en externe. Mais le lecteur fera lui-même facilement la différence entre les personnalités qu'il a déjà rencontrées parmi ses collègues (négociations internes) et parmi ses interlocuteurs externes.

e) Les différentes typologies de négociateur

Le passif : il déteste se mettre les autres à dos. Il cherche à consulter les autres et évite d'être impliqué. Il angoisse dans les phases de désaccord. Le passif préfère s'en aller ou se soumettre plutôt que s'affirmer, il faudra donc l'aider à progresser par étape pour l'amener vers un compromis qui le rassurera.

Le manipulateur : il est rusé et peut aller jusqu'au mensonge, il séduit et fait des allusions si cela peut le servir. Le manipulateur fait semblant de prendre en compte l'intérêt de son interlocuteur pour mieux le tromper. C'est un négociateur dangereux mais habile qui peut modifier son discours et son comportement en fonction de son interlocuteur. Il faudra donc lui faire comprendre que nous ne sommes pas dupes et que nous pouvons dévoiler ses méthodes s'il persiste dans son comportement.

L'agressif : il réagit brutalement. Il s'oppose sans état d'âme, contredit, n'accepte pas les critiques. Il va droit au but sans s'interroger. L'agressif est un autocrate qui attaque et cherche à soumettre les autres sans rien accorder. Il veut être reconnu : nous pourrions donc lui montrer qu'il est reconnu en le consultant systématiquement.

L'assertif : il exprime fermement mais tranquillement ses arguments. Il assume ses décisions et défend ses objectifs en respectant ceux de son interlocuteur. Il sait dire « NON » sans agresser, sans culpabiliser. Il joue « carte sur table » et ne craint pas le « face à face ». L'assertif cherche à négocier des compromis réalistes entre des objectifs légitimes mais contradictoires.

Nous connaissons tous ces profils mais il faut nous interroger : quel est mon propre profil et comment puis-je l'exploiter pour trouver ma place dans la négociation ?

II – LE CADRE RÉGLEMENTAIRE DE LA NÉGOCIATION

a) Quelle évolution de la réglementation ?

Les dispositions prévues par la directive européenne 2014/24 du 26 février 2014 sur la passation des marchés publics concernant la procédure concurrentielle avec négociation – devenue la procédure avec négociation - apporte un éclairage sur les modalités applicables en cas de négociation.

Directive 2014/24/UE du parlement européen et du conseil du 26 février 2014 sur la passation des marchés publics

Extraits de l'article 29 de la directive concernant la procédure concurrentielle avec négociation :

« Au cours de la négociation, les pouvoirs adjudicateurs assurent l'égalité de traitement de tous les soumissionnaires. À cette fin, ils ne donnent pas, de manière discriminatoire, d'information susceptible d'avantager certains soumissionnaires par rapport à d'autres. Ils informent par écrit tous les soumissionnaires dont les offres n'ont pas été éliminées en vertu du paragraphe 6 de tous les changements apportés aux spécifications techniques ou aux autres documents de marché, autres que ceux qui définissent les exigences minimales. À la suite de ces changements, les pouvoirs adjudicateurs prévoient suffisamment de temps pour permettre aux soumissionnaires de modifier leurs offres et de les présenter à nouveau s'il y a lieu.

Conformément à l'article 21 (de la directive), les pouvoirs adjudicateurs ne révèlent pas aux autres participants les informations confidentielles communiquées par un candidat ou un soumissionnaire participant aux négociations, sans l'accord de celui-ci. Cet accord ne revêt pas la forme d'une renonciation générale mais vise des informations précises dont la communication est envisagée.

La procédure concurrentielle avec négociation peut se dérouler en phases successives de manière à réduire le nombre d'offres à négocier en appliquant les critères d'attribution précisés dans l'avis de marché, dans l'invitation à confirmer l'intérêt ou dans un autre document du marché. Le pouvoir adjudicateur indique, dans l'avis de marché, l'invitation à confirmer l'intérêt ou dans un autre document du marché, s'il fera usage de cette possibilité ».

MAPA - Règles applicables

Article R. 2123-4 du CCP

Lorsqu'il recourt à une procédure adaptée, l'acheteur en détermine les modalités en fonction de la nature et des caractéristiques du besoin à satisfaire, du nombre ou de la localisation des opérateurs économiques susceptibles d'y répondre ainsi que des circonstances de l'achat.

MAPA – la possibilité de négocier

Article R.2123-5 du CCP

Lorsque l'acheteur prévoit une négociation, il peut attribuer le marché sur la base des offres initiales sans négociation, à condition d'avoir indiqué qu'il se réserve cette possibilité dans les documents de la consultation.

L'article R.2123-5 précité prévoit ainsi la possibilité de négocier avec les candidats ayant présenté une offre.

L'acheteur peut donc se réserver la possibilité de négocier à condition de l'avoir prévu dans les documents de la consultation.

b) Quelle est la jurisprudence encore applicable ?

Le débat sur la validité de certaines dispositions de règlements de consultation indiquant que « l'acheteur se réservait la possibilité de négocier avec les candidats de son choix » a agité pendant longtemps les prétoires. Le débat a été finalement tranché positivement par le Conseil d'État¹. Ainsi, si l'acheteur mentionne explicitement qu'il entend mener des négociations, il ne pourra pas y renoncer. Cependant, le Conseil d'Etat valide la possibilité de mentionner, dans les documents de la consultation, que l'acheteur se « réserve la possibilité de négocier » :

« En procédure adaptée, le pouvoir adjudicateur peut se réserver la possibilité de négocier. Si le pouvoir adjudicateur a décidé de faire usage de sa faculté de négocier dans le cadre d'une procédure adaptée, il doit en informer les candidats dès le lancement de la procédure et ne peut alors renoncer à négocier en cours de procédure. Il peut aussi se borner à informer les candidats, lors du lancement de la procédure, qu'il se réserve la possibilité de négocier, sans être tenu, s'il décide effectivement de négocier après la remise des offres, d'en informer l'ensemble des candidats ».

Le décret du 25 mars 2016 relatif aux marchés publics puis le code de la commande publique applicable depuis le 1^{er} avril 2019 ont tenu compte de cette jurisprudence (cf article R. 2123-5 précité).

La négociation à la carte est donc possible

La rédaction adoptée par l'article R. 2123-5 est ainsi en tout point conforme à la directive, à savoir que « l'acheteur peut se réserver la possibilité... de ne pas négocier ».

L'acheteur est donc autorisé d'indiquer dans les documents de la consultation, la mention « l'acheteur se réserve la possibilité de négocier ».



Attention donc à la façon de rédiger les documents de la consultation (avis d'appel public à la concurrence et/ou règlement de la consultation).

Le choix des candidats admis à négocier

Les textes sont silencieux en ce qui concerne la fourniture d'indications relatives au nombre de candidats susceptibles de participer à la négociation ainsi qu'aux critères qui seront mis en œuvre pour sélectionner les candidats admis à négocier.

Cela étant, la DAJ du ministère de l'Économie et des Finances, dans sa fiche intitulée « marchés publics à procédure adaptée et autres marchés publics de faible montant »² point 4.4.2 tranche la question en considérant que si l'acheteur souhaite limiter le nombre de candidats avec lesquels il négociera, il doit indiquer non seulement les critères sur le fondement desquels les candidats seront sélectionnés pour participer à la négociation, mais également le nombre de candidats concernés.

Cette position s'explique assez logiquement par la nécessité de garantir le respect du principe de transparence et d'égalité de traitement des candidats et présente l'avantage d'atténuer quelque peu l'incertitude dans laquelle se trouvent les candidats concernant la marge de manoeuvre dont dispose l'acheteur pour décider ou non de recourir à la négociation.

Quel que soit son choix, l'acheteur est tenu de respecter les règles qu'il s'est fixées.

Dans une décision³ du 4 avril 2013, les magistrats de la cour administrative d'appel de Lyon, relèvent que le marché litigieux a été passé à l'issue d'une procédure adaptée et que l'avis d'appel public à la concurrence précisait, qu'après analyse des offres, trois prestataires seraient sélectionnés pour être auditionnés par les services en charge du dossier.

La publicité prévoyait également que l'offre économiquement la plus avantageuse serait appréciée, à l'issue de l'audition, en fonction de la valeur technique, au vu du mémoire technique et des éléments de l'audition, et des prix des prestations.

Or, la Cour constate que l'acheteur n'a pas procédé à cette audition alors qu'aucune pièce du dossier de consultation ne permettait de considérer cette étape comme facultative. La Cour décide l'annulation de la procédure.

¹ CE 18 septembre 2015, Société Axxess, req. n°380821

² Fiche DAJ marchés publics à procédure adaptée et autres marchés publics de faible montant

³ CAA Lyon, 4 avril 2013, Société Intracom, req.n°12LY01253

Lorsque l'acheteur renonce à négocier avec une entreprise, en méconnaissance des conditions fixées par lui dans le règlement de consultation, ce manquement peut conduire à l'annulation du contrat par le juge dans le cadre d'un recours en contestation de validité du contrat. ⁴

Un candidat a contesté son éviction d'une procédure d'attribution d'un marché de maintenance des installations de téléphonie, en formant un recours en contestation de validité du contrat sur le fondement de la jurisprudence Société Tropic alors applicable.⁵

Deux manquements étaient reprochés à l'acheteur. En premier lieu, la société requérante se plaignait de la notation des offres car elle estimait que l'établissement public avait procédé à une neutralisation de l'un des critères en attribuant aux deux sociétés candidates la même note maximale pour le critère relatif à la valeur technique des offres. Le juge a estimé que l'attribution de cette même note aux entreprises ne résultait pas d'une volonté d'écarter ce critère, mais était au contraire le résultat d'une appréciation des offres au terme de laquelle l'acheteur avait conclu à l'équivalence de niveau des offres sur ce critère, critère parfaitement rempli selon lui pour les deux sociétés. En conséquence, l'attribution de la note maximale aux deux sociétés ne peut pas être regardée comme une violation par des critères de sélection des offres retenus.

Par ailleurs, il était également reproché à l'acheteur une violation des conditions de négociation : il avait en effet précisé dans le règlement de consultation qu'il ne renoncerait à négocier avec les entreprises que dans des conditions limitativement énumérées (notamment la supériorité manifeste de l'une des offres) : or, l'identité de notation des deux offres sur le critère de la valeur technique ne permettait pas ici à l'acheteur de renoncer à négocier avec l'une des entreprises.

Devant tirer les conséquences sur le contrat de ce vice, le juge administratif estime que la gravité de ce vice, et l'absence d'atteinte à l'intérêt général découlant de l'exécution achevée du contrat, doit conduire à son annulation. Appréciant enfin les conséquences indemnitaires de cette annulation, le juge considère qu'en l'absence de chance sérieuse de remporter le marché, la société n'a droit qu'au remboursement de ses frais de présentation de l'offre.

c) La négociation et le respect des principes fondamentaux de la commande publique

La négociation doit respecter les principes fondamentaux de la commande publique, à savoir, notamment, l'égalité de traitement des candidats et la transparence des procédures.

Ainsi, par exemple, la négociation ne doit pas avoir pour objet de favoriser un opérateur économique. La négociation ne peut pas porter sur l'objet du marché ni modifier substantiellement les caractéristiques et les conditions d'exécution du marché telles qu'elles sont définies dans les documents de la consultation.

• L'égalité de traitement des candidats

Les mêmes précisions, en ce qui concerne l'information préalable à la négociation, seront données à tous les candidats.

Les échanges seront menés de façon objective avec les candidats sans discrimination pour aucun d'entre eux. Ainsi, il ne sera pas donné d'informations privilégiées à certains candidats. Les acheteurs veilleront en particulier à ce que tous les candidats soient informés de tous les changements apportés aux spécifications techniques en temps utile, pour leur permettre, suite à ces changements, de modifier leur offre et d'en présenter à nouveau, s'il y a lieu.

Le principe d'égalité de traitement des candidats revêt une importance particulière dans le cadre des procédures qui incluent la négociation.

En l'espèce, l'acheteur a prolongé la négociation avec un soumissionnaire au-delà du terme prévu par les documents de la consultation et rehaussé la notation de l'offre sur la base de la nouvelle version remise hors délai. Or, sans cette irrégularité, l'entreprise concernée n'aurait pas été la mieux notée. Il s'ensuit que celle dont l'offre a été classée immédiatement après la sienne ne doit son éviction qu'à cette irrégularité, qui l'a

⁴ CAA Nancy, 29 mai 2018, n° 16NC02027, Sté Atelio : JurisData n° 2018-012452

⁵ Conseil d'Etat, 16 juillet 2007, n° 291545, Société Tropic Travaux Signalisation

privée d'une chance sérieuse d'obtenir le marché. De ce fait, elle obtient l'indemnisation du manque à gagner résultant de la perte de cette chance.⁶

• La confidentialité des échanges et des offres

Par ailleurs, ne peuvent être divulgués aux candidats des éléments susceptibles de révéler la teneur des offres des autres candidats comme les variantes proposées, les brevets ou les savoir-faire. Ces informations sont en effet couvertes par le secret industriel et commercial désormais dénommé « secret des affaires » : selon la Commission d'Accès aux Documents Administratifs (CADA), il s'agit du secret des procédés qui a trait au savoir-faire de l'entreprise ; du secret des informations économiques et financières qui couvrent les renseignements relatifs à la situation économique d'une société, à sa santé financière et à l'état de son crédit, ce qui inclut l'ensemble des informations de nature à révéler son niveau d'activité ; du secret des stratégies commerciales (prix et remises pratiqués, liste des fournisseurs, notamment).

L'identité des participants à la consultation doit rester confidentielle. Il conviendra donc de s'assurer que les candidats ne se rencontrent pas dans le cadre des négociations (horaires de rendez-vous décalés, si possible).

Des consignes sont à respecter :

- Ne pas communiquer à ce stade sur le nombre d'offres reçues,
- Ne pas récupérer les éléments d'un candidat pour les transmettre à un autre candidat,
- Ne pas communiquer lors des échanges avec les entreprises sur les écarts techniques ou financiers constatés entre les offres.

• La loyauté des relations contractuelles

La relation acheteur/prestataire doit rester équilibrée. En négociation, tous les arguments peuvent faire l'objet d'une discussion mais l'acheteur doit être honnête.

• La transparence des procédures

Cela implique de préciser dans l'avis d'appel public à concurrence, le règlement ou la lettre de consultation si une négociation est prévue. A défaut, on ne pourra pas engager inopinément des discussions avec les candidats en cours de procédure.

Dans le cas où le pouvoir adjudicateur a un planning de procédure contraint et qu'une négociation directe est prévue, il pourrait être utile que soit précisée, dans l'avis d'appel public à la concurrence et/ou le règlement de consultation, la semaine prévue pour la tenue de la négociation. Cela permet aux candidats d'en tenir compte le plus tôt possible et de se rendre disponibles à cet effet.

Les candidats seront informés en amont des éléments principaux de la procédure et, plus globalement, de tous ceux susceptibles d'influencer la formulation et l'évaluation des offres, dont les critères de jugement.

Garantir la transparence, c'est aussi assurer la traçabilité de la négociation et se mettre en situation de pouvoir répondre des différentes étapes de la procédure par le biais de justificatifs devant les différents corps de contrôle (**contrôles internes** : commission marchés, service de la commande publique, **contrôles externes** : contrôle de légalité du préfet, contrôle par les entreprises non retenues, contrôle de la chambre régionale des comptes, du juge administratif et/ou du juge pénal...).



En synthèse : l'acheteur est libre d'engager ou non des négociations avec les candidats.

Toutefois, :

- si l'acheteur n'a pas informé les candidats qu'il se réservait la possibilité de négocier avec eux, il ne peut pas engager de négociations ;
- si l'acheteur a informé les candidats qu'il se réservait la possibilité de négocier avec eux, il est libre d'engager ou non des négociations ;
- si l'acheteur a informé les candidats qu'il engagerait une négociation avec eux, il est tenu d'engager des négociations.

⁶ CAA Paris, 29 décembre 2020, n° 18PA03185, Sté Valladon

d) Que peut-on réellement négocier en MAPA?

Le code de la commande publique ne comporte plus, à la différence de l'ancien code des marchés publics, la mention expresse que tous les éléments d'une offre dans le cadre d'une procédure adaptée peuvent être négociés, précision pourtant fondamentale dans l'optique d'un achat public performant.

Malgré ce manque de précision, l'ensemble des éléments de l'offre reste négociable. Il est recommandé d'annoncer dans le règlement de consultation, les éléments sur lesquels portera la négociation.

Toutefois, la négociation dans une procédure adaptée ne permet pas de modifier les caractéristiques principales du marché telles, notamment, l'objet du marché ou les critères de sélection des candidatures ou les critères de choix des offres. Le critère du prix ne peut être abandonné en cours de négociation, même si ce prix est fixé par la règlementation⁷.

Le guide des bonnes pratiques en matière de marchés publics élaboré par la DAJ recensait quelques-uns des éléments sur lesquels la négociation peut porter :

- **Le prix ou ses éléments** : peuvent, par exemple, être négociés le coût d'acquisition, le coût de stockage ou de transformation, le prix des accessoires, des options, des pièces de rechange, des garanties, de l'entretien, de l'assurance, du transport, etc...
- **La quantité** : peuvent être négociées la quantité nécessaire, la fréquence des commandes, la structure des remises accordées, etc...
- **La qualité** : peuvent être négociés la qualité, suffisante ou, au contraire, surestimée au regard des besoins, ainsi que son incidence sur le prix, si le niveau de qualité demandé est modifié à la hausse ou à la baisse ;
- **Le délai** : peuvent être négociées l'incidence sur le prix des exigences en terme de délai, la part du transport et des formalités diverses, etc...
- **Le cas échéant, les garanties de bonne exécution du marché** (pénalités, résiliation, pourcentage de l'avance ou de la retenue de garantie...).
- **Le cas échéant, une clause de réexamen** : aucune disposition du code de la commande publique n'interdit la négociation d'une clause de réexamen, sous réserve que le règlement de consultation n'ait pas défini limitativement ce sur quoi les négociations pourraient porter, ce qui exclurait ainsi une telle possibilité.

S'agissant de la possibilité de proposer de négocier la clause de réexamen avec tous les candidats, il convient d'observer que si l'initiative de la négociation de cette clause vient du pouvoir adjudicateur, il conviendra de la proposer à tous les candidats ; par contre, si l'initiative vient du soumissionnaire, afin de proposer une amélioration de son offre, l'information des autres candidats n'apparaît pas souhaitable.

Il convient cependant de se montrer prudent sur les éléments qui peuvent être négociés, les caractéristiques principales du marché ne pouvant être négociées.

Ainsi l'acheteur devra absolument s'abstenir de négocier sur :

- **L'objet du marché** :

Il s'agit du contenu de l'article "objet du marché" dans le règlement de la consultation, le cahier des clauses administratives particulières et autres pièces du marché.

Plus l'objet du marché sera précis et décrit, plus le champ de la négociation sera restreint. Il s'agit donc de trouver un juste équilibre entre un objet trop général ne permettant pas au candidat de comprendre le besoin et un objet trop précis, qui limitera les possibilités de négociation.

- **Les critères de sélection des candidatures** ;

⁷ CE 27 avril 2011, Président du Sénat / Société Bio Paris Ouest, req. n°344244

- **Les critères de choix des offres ;**
- **Les caractéristiques principales du marché et clauses du marché** que l'acheteur considère comme **substantielles** :

Il n'existe pas, dans la jurisprudence, de liste de clauses identifiées comme étant substantielles.

Il faut donc se demander si la modification de la clause entraîne une modification des conditions initiales de la consultation en se posant la ou les question(s) suivante(s) :

- o Toutes les clauses du CCAP peuvent-elles être négociées y compris les clauses relatives à l'évolution des prix ? N'y a-t-il pas une remise en cause des caractéristiques initiales du marché ?
- o Les candidats auraient-ils remis une offre radicalement différente ou encore d'autres candidats auraient-ils pu se positionner s'ils avaient eu connaissance de la modification de cette clause ?
- o Est-ce que cela peut entraîner une modification substantielle du classement ?
- o La modification de la clause peut-elle avoir pour effet de faire perdre à un candidat une chance sérieuse de remporter le marché ?

Concernant les pénalités de retard, il convient d'observer que le Conseil d'Etat, dans un arrêt du 1er juillet 2015, a estimé que la modification d'une clause de pénalités de retard (certes après le choix du titulaire du marché) « touchait aux éléments substantiels de l'offre de la société, eu égard à ses effets sur l'équilibre économique du contrat »⁸. Il est donc conseillé à l'acheteur de s'abstenir de négocier les pénalités de retard. Toutefois, dans l'hypothèse où l'acheteur souhaiterait que la négociation porte également sur les pénalités de retard, il devra informer tous les soumissionnaires que les pénalités prévues au CCAP peuvent être négociées.

e) La négociation des marchés de maîtrise d'œuvre

Lors de la négociation pourront être abordés, les différents éléments propres à l'opération, notamment :


- les contraintes de l'opération (précisions sur le terrain affecté à l'opération, réglementation, qualité du sol, nuisances, investigations géotechniques, etc.),
- les contraintes du programme,
- les dispositions concernant l'organisation : organisation de la maîtrise d'ouvrage, organisation de l'équipe de maîtrise d'œuvre suivant le stade des éléments de mission (études et travaux), calendrier des études, délais de réalisation,
- les clauses contractuelles : le taux de rémunération, les taux de tolérance, le mode de dévolution des marchés de travaux, les pénalités, l'assurance, etc,
- l'adéquation de la proposition du maître d'œuvre avec tous ces éléments.

La négociation est menée sous l'égide du maître d'ouvrage, avec l'appui de ses conseils (assistant à maîtrise d'ouvrage, économiste et programmiste éventuellement).

Afin de préparer la négociation, il conviendra d'utiliser ou d'adapter l'annexe IV du présent guide, intitulée « Grille de négociation d'un marché de maîtrise d'œuvre ».

⁸ CE, 1er juillet 2015, société Aareon France - n°384209


III - LE CADRAGE DE LA NÉGOCIATION

 **Un rappel** : les caractéristiques principales du marché et de la consultation (objet du marché, critères de sélection des candidatures et des offres) sont intangibles.

a) L'avis d'appel public à la concurrence et/ou le règlement ou la lettre de consultation doit fixer le cadre de la négociation

Conformément à la réglementation et à la jurisprudence, l'acheteur peut se réserver le droit de recourir à la négociation.

Dès lors, la formulation à indiquer dans le règlement de la consultation devra être claire.

 **Le conseil de l'AAP** : les informations sur le recours à la négociation doivent être précises. L'acheteur peut utiliser l'un des deux exemples de formulation proposés ci-dessous.

1. Formule proposée lorsque la consultation a été effectuée sur la base d'une demande de devis

L'acheteur se réserve la possibilité d'engager avec l'ensemble des candidats, une négociation sous la forme écrite (ou dans le cadre d'une audition-négociation) (*A adapter selon le cas*) à l'issue de l'analyse des offres, au vu des critères de jugement des offres.

La négociation portera sur les éléments de l'offre ainsi que sur le prix.

2. Formule proposée lorsque la négociation pourra être engagée avec un nombre limité de candidats :

L'acheteur se réserve la possibilité d'engager une négociation - sous réserve d'un nombre suffisant de candidats - avec les **X** candidats ayant obtenu les meilleures notes à l'issue d'un premier classement, au vu des critères de jugement des offres. (*Il est recommandé de fixer au moins à trois, le nombre de candidats qui seront admis à négocier*)

Toutefois, l'acheteur pourra attribuer le marché sur la base des offres initiales sans négociation. Il est donc de l'intérêt du candidat d'optimiser son offre dès la remise de celle-ci.

En cas d'allotissement, l'opportunité de la négociation sera évaluée lot par lot. (*précision complémentaire à apporter en cas de consultation portant sur plusieurs lots*)

Les négociations pourront prendre la forme d'un entretien ou d'un échange de courriers. Les candidats admis à la négociation seront informés des modalités et des échéances de la négociation par courrier ou par courriel, avec accusé de réception (*ou par voie électronique si la réception des offres dématérialisées est acceptée ou imposée*).

La négociation pourra, si besoin, se dérouler en plusieurs phases. La négociation portera sur tous les éléments de l'offre y compris le prix.

3. Formule proposée lorsque la négociation pourra être engagée soit avec l'ensemble des candidats ayant présenté une offre, soit un nombre limité de candidats :

L'acheteur se réserve la possibilité d'engager une négociation soit avec l'ensemble des candidats ayant présenté une offre, soit - sous réserve d'un nombre suffisant de candidats - avec les **X** candidats ayant obtenu les meilleures notes à l'issue d'un premier classement, au vu des critères de jugement des offres. (*Il est recommandé de fixer au moins à trois, le nombre de candidats qui seront admis à négocier*)

Toutefois, l'acheteur pourra attribuer le marché sur la base des offres initiales sans négociation. Il est donc de l'intérêt du candidat d'optimiser son offre dès la remise de celle-ci.

En cas d'allotissement, l'opportunité de la négociation sera évaluée lot par lot. (*précision complémentaire à apporter en cas de consultation portant sur plusieurs lots*)

Les négociations pourront prendre la forme d'un entretien ou d'un échange de courriers.
Les candidats admis à la négociation seront informés des modalités et des échéances de la négociation par courrier ou par courriel, avec accusé de réception (*ou par voie électronique si la réception des offres dématérialisées est acceptée ou imposée*).

La négociation pourra, si besoin, se dérouler en plusieurs phases.
La négociation portera sur tous les éléments de l'offre y compris le prix.

b) Les différentes formes de négociation

- **La négociation directe lors d'une réunion de négociation** : L'acheteur invite les candidats admis à négocier à participer à une **réunion de négociation** par convocation écrite avec précisions sur le lieu, la date, le temps imparti et les modalités de déroulement de la négociation.

- **La négociation écrite** : L'acheteur envoie un courrier aux candidats sélectionnés précisant les points sur lesquels portent la négociation et les éléments de réponse à apporter ainsi que les modalités de la négociation.

- **La négociation mixte** : Elle peut être prévue pour certains marchés complexes, par exemple, dans le domaine informatique. Dans ce cas, la réunion de négociation est suivie d'une négociation écrite.

Les modalités concernant ce type de négociation doivent être clairement définies dans le règlement de la consultation.

IV – LES CANDIDATS ADMIS A NEGOCIER

a) Faut-il négocier avec tous les candidats ?

La négociation doit être menée soit avec tous les candidats ayant remis une offre, soit avec un nombre limité de candidats si le règlement de la consultation le prévoit.

Il est recommandé d'indiquer le nombre de candidats admis à négocier. Dans ce cas, l'acheteur doit indiquer qu'il sélectionnera les entreprises admises à négocier, sur la base des critères de sélection des offres indiqués dans le règlement de consultation.

Aucun texte ne fixe un nombre minimum ou maximum de candidats à retenir en procédure adaptée. Toutefois, le nombre d'offres à négocier doit être suffisant pour assurer une concurrence réelle, pour autant qu'il y ait un nombre suffisant d'offres remplissant les conditions requises.

C'est pourquoi, il est conseillé, en général, de fixer à 3, le nombre de candidats invités à négocier, sous réserve d'un nombre suffisant de candidats.

b) L'acheteur peut-il négocier avec un seul candidat ?

L'acheteur s'interroge parfois sur la possibilité de ne négocier qu'avec le seul candidat arrivé premier à l'issue de l'analyse des offres.

Bien qu'aucun texte ne fixe un nombre minimum ou maximum de candidats à retenir dans le cadre de la négociation, négocier avec seulement un soumissionnaire ne permettra pas toujours d'obtenir la meilleure offre.

Le tribunal administratif de Rennes dans son ordonnance du 17 décembre 2020⁹, a admis cette possibilité : l'acheteur peut ne négocier qu'avec la seule entreprise arrivée en tête à l'issue de l'analyse des offres initiales.

« Le pouvoir adjudicateur a donné, dans le règlement de la consultation, une information précise sur la négociation qu'il se réservait de mener et a indiqué les critères sur le fondement desquels il entendait sélectionner les entreprises admises à négocier dans le respect du principe de transparence qui s'impose à lui. Il pouvait en outre, sans méconnaître ses obligations de publicité et de mise en concurrence, se réserver le droit de négocier avec un nombre limité de candidats. Aucune disposition législative ou réglementaire ne fixant un nombre minimum ou maximum de candidats à retenir dans le cadre de la négociation, la commune pouvait notamment, comme elle l'a fait, engager une procédure de négociation avec le seul candidat arrivé premier à l'issue de l'analyse des offres sans porter atteinte à l'égalité de traitement des candidats ».

Il convient d'observer qu'il s'agit là d'une ordonnance d'un Tribunal administratif. C'est pourquoi, il est recommandé, par analogie avec les dispositions prévues par l'article R2142-17 pour les procédures formalisées restreintes (procédure avec négociation et dialogue compétitif), de négocier avec au moins 3 candidats.



Le conseil de l'AAP : L'AAP conseille aux acheteurs de rédiger avec soin les clauses relatives à la négociation dans leurs règlements de consultation et de fixer à 3, le nombre de candidats invités à négocier, sauf, le cas échéant, pour des achats de faible montant.

b) Le cas des offres irrégulières, inappropriées ou inacceptables en procédure adaptée



Le Conseil d'Etat s'est prononcé sur les offres irrégulières, inappropriées ou inacceptables en procédure adaptée.

⁹ TA Rennes n° 2005292, 17 décembre 2020 « Sté Jardin Service »

Dans le cadre de la négociation, il est acquis qu'il est possible de régulariser les offres qui seraient irrégulières ou inacceptables. L'acheteur est libre de choisir les candidats avec lesquels il souhaite négocier.

Le Conseil d'Etat, dans sa décision du 30 novembre 2011¹⁰, a admis que l'acheteur est libre d'accorder à l'ensemble des candidats la faculté de régulariser les offres qui seraient irrégulières, inacceptables, voire inappropriées. En revanche, contrairement à cette jurisprudence rendue sous l'empire du code des marchés publics de 2006, les offres inappropriées ne peuvent plus désormais faire l'objet de négociations en procédure adaptée.

Tel est également le cas des offres anormalement basses, celles-ci ne pouvant en aucun cas faire l'objet d'une régularisation.

L'acheteur peut donc admettre à la négociation, les candidats ayant remis des offres irrégulières ou inacceptables et ne pas les éliminer d'emblée, à condition qu'elles ne soient pas anormalement basses. Aucune obligation d'accorder cette faculté de régularisation ne pèse sur l'acheteur. Toutefois, l'acheteur qui met en oeuvre cette possibilité est tenu de respecter l'égalité de traitement des candidats. Lorsqu'il se trouve en présence d'une offre irrégulière, l'acheteur public n'est donc pas tenu de demander au soumissionnaire de la régulariser et peut décider de la rejeter.

En outre, et conformément à l'article R.2152-1 du code de la commande publique, à l'issue de la négociation, l'acheteur est tenu d'éliminer les offres qui restent irrégulières ou inacceptables.

La régularisation des offres irrégulières ne peut avoir pour effet d'en modifier des caractéristiques substantielles.

En revanche, si l'acheteur décide de demander une régularisation, il doit le faire pour l'ensemble des soumissionnaires dont l'offre peut être régularisable afin de respecter le principe d'égalité de traitement. Le délai accordé au soumissionnaire pour régulariser son offre, fixé au regard des modifications à apporter à l'offre, devra également être raisonnable de manière à ne pas rompre l'égalité de traitement de l'ensemble des soumissionnaires. A cet égard, l'acheteur devra veiller à bien préciser, dans la demande de régularisation, les éléments devant être modifiés afin de se conformer aux documents de la consultation ou à la législation en vigueur. La régularisation ne peut être l'occasion pour le soumissionnaire d'améliorer son offre sur des points dont la régularité n'est pas en cause.

Une offre irrégulière ne peut être régularisée qu'à la condition d'être régularisable. La régularisation de l'offre ne peut ainsi en aucun cas avoir pour effet de modifier ses caractéristiques substantielles. Il ne s'agit pas en effet de permettre au soumissionnaire de présenter une nouvelle offre ou de changer les termes de celle-ci de telle sorte que son économie générale soit bouleversée. Lorsque les irrégularités constatées sont manifestement trop importantes pour être régularisées sans entraîner une modification significative de l'offre, dépassant ainsi ce qui peut être raisonnablement accepté, la régularisation ne saurait être autorisée. Le caractère régularisable de l'offre devra ainsi faire l'objet d'une appréciation au cas par cas, au regard notamment du principe d'égalité de traitement des soumissionnaires.

La fiche de la DAJ sur l'examen des offres apporte des précisions en ce qui concerne les possibilités de régularisation des offres.

L'annexe I du présent guide fait le point du traitement des offres hors délais, irrégulières, inacceptables, inappropriées ou anormalement basses.

Ex : Pourront ainsi être régularisées :

- l'offre qui présente une simple erreur matérielle ;
- l'offre, dont le bordereau des prix unitaires est incomplet ou mal renseigné ;
- l'offre dont l'annexe à l'acte d'engagement n'indique pas, contrairement à ce qui était demandé dans les documents de la consultation, les délais d'exécution du marché alors que ceux-ci figurent dans le planning d'exécution joint au dossier ;
- l'offre dont le BPU mentionne, parmi de nombreux produits utilisés, un produit de nettoyage non conforme à une législation relative à l'environnement ;
- les signatures manquantes sur des pièces de l'offre, si l'acheteur les avait exigées dès le dépôt de l'offre.

En revanche, ne pourra être régularisée :

- l'offre qui ne comprend pas un document important tel que le mémoire technique ;

¹⁰ CE 30 novembre 2011, Ministre de la défense et des anciens combattants c/EURL Qualitech, req. n°353121,

- l'offre qui ne comprend pas le bordereau de prix unitaires ;
- l'offre dont les prix proposés ne sont pas conformes à l'article L.6211-21 du code de la santé publique, qui impose la facturation d'examens de biologie médicale au tarif de la nomenclature de la sécurité sociale, dans la mesure où cela en bouleverse l'économie.

En résumé, lorsque la négociation a été prévue, l'acheteur a le choix, en procédure adaptée, hors offres anormalement basses :

- de négocier avec les candidats ayant déposé des offres irrégulières ou inacceptables. Toutefois, les offres remises à l'issue des négociations doivent être régulières ou acceptables. A défaut, leur rejet s'imposera ;
- de ne pas négocier avec les candidats ayant déposé des offres irrégulières ou inacceptables.

Un rappel : l'acheteur ne peut modifier ou rectifier de lui-même une offre irrégulière.

V – QUI PEUT NÉGOCIER EN CAS DE NÉGOCIATION DIRECTE?

En l'absence de règles spécifiques et compte tenu du silence des textes en la matière, le pouvoir adjudicateur demeure libre de fixer, en fonction de son organisation, les modalités de désignation des personnes chargées de conduire les négociations.

Celles-ci interviennent donc au nom et pour le compte de l'acheteur.

Il n'est d'ailleurs pas nécessaire que les personnes qui négocient aient une délégation de signature car elles n'engagent pas le pouvoir adjudicateur qui demeure libre de signer (ou pas) par la suite le marché.

a) Professionnalisme et responsabilité : la négociation est un art

La négociation exige la maîtrise d'une certaine compétence et implique professionnalisme et responsabilité de la part des acheteurs/négociateurs, tant d'un point de vue procédural que comportemental.

Cela suppose donc de leur part une action de formation, à laquelle contribue le présent guide.

b) Constitution de l'équipe de négociation

La préparation et a fortiori la conduite des négociations entrent dans le champ des missions des agents impliqués dans le processus des achats et de la maîtrise d'ouvrage. La participation d'un élu ne s'impose pas d'un point de vue strictement réglementaire.

Cela étant, dans un certain nombre de cas, et notamment pour des négociations spécifiques, il peut être nécessaire d'associer un élu de la collectivité.

De même, il n'est pas exclu de solliciter expressément leur participation en fonction des enjeux financiers, opérationnels ou politiques de certains contrats.

Dans la majorité des situations, les échanges interviendront le plus souvent entre agents techniques et administratifs côté pouvoir adjudicateur, et agents commerciaux, côté entreprises.

Parmi les représentants de l'acheteur, pourra être désignée toute personne habilitée par le pouvoir adjudicateur pour mener ou réaliser la négociation.

La conduite d'une négociation ne rend pas nécessaire la prise de décision à son issue. Dès lors, la personne qui la mène n'a pas besoin de bénéficier d'une habilitation spécifique.

En pratique, les représentants de la collectivité conduisent les négociations : élu, le cas échéant ; responsable en charge du dossier, représentant du service commande publique ou référent administratif du service, agent ou technicien du domaine concerné et/ou expert désigné en qualité d'assistant du maître d'ouvrage.

Les agents participant à la négociation doivent s'engager à la neutralité et ne pas faire preuve d'agressivité à l'égard d'un candidat n'apportant pas la réponse attendue à une question.

S'agissant des représentants de l'entreprise, dans certains cas, il peut s'avérer nécessaire de limiter le nombre de représentants participant à une négociation directe. Dans ce cas, la lettre invitant à la réunion de négociation devra le préciser (cf. annexe VII - Lettre invitant à une réunion de négociation).

VI – LA PRÉPARATION ET LE DEROULEMENT DE LA NÉGOCIATION

a) L'organisation de la négociation - principe

Aucune règle n'encadre les modalités de l'organisation de la négociation pour le pouvoir adjudicateur¹¹.

Pour assurer une efficacité de l'achat, la préparation de la négociation ne doit pas être négligée.

Avant de négocier, il faut impérativement établir un premier classement des offres au vu des critères de jugement des offres, même si le choix a été fait de négocier avec tous les candidats ayant soumis une offre. Il devra d'ailleurs être retranscrit dans le rapport d'analyse des offres, avant la présentation des négociations.

b) La préparation des phases de la négociation

Les points de négociation sont identifiés et renseignés dans la grille de négociation (cas de la négociation directe en réunion de négociation) ou dans la lettre invitant à la négociation (cas de la négociation indirecte).

Afin de renforcer l'efficacité des négociations tout en garantissant la transparence de la procédure et l'égalité de traitement des candidats, il convient de préparer en amont la négociation avec les candidats et d'utiliser une grille de négociation.

A cette fin, l'acheteur utilisera les grilles de négociation figurant en annexes II - Grille de négociation d'un achat de matériel, III - Grille de négociation d'un marché d'études ou IV - Grille de négociation d'un marché de maîtrise d'œuvre, selon l'objet du marché. Concernant les marchés de travaux, l'acheteur préparera une grille de négociation adaptée à l'objet du marché.

Les éléments de la négociation doivent être retracés dans un procès-verbal ou dans la grille de négociation.

Enfin, la négociation ne doit pas avoir pour objet ou pour effet de modifier les éléments fondamentaux du cahier des charges.

c) Les différentes phases de la négociation

Lors de ses négociations externes, l'acheteur public a devant lui un ou plusieurs interlocuteurs qui possèdent de solides techniques de vente qu'ils ont acquises par l'expérience ou la formation. Ils possèdent souvent des facultés très diverses comme connaître rapidement les attentes de l'acheteur, placer l'argument qui touche au bon moment, répondre calmement à ses objections. Mais ils connaissent et pratiquent le découpage de la négociation par « phases ».

Les auteurs scindent souvent la négociation en 5 phases qui sont les suivantes :

L'introduction : C'est la première phase de la négociation. C'est un moment de gestion de la relation dans laquelle il ne sera pas question de la négociation. Les échanges porteront sur des sujets d'intérêts généraux. L'acheteur se présentera et « l'autre » fera de même. Nous conseillons de poser une ou plusieurs questions à notre interlocuteur afin de lui montrer que nous éprouvons de l'intérêt pour lui. Le but de l'introduction est de créer un bon climat.

La consultation : La phase de consultation permet aux protagonistes de mettre en commun leurs informations et ce qu'ils veulent bien faire savoir de leurs intentions. L'acheteur se montrera disponible et attentif.

La confrontation : C'est la phase dans laquelle l'acheteur avancera sans agressivité, mais fermement, les solutions qui lui conviennent. Cette phase fait monter la tension. Les différents protagonistes devront veiller à ne pas tomber dans une spirale d'agressivité qui transformera la tension en animosité. La confrontation doit être constructive. Elle doit être conçue en fonction de la recherche des futurs aménagements que l'acheteur est prêt à négocier (parce qu'il les a prévus dans sa préparation). Elle doit lui permettre d'affirmer son point de vue.

¹¹ CE 18 juin 2010, communauté urbaine de Strasbourg et société SéchÉ Éco Industrie, req. n°1200891

La conciliation : Cette phase découle naturellement de la confrontation. Pour prendre ou conserver le pouvoir sur la négociation, nous conseillons à l'acheteur d'introduire cette phase en faisant constater à ses interlocuteurs les points d'accord et de désaccord. Après ce constat, chacun doit faire un pas vers l'autre. L'acheteur peut commencer par faire des concessions mineures prévues dans sa préparation et valoriser ces concessions. Mais il devra toujours garder en mémoire les points sur lesquels il n'a aucune marge de manœuvre.

La conclusion : Pour clore la négociation, l'acheteur reformulera les points d'accord et de désaccord afin de rédiger un compte rendu fidèle. Chaque fois que cela est possible, il demandera une confirmation écrite dans un délai précis. Cette dernière phase doit permettre de faire tomber la tension qui pourrait subsister. Et, dans le pire des cas, une négociation constructive devrait permettre d'aboutir à « tomber d'accord sur le désaccord ».

La conclusion devra toujours être positive... même en cas de désaccord...

« J'espère qu'une prochaine fois... » Cette phase clôt la négociation et doit être considérée comme le début de l'introduction d'une possible future entrevue. Elle doit donc se terminer comme elle a commencé par quelques mots sur un sujet d'ordre général.

Parfois les auteurs ne traitent que 3 phases dans la négociation et, dans ce cas, très souvent, ils lient l'introduction et la consultation ainsi que la conciliation et la conclusion. Mais il nous apparaît que ces phases doivent être distinguées car elles sont mises en pratique différemment avec des objectifs différents.

Il y a également deux autres phases qui sont trop souvent passées sous silence alors qu'elles sont indispensables si on veut maîtriser la négociation et si on veut se donner les moyens de progresser. En effet, lorsqu'on a la chance d'approcher de grands négociateurs internationaux, ils nous disent que 80% de la réussite de la négociation résident dans la préparation de la négociation et que la seule façon de progresser dans l'art de la négociation est de s'évaluer après chaque négociation.

Il serait bon que l'acheteur arrête sa lecture quelques instants et s'interroge sur la façon dont il traite ces deux dernières phases qui ne sont pas annexes mais indispensables à une bonne négociation.

La préparation : Elle commence lors de l'écriture des pièces du marché afin de laisser des portes ouvertes à la négociation et de bloquer les points qu'on ne veut pas négocier, que nous appelons les points incontournables.

Nous conseillons de négocier en binôme (technicien et administratif par exemple mais ce schéma n'a rien d'absolu) : cette phase de préparation devra déterminer le rôle de chacun.

Chacun devra connaître les points incontournables ainsi que les objectifs hauts et bas qu'ils ont fixés. Il sera peut-être intéressant de préparer une MeSoRe (Meilleure Solution de Repli) pour le cas où la négociation prendrait un tour qui ne conviendrait pas. Cette MeSoRe permettra au binôme de quitter la table de la négociation sans perdre la face. Il pourra aussi tenter de s'interroger sur les attentes réelles des autres protagonistes de la négociation (par exemple, en travaux, quel est l'état du marché et que peut-on penser du carnet de commandes des candidats).

L'évaluation : Cette phase ne doit pas être oubliée car c'est elle qui permettra à chaque négociateur d'apprécier sa performance ainsi que celle de son compère négociateur, de corriger ses imperfections et ainsi de progresser. Elle devra porter sur la préparation de la négociation : Etait-elle judicieuse ? Les objectifs ont-ils été atteints ?... Mais aussi et surtout sur la prestation de chacun c'est à dire sur son mode de communication verbale et para-verbale.

d) Convocations

- **Les invitations à négocier sont envoyées** soit par courrier, soit par courriel avec demande d'accusé de réception suivi, si besoin, d'un courrier postal). Pour les procédures plus complexes, il est recommandé d'indiquer dans la lettre de consultation ou le règlement de consultation les modalités d'envoi des invitations à négocier.

- En cas de réunion de négociation, il est demandé aux candidats de **confirmer leur présence** par mail ou par contact téléphonique. A défaut de confirmation, l'acheteur considèrera que le candidat maintient son offre initiale.

• **L'envoi des convocations** doit être effectué un certain nombre de jours avant la date de réunion de négociation ou la date limite de remise des nouvelles offres, par exemple 7 jours minimum.

e) Réunion de négociation avec les candidats : la négociation peut se dérouler en plusieurs phases

Si l'acheteur souhaite envisager cette possibilité, il convient de préciser dans le règlement de consultation que la négociation pourra se dérouler en plusieurs phases successives.

Une question qui se pose régulièrement :

Si l'on n'a pas prévu de phases à l'issue desquelles certains candidats seront éliminés de la négociation, peut-on arrêter de négocier avec certains lorsque leur réponse est très loin des meilleures propositions ?

S'il n'a pas été prévu de phases dans le déroulement de la négociation (indiquées au préalable dans le règlement de la consultation ou la lettre de consultation), il n'est pas possible de stopper les négociations avec certains seulement des candidats. En effet, l'objectif de la négociation est de permettre à chacun de formuler la meilleure offre possible. Il sera donc préférable d'indiquer aux candidats concernés qu'ils ont un "effort" substantiel à produire pour se voir attribuer une meilleure note.

f) Que faire si une entreprise refuse de négocier ?

Il faut être certain des intentions de l'entreprise : souhaite-t-elle se retirer de la consultation ou seulement confirmer son offre ?

Le Tribunal administratif de Nice¹² a jugé qu'aucun candidat ne doit être exclu d'une procédure au seul refus ou impossibilité de négocier de sa part.

Dans l'hypothèse où un candidat ne donne pas suite à la demande de négociation, il faudra alors demander à l'entreprise d'exprimer son choix par écrit, sauf à avoir porté certaines indications dans le courrier de négociation.



Le conseil de l'AAP : indiquer dans le courrier invitant à la négociation que l'absence de réponse ou nouvelle offre vaudra maintien de l'offre initiale.

a) Faut-il prévoir un préalable de régularisation des offres ?

La régularisation d'une offre n'a pas obligatoirement à être effectuée préalablement à la négociation.

Il est recommandé que cette étape de régularisation intervienne avant le classement des offres sachant qu'elle ne constitue en aucun cas un engagement de négociation. Il peut s'agir par exemple de précisions demandées en cas d'erreurs importantes ou d'incohérences entre un bordereau de prix et un détail quantitatif estimatif (*voir développement supra sur ce sujet*).



Le conseil de l'AAP : Il peut ne pas être nécessaire de passer par l'étape "demande de précisions" lorsque celles-ci sont minimales. Dans ce cas, il est fait état des précisions à apporter dans l'invitation à négocier.



Rappel : la négociation ne peut ni modifier l'objet du marché ni modifier substantiellement les conditions et caractéristiques initiales du marché.

¹² TA Nice 3 avril 2012, Société Affiliated Computer Service, req. n°1200891

b) Doit-on poser strictement les mêmes questions à tous les candidats participant à la négociation ?

Non, les offres se négocient par rapport aux critères de jugement et **le contenu des négociations découlera du contenu des offres des entreprises**. Contrairement à la doctrine antérieure, il semble difficile de communiquer « *une liste identique de questions adressées à l'ensemble des candidats* » puisque chaque offre est différente.

La négociation est effectuée sur la base de tous les critères de jugement des offres (prix, valeur technique, performances environnementales, délai...). Tous les candidats doivent être invités à améliorer leur offre au niveau technique, financier ou environnemental sur les mêmes bases, même si les questions varient d'un candidat à l'autre en fonction de l'offre négociable.

La négociation pourra également porter sur des éléments non substantiels du cahier des charges.

h) La négociation et ses impératifs

Dès lors qu'il admet une entreprise à la négociation, l'acheteur doit réellement négocier¹³. La négociation ne peut pas porter uniquement sur le prix. Elle doit, comme mentionné plus haut, également permettre d'améliorer l'offre technique.

Il est utile de rappeler que le pouvoir adjudicateur est tenu :

- par le respect du principe d'égalité¹⁴
- par le respect de la confidentialité.

Lors de la négociation, il est important de respecter la confidentialité des offres. La jurisprudence le rappelle régulièrement¹⁵.

¹³ TA Dijon 20 avril 2009, Société Lyonnaise des Eaux France, req.n° 0900876.

¹⁴ CE 9 août 2006, Compagnie Générale des Eaux, req. n°286107

¹⁵ CE 14 décembre 2009, Société Lyonnaise des Eaux, req n°328157

VII- LE TERME DE LA NÉGOCIATION

a) Quel délai doit être laissé aux candidats pour compléter leur offre après négociation ?

Un délai suffisant et adapté doit être laissé aux candidats, 3 à 5 jours minimum voire une semaine ou plus selon la complexité du marché.

L'acheteur fixe pour l'ensemble des candidats le même délai intermédiaire de remise de nouvelles offres¹⁶.

b) Les modalités précises de remise des nouvelles offres

Il n'est pas obligatoire de demander aux candidats de **remettre leur offre finale en intégralité**. Dans certains cas, par exemple, pour les marchés de prestations intellectuelles, il est préférable de demander aux candidats de **remettre une note complémentaire** reprenant les éléments de la négociation - ne devant pas comporter plus de 2 à 4 pages - à leur mémoire technique, accompagnée de leur nouvelle offre financière.

Envoi de l'offre complémentaire :

⇒ **après réunion de négociation** : dans le courrier qui leur est adressé (Annexe VII), il est demandé aux candidats d'envoyer les éléments complémentaires par dépôt sur le profil acheteur et par courriel le cas échéant (négociation des marchés inférieurs à 40 000 € HT). Le délai doit être précisé dans la note d'information remise aux candidats à l'issue de la réunion de négociation (Annexe VIII).

⇒ **après négociation écrite** : dans le courrier qui leur est adressé (Annexe VI), il est demandé aux candidats de remettre une nouvelle offre par dépôt sur le profil acheteur et par courriel le cas échéant (négociation des marchés inférieurs à 40 000 € HT).

c) Le classement des offres finales

Une fois la négociation terminée, le pouvoir adjudicateur doit, pour choisir l'offre économiquement la plus avantageuse, classer les offres finales en appliquant les critères de choix définis dans les documents de la consultation. Les notes attribuées initialement pourront être modifiées à la hausse ou à la baisse en fonction des éléments et réponses apportées par les candidats lors des négociations.

Dans le tableau d'analyse des offres après négociation ne figurent que les offres des candidats admis à négocier.

d) Le rapport d'analyse des offres

Le rapport d'analyse des offres doit faire état des négociations (un modèle est disponible dans le guide MAPA rédigé par l'AAP - annexe 22 - rapport d'analyse-type pour les MAPA).

Il fera apparaître le classement des offres des candidats avant et après négociation. Les tableaux d'analyse des offres avant et après négociation sont annexés au rapport.

Le principe de la négociation est l'amélioration de l'offre du candidat.

Toutefois, un candidat peut voir son offre revue à la baisse, si à l'issue de la négociation ou lors de la réunion de négociation, il n'apporte pas de précision ou de réponse aux questions précises qui lui ont été posées par exemple sur tel point du mémoire technique. Dans le rapport ou le tableau après négociation, il conviendra de veiller à l'argumentaire et à la justification de la nouvelle note attribuée.

e) La mise au point des pièces du marché

A la suite des négociations, la mise à jour des pièces contractuelles se fait :

¹⁶ CE 15 juin 2001, SIAEP de Saint-Martin-de-Ré, req. n°223482

- soit en demandant à l'opérateur économique une nouvelle proposition technique ou méthodologique accompagnée d'un nouveau bordereau des prix ou d'une nouvelle décomposition du prix global et forfaitaire ainsi que le cas échéant, d'un nouvel acte d'engagement. Cette demande peut être réalisée par la sollicitation de la nouvelle offre issue des négociations ;

- soit en établissant une annexe à l'acte d'engagement relative aux modifications apportées par le candidat à son offre initiale après négociation (annexe n°X du présent guide) ;

- soit en établissant une mise au point du marché¹⁷.

Cette mise au point des pièces du marché pourra s'avérer nécessaire pour prendre en compte les modifications éventuelles du cahier des charges (CCAP, CCTP, mémoire technique...) ainsi que les pièces modifiées remises à l'issue des négociations.

f) Le formalisme de la traçabilité

Afin de répondre à l'objectif de traçabilité, il convient de retracer les négociations dans le rapport d'analyse des offres. Les grilles de négociation complétées doivent également être conservées ainsi que, le cas échéant, le procès-verbal de la réunion de négociation (relevé sommaire de décisions), ainsi que tout autre document ayant trait aux négociations menées.

Les offres avant et après négociations doivent être également conservées conformément aux dispositions de l'article R. 2184-13 du code de la commande publique.

g) Le bilan de la négociation

Il est souhaitable de dresser un bilan de la négociation intervenue avec l'ensemble des participants de l'acheteur. Ce bilan permettra d'aborder plus facilement les futures négociations : gagner du temps/gagner en efficacité de la négociation. On pourra ainsi dégager des profils de marchés pour lesquels il est intéressant de négocier, récolter des informations réutilisables par la suite.

¹⁷ Formulaire OUV11 disponible sur le site <http://www.economie.gouv.fr/daj/formulaires-ouverture-des-plis>, signé par les deux parties.

VIII – CONCLUSION

Le négociateur du futur

Alors que faire pour demain ? Quelle procédure, quelle posture, quelle méthode et/ou quelle organisation sont à trancher afin de pouvoir se dire « ce que j'ai proposé puis mis en place est la solution pour ma collectivité » ? Car l'élément essentiel de la mise en place d'un processus de négociation doit avant tout résulter d'une volonté interne, proposée par l'administration aux élus pour décision aux fins de mise en œuvre.

En effet, point de résultat si point de volonté, cela signifie que, tout comme l'analyse du besoin, il faut que l'action soit décidée par les élus puis portée par la direction générale qui pilote puis s'assure de son application.

Evidemment, il conviendra aussi d'adapter ses procédures internes en fonction de sa collectivité et de l'adapter aux pratiques de celle-ci afin de ne pas complexifier ou ajouter des règles qui n'auraient aucun fondement juridique et/ou obligatoire. Cela signifie que le négociateur du futur est un agent se sentant soutenu et ayant pleine connaissance de ses délégations et donc de ses pouvoirs. Il n'a plus peur désormais de se former et de parfaire ses compétences et capacité à la négociation. Il sait qu'il peut voyager et rencontrer ses homologues du secteur privé car aujourd'hui, après de nombreuses années d'incertitudes, la négociation est enfin une phase autorisée et conseillée de l'acte d'achat.

En conclusion de ce guide, il convient de rappeler que la commande publique est un domaine pour lequel son principal acteur, *l'acheteur public*, enfin nommé comme tel dans les textes depuis le décret des marchés publics publié au Journal Officiel du 27 mars 2016, est non seulement un métier singulier mais aussi qu'il a la particularité d'être constamment en mouvement et qu'il permet d'avoir une vision globale et transversale de l'action publique étant donné les rares exceptions aux principes de la commande publique. Ce même mouvement qui désormais réconcilie l' *homo oeconomicus* et l' *homo juridicus*, au service de l'action publique.

IX – LES ANNEXES A UTILISER POUR LA NÉGOCIATION DES MAPA

Les annexes qui suivent sont destinées à faciliter les négociations.

Bien entendu, elles doivent être adaptées en fonction de l'objet et des différents éléments du marché concerné.

- Annexe I : Traitement des offres hors délais, irrégulières, inacceptables, inappropriées ou anormalement basses
- Annexe II : Grille de négociation d'un achat de matériel
- Annexe III : Grille de négociation d'un marché d'études
- Annexe IV : Grille de négociation d'un marché de maîtrise d'œuvre
- Annexe V : Conseils et recommandations aux personnes participant à une réunion de négociation
- Annexe VI : Lettre invitant à une négociation par écrit
- Annexe VII : Lettre invitant à une réunion de négociation
- Annexe VIII : Note d'information remise aux candidats à l'issue de la réunion de négociation
- Annexe IX : Feuille de présence
- Annexe X : Annexe à l'acte d'engagement relative aux modifications apportées par le candidat à son offre initiale après négociation
- Annexe XI : Bilan de la négociation

ANNEXE I : TRAITEMENT DES OFFRES HORS DELAIS, IRREGULIERES, INACCEPTABLES, INAPPROPRIEES OU ANORMALEMENT BASSES

Nature de l'offre	Définition	Sort de l'offre	Possibilité de régularisation	Négociation possible
Offre hors délai	<p>Article R. 2151-5 du CCP Les offres reçues hors délai sont éliminées.</p> <p>Commentaire : il s'agit des offres reçues après les date et heure limites de réception des offres prévues dans l'AAPC et/ou le RC.</p>	Elimination définitive	<p>NON Le pli est rejeté et le candidat est informé de la décision de l'acheteur.</p>	NON
Offre irrégulière	<p>Article L. 2152-2 du CCP Une offre irrégulière est une offre qui ne respecte pas les exigences formulées dans les documents de la consultation, en particulier parce qu'elle est incomplète, ou qui méconnaît la législation applicable notamment en matière sociale et environnementale.</p> <p>Exemples : - Défaut de signature des pièces de l'offre - Acte d'engagement non complété ou montant de l'offre non renseigné - Non-respect des prescriptions du CCTP - Défaut de production d'un document exigé - Offre déposée sous format papier</p>	Elimination de l'offre	<p>OUI Sauf si la régularisation implique de modifier un élément majeur de l'offre (absence du mémoire technique, du bordereau des prix...). Une appréciation <u>au cas par cas</u> est donc nécessaire en fonction de l'irrégularité constatée.</p>	<p>OUI Mais après la négociation, l'offre doit devenir régulière (conforme aux besoins, respect des exigences de la procédure et de la législation).</p>
Offre inacceptable	<p>Article L. 2152-3 du CCP Une offre inacceptable est une offre dont le prix excède les crédits budgétaires alloués au marché, déterminés et établis avant le lancement de la procédure.</p> <p>Commentaire : Le caractère inacceptable de l'offre est directement lié à la capacité de l'acheteur en matière de financement de l'achat (Réponse ministérielle n°05463 JO Sénat 22 août 2013).</p>	Elimination de l'offre	<p>OUI Il est possible de régulariser une offre inacceptable.</p>	<p>OUI Mais après la négociation, l'offre doit devenir acceptable.</p>
Offre inappropriée	<p>Article L. 2152-4 du CCP Une offre inappropriée est une offre sans rapport avec le marché parce qu'elle n'est manifestement pas en mesure, sans modification substantielle, de répondre au besoin et aux exigences de l'acheteur qui sont formulés dans les documents de la consultation.</p>	Elimination définitive	NON	NON
Offre anormalement basse	<p>Article L. 2152-1 du CCP Une offre anormalement basse est une offre dont le prix est manifestement sous-évalué et de</p>	Elimination de l'offre	<p>NON Mais demande de justifications obligatoire.</p>	NON

	<p>nature à compromettre la bonne exécution du marché.</p> <p>Deux conditions cumulatives :</p> <ul style="list-style-type: none"> - prix manifestement sous-évalué. Cette sous-évaluation peut ressortir notamment de sa comparaison au prix des autres offres, à l'estimation du pouvoir adjudicateur etc. - prix de nature à compromettre la bonne exécution du marché. Si tel n'est pas le cas, et même si les prix sont très bas, l'offre ne peut être considérée comme anormalement basse. 		<p>Le candidat doit fournir des éléments de justification.</p> <p>Si ceux-ci ne permettent pas de justifier objectivement les prix proposés, l'offre ne peut être retenue.</p> <p>En cas de confirmation du caractère anormalement bas, rejet de l'offre par décision motivée.</p> <p>Si les éléments fournis par le candidat justifient le niveau très bas de son prix, son offre est considérée comme régulière et doit être prise en compte.</p>	
--	--	--	---	--

ANNEXE II : EXEMPLE DE GRILLE DE NEGOCIATION D'UN ACHAT DE MATERIEL

**MARCHE PASSE SELON UNE PROCEDURE ADAPTEE
GRILLE DE NEGOCIATION A ADAPTER**

1. SERVICES ET AGENTS PARTICIPANT A LA NEGOCIATION :
2. OBJET DE LA CONSULTATION :
3. DENOMINATION DE L'ENTREPRISE :
4. DATE DE LA NEGOCIATION :

La négociation porte sur l'ensemble des critères du jugement de l'offre.

Éléments sur lesquels peut porter la négociation	Éléments de l'offre de base du candidat	Éléments apportés lors de la négociation
1. La qualité ou la valeur technique des prestations		
• Vérification de la qualité suffisante ou au contraire surestimée		
• Incidence sur le prix si le niveau de qualité est modifié en + ou en -		
2. Le prix		
• Coût d'achat		
• Prix des accessoires		
• Prix des options		
• Prix de la maintenance		
• Coût horaire		
• Transport		
• Entretien		
3. Quantité, fréquence des commandes		
4. Le délai		
• La durée du délai d'exécution		
• Incidence sur le prix en termes de délai		
5. Les modalités d'intervention (par exemple, délai d'intervention concernant la maintenance)		
6. Les garanties		
• La durée du délai de garantie minimum		
• Garantie pièce et main d'œuvre		
7. Développement durable (à adapter en fonction des critères, du CCTP et des attentes de l'acheteur)		



La grille ci-dessus doit être adaptée en fonction de l'achat et des critères de jugement des offres

Les limites de la négociation

- La latitude offerte ne permet pas de modifier les caractéristiques principales du marché ou de la procédure tels notamment l'objet du marché ou les critères de sélection des offres.

Les contraintes de la négociation

- Assurer l'égalité de traitement des candidats tout au long de la procédure
- Respecter le secret industriel et commercial entourant le savoir-faire des candidats

ANNEXE III : EXEMPLE DE GRILLE DE NÉGOCIATION POUR UN MARCHÉ D'ÉTUDES

**MARCHE PASSE SELON UNE PROCEDURE ADAPTEE
GRILLE DE NÉGOCIATION A ADAPTER**

1. SERVICE ET AGENTS PARTICIPANT A LA NÉGOCIATION :
2. OBJET DE LA CONSULTATION :
3. DÉNOMINATION DE L'ENTREPRISE :
4. DATE DE LA NÉGOCIATION :

La négociation porte sur l'ensemble des critères du jugement de l'offre.

Éléments sur lesquels peut porter la négociation	Éléments de l'offre de base du candidat	Éléments apportés lors de la négociation
1. La qualité ou la valeur technique des prestations		
• <i>Pertinence de la note méthodologique (noté sur ...)</i>		
<i>Le mode de recueil des informations, les outils et supports proposés (noté sur ...)</i>		
• <i>Le planning proposé (noté sur ...)</i>		
Critère 2 - Expérience et compétences des personnes dédiées à la mission, note sur ...		
• <i>Expérience de l'équipe dédiée à la mission (noté sur ...)</i>		
• <i>Compétences de l'équipe dédiée à la mission (noté sur ...)</i>		
Critère 3 - Prix de la prestation noté sur ...		
Total de l'ensemble des phases Avant négociation : Après négociation :		
Prestation supplémentaire éventuelle (ou option) par exemple, assistance complémentaire pour la mise en oeuvre		
Développement durable (à adapter en fonction des critères, du CCTP et des attentes de l'acheteur)		
Autres éléments négociés		
Appréciation générale à l'issue de la réunion de négociation		
<i>Points positifs</i>		
<i>Points négatifs</i>		
<i>Améliorations apportées</i>		

Les limites de la négociation

- La latitude offerte ne permet pas de modifier les caractéristiques principales du marché ou de la procédure tels notamment l'objet du marché ou les critères de sélection des offres.

Les contraintes de la négociation

- Assurer l'égalité de traitement des candidats tout au long de la procédure
- Respecter le secret industriel et commercial entourant le savoir-faire des candidats

(1) dans le cadre de la préparation de la grille de la réunion de négociation, il convient d'indiquer pour chaque critère et sous – critère, les questions à poser à chaque candidat au vu de son offre

ANNEXE IV : EXEMPLE DE GRILLE DE NÉGOCIATION POUR UN MARCHÉ DE MAITRISE D'ŒUVRE

MARCHE DE MAITRISE D'ŒUVRE

OBJET DE LA CONSULTATION :

Enveloppe prévisionnelle des travaux :
 Estimation du marché :
 Dénomination du groupement de maîtrise d'œuvre :
 Date de la négociation :
 ⌚ Arrivée :
 ⌚ Départ :

PARTIE I – PROPOSITION INITIALE

- Nom du mandataire :
- Proposition de base du groupement :
- Estimation :
- Ecart constaté :
- Explications :

PARTIE II - POSTES A NEGOCIER

ÉLÉMENTS DE LA NEGOCIATION	Commentaires
1. Contraintes et compréhension du projet	
2. Organisation des études	
➤ Responsable études (qui, nombre de personnes, interlocuteur du pouvoir adjudicateur)	
➤ mandataire, co-traitant, organisation envisagée	
Proposition d'organisation, planning des réunions	
3. Organisation des travaux	
➤ Comment le suivi de chantier est-il envisagé ? Titulaire Co-traitant	
➤ OPC	
➤ Autres missions	
4. Le prix	
➤ Mission diagnostic / esquisse	
➤ Coefficient de complexité	
➤ Mission OPC	
➤ Taux de tolérance études	
➤ Taux de tolérance travaux	
➤ Mission SSI	
➤ Equilibre éléments de missions études / éléments de mission travaux	
➤ Missions complémentaires	
5. Le délai, les pièces marché	
➤ La durée du délai d'études Diagnostic / Esquisse APS APD (ou AVP) PRO Analyse des offres, voire négociations, lors de l'ACT	
➤ La durée du délai des travaux Fourniture du DOE	
➤ Confirmation de l'échéancier proposé	
Développement durable (à adapter en fonction des critères, du CCTP et des attentes et de l'acheteur)	
5. Autres éléments négociés	
6. Points divers	

GRILLE DE NÉGOCIATION POUR UN MARCHÉ DE MAITRISE D'ŒUVRE

PARTIE III – RESULTATS DE LA NEGOCIATION

<u>CONCLUSIONS</u>	<u>ÉCHANGES – COMPTE RENDU</u>
Date :	
Participants : Acheteur	<input type="text"/>
Candidat :	<input type="text"/>
Questions posées :	
Réponses :	
Questions spécifiques :	
Compte-rendu des négociations :	

Les limites de la négociation

- La latitude offerte ne permet pas de modifier les caractéristiques principales du marché ou de la procédure tels notamment l'objet du marché ou les critères de sélection des offres.

Les contraintes de la négociation

- Assurer l'égalité de traitement des candidats tout au long de la procédure
- Respecter le secret industriel et commercial entourant le savoir-faire des candidats

ANNEXE V : CONSEILS ET RECOMMANDATIONS AUX PERSONNES PARTICIPANT A UNE RÉUNION DE NÉGOCIATION

Conseils et recommandations aux personnes participant à une réunion de négociation



PREAMBULE : une grille doit être préparée pour la réunion de négociation à intervenir avec chaque candidat invité à négocier, à partir des appréciations figurant sur le tableau d'analyse avant réunion de négociation.

1 - Accueil du candidat

2 - Présentation des participants

- chaque membre se présente

3 - Rappel de l'organisation de la réunion de négociation et de la répartition des rôles:

- soit par le service commande publique ou le service marchés, s'il participe
- soit par la personne ou « leader » désigné par le représentant du pouvoir adjudicateur

- **Rappel du temps total imparti** (noter l'heure du début de la réunion de négociation)

- **Rappel du courrier de négociation et du fait que la négociation porte sur tous les éléments de l'offre, y compris le prix**

- **Insister sur le fait que la négociation doit permettre d'améliorer l'offre financière** et technique (ne pas hésiter à indiquer au candidat si son offre financière est très élevée)

4 - Présentation de l'équipe dédiée, expériences, références et compétences - échanges avec le candidat

5 - Présentation synthétique par le candidat de son offre au niveau technique et méthodologique par exemple :

- Cohérence du nombre de jours pour chacune des phases
- Organisation de l'exécution des prestations
- Calendrier

6 - Questions réponses avec le candidat sur tous les points négatifs ou à éclaircir ainsi que sur les éléments à préciser

7- Examen de l'offre financière en cohérence avec, par exemple,

- le nombre de jours
- le prix de journée
- la qualité de l'intervenant

(Rappeler au candidat le temps restant 15 mn avant la fin de la réunion de négociation)

8 - Clôture de la réunion de négociation en rappelant au candidat :

-l'obligation de confirmation par écrit de l'ensemble des éléments sur lesquels la négociation a porté (à rappeler)

- L'adresse du service destinataire de la nouvelle offre ou des éléments de réponse, ainsi que **la date et l'heure limite de réception des documents** qui sont à transmettre sur la plateforme de dématérialisation

- Concernant le prix : il est conseillé de remettre à chaque candidat une nouvelle DPGF ou un bordereau des prix unitaires avec un détail estimatif vierge.

L'attestation de présence doit être signée par les représentants du candidat ainsi que par les représentants du pouvoir adjudicateur.

- Conseils importants :

- Bien préparer la négociation
- Un P.V. de la réunion de négociation ou la grille de négociation complétée par le service opérationnel doit en retracer le déroulement afin d'assurer la traçabilité de la négociation.
- Le rapport et le tableau d'analyse doivent retracer l'analyse des offres avant et après négociation.



Ne pas oublier : Les agents du pouvoir adjudicateur doivent être impartiaux et éviter toute forme d'agressivité vis-à-vis du candidat.

ANNEXE VI : LETTRE INVITANT A UNE NÉGOCIATION PAR ÉCRIT

[timbre de l'acheteur]



Si l'offre n'est pas conforme au CCTP voire au CCAP ou ne répond que partiellement au besoin, il est conseillé, préalablement à l'engagement de la négociation, d'adresser au candidat une demande de précisions (OUV 6) et de lui indiquer que sans réponse de sa part, son offre pourrait être déclarée irrégulière.

Toutefois, il est possible d'adresser un seul courrier au candidat :

- d'une part, pour lui demander des précisions sur son offre,
- d'autre part, pour l'inviter à négocier.

Objet : Marché passé selon une procédure adaptée/Mission...../Négociation

Madame, Monsieur le Directeur,

Dans le cadre de la consultation citée en objet, vous avez remis une offre et je vous en remercie.

Comme indiqué dans la lettre de consultation (ou le règlement de consultation), je vous informe qu'après analyse des propositions au vu des critères de jugement des offres, je souhaite engager une négociation avec votre société.

A ce titre, il vous est proposé d'améliorer votre proposition au niveau de la valeur technique (*citer les autres critères concernant la consultation, par exemple, la qualité environnementale*) et d'apporter les précisions que vous jugerez utiles sur les points suivants du mémoire technique :

Exemple pour un marché d'études - la pertinence et la justification du nombre de jours affectés aux missions 1 et 3.

Vous êtes également invité à améliorer votre offre financière.

Votre réponse fera l'objet d'une note complémentaire à votre mémoire technique et ne devra pas comporter plus de 2 à 4 pages (*nota : il est également possible de demander aux candidats d'adresser leur offre finale en intégralité*).

NOTA : les modalités de dépôt dépendent du montant estimé du marché :

- Marchés inférieurs à 40 000 € HT

Votre proposition complémentaire devra être remise par courriel au plus tard le avant ... heures, date et heure limites de réception des offres à l'adresse suivante et être confirmée par courrier adressé à :

Pouvoir adjudicateur
A l'attention de
Adresse

- Marchés supérieurs à 40 000 € HT

Votre proposition complémentaire devra être déposée sur le profil acheteur au plus tard le avant ... heures, date et heure limites de réception des offres à l'adresse suivante :

Adresse de la plateforme de dématérialisation à préciser

Je vous précise que sans réponse de votre part dans les délais prévus, le pouvoir adjudicateur considérera que vous maintenez votre proposition initiale.

Enfin, pour tous renseignements, vous pourrez vous adresser auprès de :

Renseignements administratifs :

Tél :

Courriel :

Je me tiens à votre disposition pour tous renseignements complémentaires, et vous prie d'agréer, Madame, Monsieur le Directeur, l'assurance de ma considération distinguée.

Le représentant de l'acheteur,

ANNEXE VII : LETTRE INVITANT A UNE REUNION DE NÉGOCIATION

[timbre de l'acheteur]

Objet du marché : marché passé selon une procédure adaptée– [objet] Nota : ce modèle de courrier concerne un marché d'étude

Madame, Monsieur,

Dans le cadre de la consultation citée en objet, vous m'avez remis une offre et je vous en remercie.

Ainsi que je vous l'ai indiqué lors de notre entretien téléphonique du, je vous invite à une réunion de négociation qui permettra d'évoquer vos propositions, le :

....., à ... heures,

Adresse

Salle X..., ... Étage

Dans le cadre de cette entrevue, il vous sera demandé de :

- développer la méthodologie proposée, ainsi que la cohérence du nombre de jours dédiés à la réalisation de la mission,
- développer les références et les expériences de l'équipe dédiée.

(Il appartient à l'acheteur d'adapter, en fonction du marché, les points sur lesquels la négociation portera, les éléments ci-dessus n'étant donnés qu'à titre d'exemple)

La négociation portera également sur votre proposition financière.

Je vous informe que la durée de cet entretien sera de ... minutes (par exemple 60 minutes, mais possibilité de prévoir un temps supérieur en fonction de la complexité du marché) et que la présence du ou des intervenants dédiés à la mission est indispensable à cette réunion.

Le déroulement de la réunion sera le suivant : (exemple)

- 15 mn de présentation de votre offre ;
- 45 mn d'échanges.

Il est précisé que le nombre de représentants de votre société est limité à 3 ou 4 et devra comporter les compétences requises par le pouvoir adjudicateur dans l'équipe dédiée.

En outre, afin de favoriser nos échanges, cette réunion de négociation se déroulera (avec ou sans) diaporama, ou vidéo-projection. (à adapter)

A l'issue de cette réunion, il vous sera demandé de nous adresser une **note complémentaire à votre mémoire technique, document qui ne devra pas comporter plus de 2 à 4 pages** (nota : il est également possible de demander aux candidats d'adresser leur offre finale en intégralité).

NOTA : les modalités de dépôt dépendent du montant estimé du marché :

- Marchés inférieurs à 40 000 € HT

Votre proposition complémentaire devra être remise par courriel au plus tard le avant ... heures, date et heure limites de réception des offres à l'adresse suivante et être confirmée par courrier adressé à :

Pouvoir adjudicateur

A l'attention de

Adresse

- Marchés supérieurs à 40 000 € HT

Votre proposition complémentaire devra être déposée sur le profil acheteur au plus tard le avant ... heures, date et heure limites de réception des offres à l'adresse suivante :

Adresse de la plateforme de dématérialisation à préciser

D'autre part, il vous est demandé de bien vouloir confirmer votre disponibilité auprès de M....., au ou par courriel adressé à

Je vous précise que sans réponse de votre part, le pouvoir adjudicateur considérera que vous maintenez votre proposition initiale.

Je vous prie de croire, Madame, Monsieur, à l'assurance de ma considération distinguée.

Le représentant de l'acheteur,

ANNEXE VIII : NOTE D'INFORMATION REMISE AUX CANDIDATS A L'ISSUE DE LA RÉUNION DE NÉGOCIATION (1)

Objet : Marché passé selon une procédure adaptée concernant.....

Madame, Monsieur,

Je vous remercie de votre participation à la réunion de négociation dupour le marché cité en objet.

A la suite de cette négociation, je vous demande de bien vouloir confirmer les éléments de votre proposition négociés ce jour en adressant un document synthétique de 2 à 4 pages maximum.

Vous avez également la possibilité d'améliorer votre offre financière en adressant un nouveau bordereau des prix ou une nouvelle décomposition du prix global et forfaitaire (2).

Ces éléments sont à transmettre par courriel (*par exemple pour les achats inférieurs à 40 000 € HT*) et sur le profil acheteur (*obligatoire pour les achats supérieurs à 40 000 € HT*).

- Envoi de votre proposition complémentaire avant le..... à.....

- Adresse courriel :@.....

**- Dépôt de votre proposition complémentaire sur le profil acheteur à l'adresse URL suivante :
Adresse de la plateforme de dématérialisation à préciser**

Le représentant de l'acheteur,

(1) Cette note est remise au candidat à l'issue de la réunion de négociation.

(2) Il est conseillé de remettre aux candidats le document relatif au prix lors de la réunion de négociation.

ANNEXE IX : FEUILLE DE PRESENCE (1)

LOGO DE L'ACHETEUR

OBJET DE LA CONSULTATION :

MARCHE PASSE SELON UNE PROCEDURE ADAPTEE

CANDIDAT ADMIS A NEGOCIER :

LISTE DES REPRESENTANTS DU CANDIDAT ET DE L'ACHETEUR :

REUNION DE NEGOCIATION DUàH....

NOM – PRENOM	FONCTION	SIGNATURE

(1) Cette feuille de présence est à compléter par les représentants du candidat et les représentants du pouvoir adjudicateur. Une feuille de présence est à établir par candidat admis à négocier.

ANNEXE X : ANNEXE N° A L'ACTE D'ENGAGEMENT (1) ET RELATIVE AUX MODIFICATIONS APORTEES PAR LE CANDIDAT A SON OFFRE INITIALE APRES NEGOCIATION

- Identification du Pouvoir Adjudicateur :.....
- Objet du marché :.....
- Identification du candidat :.....
- Modifications qualitatives apportées dans le cadre de la négociation :

Libellé de la modification apportée	Référence du document initial concerné

- Modifications apportées au prix :
Le montant initial de l'offre est modifié comme suit (joindre le détail) :
- Montant HT :.....€
- Montant TVA :.....€
- Montant TTC :.....€

Engagement du candidat :

Fait à.....

Le.....

Signature du candidat

(1) ou au marché valant acte d'engagement et cahier des clauses administratives particulières

ANNEXE XI: BILAN DE LA NEGOCIATION

EVALUATION DE LA DEMARCHE DE NEGOCIATION	
Selon-vous, mener une négociation a-t-il été bénéfique ? Si oui, pourquoi ?	
Avez-vous identifié des points de négociation pour lesquels les objectifs n'ont pas été atteints ?	
Avez-vous identifié des points de négociation qui auraient dû être évoqués ?	
Selon vous, quelles pourraient être les améliorations possibles pour assurer une meilleure efficacité de la démarche ?	

Commentaire libre :

.....

.....

.....

.....

.....

.....

.....