

Institut d'Etudes Politiques de Lyon

**BARDIN Adeline**

D.E.S.S. : Management du secteur public : collectivités et partenaires (M.S.P.C.P.)

2003-2004

# **La Négociation : un outil adapté aux collectivités locales**

Directeur de mémoire : Loïc HISLAIRE



# Table des matières

Remerciements . .	1
INTRODUCTION .	3
<b>Première Partie : Les cas de recours à la négociation lors de la passation des marchés publics . .</b>	<b>9</b>
<u>Chapitre 1</u> -La procédure de droit commun : exclusion du recours à la négociation .	9
<u>Chapitre 2</u> -Les marchés à procédure adaptée <sup>25</sup> .	13
1°-Les marchés de fournitures et de services en dessous des seuils . .	14
2°-Les marchés de travaux de moins 5 900 000€ HT .	14
3°-Les marchés des opérateurs de réseaux .	16
4°-La passation de certains lots . .	18
5°-Les marchés de maîtrise d'œuvre inférieurs aux seuils .	19
<u>Chapitre 3</u> -Les marchés négociés .	20
<u>Chapitre 4</u> -Les marchés de l'article 30 .	26
<u>Chapitre 5</u> -Le dialogue compétitif .	27
<b>Deuxième partie : La négociation, une composante du processus achat . .</b>	<b>31</b>
<u>Chapitre 1</u> -Enoncé du processus achat comprenant la négociation .	32
<u>Chapitre 2</u> . La négociation : une procédure consommatrice de temps . .	35
<u>Chapitre 3</u> . Le choix de recourir à la négociation .	36
<u>Chapitre 4</u> : Le bouleversement du processus d'achat actuel .	39
Section 1-Le marketing interne .	43
Section 2-Le marketing externe . .	45
<u>Chapitre 5</u> . Toutes les offres doivent-elles être l'objet de négociation ? .	51
<b>Troisième partie : La négociation : un procédé inadapté aux contraintes des marchés publics ? .</b>	<b>55</b>
<u>Chapitre 1</u> - La négociation publique, une pâle réplique de la négociation privée . .	55
<u>Chapitre 2</u> - La négociation publique : une adaptation des techniques privées .	57

<sup>25</sup> Cf : annexe 1 : tableau récapitulatif des MAPA

Section 1- Connaître le dossier : la phase de préparation . .	59
Section 2 : Contact : la rencontre des fournisseurs . .	71
Section 3 : Convaincre : la conduite des négociations . .	73
Section 4 : Conclure : la fin des négociations . .	90
<b>Quatrième partie : Les enjeux juridiques de la négociation .</b>	<b>93</b>
<u>Chapitre 1-</u> Enoncé des principes fondamentaux de la commande publique . .	94
Section 1- La valeur de ces principes . .	94
Section 2- Le contenu des principes fondamentaux de la commande publique . .	95
<u>Chapitre 2-</u> La mise en œuvre des principes fondamentaux de la commande publique . .	99
<u>Chapitre 3 :</u> Les conséquences du non-respect des principes fondamentaux de la commande publique . .	100
1-L'annulation des marchés publics . .	100
2- Le délit de favoritisme : . .	101
<b>Conclusion .</b>	<b>103</b>
<b>BIBLIOGRAPHIE . .</b>	<b>105</b>
Mémoires . .	105
Classeur . .	105
Documents de formation . .	106
Textes de loi . .	106
Sites Internet . .	106
Ouvrages . .	107
Revue . .	108
Documents internes aux Hospices Civils de Lyon . .	109
<b>ANNEXE . .</b>	<b>111</b>
<b>RESUME : .</b>	<b>113</b>

## Remerciements

Je tiens à remercier Monsieur Bruno Madelpuech pour son accueil aux Hospices Civils de Lyon.

Je souhaite également remercier Maître Philippe Schmidt pour l'attention qu'il a bien voulu porter sur le travail réalisé.

Je voudrais aussi témoigner toute ma gratitude à Loïc Hislaire, mon directeur de mémoire, qui a bien accepté de m'assister et pour les conseils qu'il m'a prodigués.

Merci aux membres du jury pour leur attention.

Je souhaite également faire part de ma reconnaissance à toutes les personnes qui, à un moment ou un autre, m'ont fait profiter de leurs compétences ainsi qu'à tous ceux qui m'ont aidée dans mes recherches pendant mon stage.



# INTRODUCTION

L'établissement du nouveau code des marchés publics s'inscrit dans la volonté de replacer l'acheteur « **au centre de l'opération d'achat** »<sup>1</sup> de manière à ce qu'il puisse adapter les principes de la commande publique à la réalité du terrain. Il s'agit de penser l'achat dans une « **logique d'efficacité** »<sup>2</sup> et non plus uniquement selon un aspect procédural.

Il convient à présent de considérer les marchés publics comme un acte économique et non plus seulement comme un acte soumis à un carcan juridique. Le nouveau code des marchés publics est apprécié par les acheteurs publics pour l'apport de « **cette dimension économique qui manquait aux collectivités locales et la légitimation de la négociation** »<sup>3</sup>. Le code des marchés publics de 2004 développe ainsi les possibilités de recours à la négociation pour les acheteurs publics de manière à ce qu'ils puissent adapter des techniques d'achat du privé, tout en respectant les principes fondamentaux de la commande publique. Jean-Paul Callens, président de la Commission d'Appel d'Offres de l'Oise se félicite des apports du code « **avec notamment la simplification des procédures et la reconnaissance de la négociation** »<sup>4</sup>.

---

<sup>1</sup> Introduction du manuel d'application du code des marchés publics 2004, circulaire du 7 janvier 2004

<sup>2</sup> Introduction du manuel d'application du code des marchés publics 2004, circulaire du 7 janvier 2004

<sup>3</sup> Achatpublic.com, Brève à la Une, 1<sup>er</sup> juin 2004

Malgré tout, la négociation a de nombreux opposants notamment les inconditionnels de l'appel d'offres. Bernard Carsin, responsable de la direction « politique des marchés publics » au sein de la DG marché intérieur de la Commission européenne estime que **« la négociation, même respectant l'égalité de traitement des entreprises et la transparence, ne constitue pas la « panacée » pour parvenir à un achat public plus performant »**<sup>5</sup>

Ces quelques lignes traduisent le climat actuel. Néanmoins, l'achat public avait besoin d'un souffle nouveau. La négociation constituera-t-elle la solution aux maux de l'achat public ?

Le manuel d'application du code des marchés publics expose les intentions des rédacteurs du nouveau code des marchés publics. Le recours à la négociation a ainsi été développé de manière à obtenir un **« résultat moins coûteux et garantir le bon usage des deniers publics »** dont les acheteurs ont la responsabilité. Il semble que cet outil puisse permettre un achat moins coûteux pour les personnes publiques que celui sur appel d'offres. La ville d'Arcachon annonce ainsi avoir **« obtenu un rabais de 25% sur les coûts des travaux par la négociation »**<sup>6</sup>.

L'arrivée de cette logique d'économie des deniers publics est justifiée par les difficultés budgétaires que subit l'Etat français actuellement. En effet, notre pays souffre d'un déficit public important, à tel point que l'Etat français dépasse le déficit autorisé par le traité de l'Union Européenne. Par ailleurs, la croissance du pays est au ralenti et en dessous des espérances du gouvernement. Il est alors important de réaliser des économies. L'idée du code des marchés publics de 2004 est d'encourager l'établissement de véritables fonctions achat au sein des personnes publiques (collectivités territoriales, établissements publics de santé...). Les entreprises privées ont compris, voilà quelques années, l'intérêt de créer des services achat au même titre que des services commerciaux. Il a été prouvé que le fait de les considérer comme un outil de management et de ne plus les cantonner à de simples fonctions d'approvisionnement a permis de réaliser des économies non négligeables. En effet, **« une bonne pratique d'achat dans une entreprise privée permet aujourd'hui de faire des économies de 15 à 20% »**.<sup>7</sup> La fonction achat constitue un des comptes budgétaires les plus importants pour les personnes morales. Mettre en oeuvre **« des réformes d'organisation de la fonction achat au sein de nos administrations et collectivités locales »**<sup>8</sup> devient donc une nécessité pour établir une conception économique de l'acte d'achat. L'ouverture du

---

<sup>4</sup> Achatpublic.com, Brève Invité du Jeudi, 15 juillet 2004

<sup>5</sup> Négociateur ou pas, telle est la question, Jean-Marc Binot, Achatpublic.com, Brèves à la Une, 28 mai 2004

<sup>6</sup> Achatpublic.com, Brève à la Une, 1<sup>er</sup> juin 2004

<sup>7</sup> La Tribune, vendredi 9 janvier 2004 ; Point de vue « Un achat public efficace et transparent » de Francis Mer, Ministre de l'Economie, des finances et de l'industrie

<sup>8</sup> La Tribune, vendredi 9 janvier 2004 ; Point de vue « Un achat public efficace et transparent » de Francis Mer, Ministre de l'Economie, des finances et de l'industrie



recours à la négociation relève de cette logique. En effet, les acheteurs privés utilisent couramment cette pratique pour les achats importants. Si celle-ci a fait ses preuves au sein des personnes morales de droit privé, pourquoi ne le serait-elle pas pour les personnes publiques ?

Certaines administrations ont pris l'initiative de la formation d'une direction des achats et non plus uniquement des marchés publics à connotation procédurière et juridique. Ainsi, les Hospices Civils de Lyon ont mis en place une direction des achats dénommée Service Approvisionnement et Prestations de Services. La ville de Lyon a procédé également à l'établissement d'une telle fonction.

Au sein des personnes publiques, le mouvement est marqué par le recrutement de personnes issues d'écoles de commerce et non plus uniquement des facultés de droit. Ce phénomène marque la volonté d'adapter les procédures et techniques du privé aux achats dans la sphère publique. A présent, la réglementation en matière de commande publique facilite ce mouvement en augmentant les possibilités de recourir à la négociation. Une étude a ainsi montré que 90% des achats des personnes publiques échappaient aux procédures formalisées et pourraient être l'objet de négociations<sup>9</sup>.

Il est assez fréquent d'écouter les hommes politiques de parler de l'intérêt de réaliser des économies. Il s'agit de l'exemple de « l'achat du stylo : les agents publics doivent apprendre à acheter des modèles standards,... ». Bref, il est grand temps pour les acheteurs publics de réaliser les achats dans une optique économique et non plus seulement juridique. Cependant, même si le nouveau code permet de recourir à des techniques d'achat privé, le risque juridique reste prééminent dans l'achat public, matière responsabilisée pénalement.

La volonté des rédacteurs du nouveau code des marchés publics était de simplifier l'achat public. Pour ce faire, ils ont créé une procédure adaptée à l'article 28 du code des marchés publics. Les acheteurs publics l'utilisant doivent alors déterminer eux-mêmes les règles à respecter en conformité, toutefois, des principes généraux de la commande publique que sont les principes de liberté d'accès à la commande publique, d'égalité de traitement des candidats et de transparence des procédures<sup>10</sup>. Les contraintes imposées par le code ne semblent pas simplifier l'achat public ni renforcer la sécurité juridique faisant défaut aux agents publics. Ainsi, les acheteurs se montrent méfiants par rapport à ces nouvelles procédures. Certaines collectivités ont, de ce fait, décidé de passer une bonne partie de leurs marchés en dessous des seuils selon la procédure de l'appel d'offres de manière à limiter le risque juridique. Le recours à la négociation est, alors, réduit à des achats de faible montant empêchant la réalisation d'économies d'échelle.

Le code des marchés publics de 2004 constitue **« un pari sur l'intelligence et la responsabilité de l'ensemble de nos acheteurs publics afin qu'ils puissent mieux prendre en compte les notions d'efficacité et de performance économique »**<sup>11</sup>. La volonté des rédacteurs est admirable. Cependant, les acheteurs publics ont une épée de

<sup>9</sup> Selon les résultats de l'étude statistique de M. Huynh Ngoc Duong, Les marchés locaux et leurs titulaires, Marchés Publics, n°3/2000, p.9

<sup>10</sup> Article 1 du code des marchés publics

Damoclès au-dessus de leur tête. En effet, le non-respect des principes de la commande publique justifie l'engagement de leur responsabilité pénale. Compte-tenu de la difficulté de respecter ces principes lors de la conduite de négociations, certains acheteurs se montrent frileux à utiliser ces techniques d'achat privé. **« Les élus généraliseront la négociation lorsqu'ils auront la certitude qu'ils ne prendront pas de risques sur le plan pénal », selon Monsieur Alfred Trassy-Paillogues<sup>12</sup>.**

La négociation oblige les acheteurs publics à rédiger de nouveaux documents tels que des procès verbaux de négociation, des lettres d'invitation à négocier, une modification de leur rédaction des cahiers des charges... De ce point de vue, le code ne semble pas apporter beaucoup de simplifications aux acheteurs publics mais une surcharge de travail.

La Directive communautaire 2004/18/CE du Parlement européen et du conseil du 31 mars 2004 relative à la coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, de fournitures et de services et le code des marchés publics de 2004 ont élargi les possibilités de recours à la négociation. Auparavant, le recours à la négociation (les marchés négociés) était envisageable uniquement en fonction de l'objet du marché. Ces marchés négociés ont eu un succès tout à fait limité, les acheteurs ayant eu peur de l'engagement de leur responsabilité pénale.

Aujourd'hui, les acheteurs publics peuvent recourir à la négociation pour tous les marchés inférieurs au seuil de l'appel d'offres (article 28 du code des marchés publics) ou de leur objet (article 35 du code des marchés publics).

La procédure de l'appel d'offres reste, néanmoins, la procédure de droit commun. Toutefois son champ d'application est réduit à peau de chagrin. En effet, les marchés sur appel d'offres ne représentent plus que 10% des marchés publics. Les seuils fixés profitent aux marchés à procédure adaptée.

Cette nouvelle impulsion est mise en place pour que les acheteurs considèrent les achats publics comme un acte économique. Toutefois, le changement des mentalités va être long et difficile.

En tout cas, la négociation apparaît comme la solution pour les rédacteurs du code des marchés publics de 2004. On assiste, ainsi, à une adaptation des techniques de l'achat privé à l'achat public. Il encourage la création d'une véritable fonction achat au sein des personnes publiques et non plus de cellules juridiques ou d'approvisionnement, consistant à la gestion des contrats, à assurer les obligations issues de ces contrats et à faire respecter les engagements pris. L'approvisionneur commande dans le cadre des contrats passés par le service achat au fur et à mesure des besoins des services.<sup>13</sup>

La négociation consiste en une pratique de la discussion, en un exposé d'idées

---

<sup>11</sup> *Introduction du manuel d'application du code des marchés publics 2004, circulaire du 7 janvier 2004*

<sup>12</sup> *Négocier ou pas, telle est la question, Jean-Marc Binot, Achatpublic.com, Brèves à la Une, 28 mai 2004*

<sup>13</sup> Cours d'Alain Sondaz

livrées par les protagonistes en présence (l'acheteur et le candidat) qui vise à aboutir à construire un accord. Le but de l'acheteur est d'acheter le produit ou la prestation au meilleur rapport qualité/prix, alors que le vendeur souhaite maintenir une marge importante pour dégager de forts bénéfices.

Pour parvenir à la réalisation de gains sur achat, l'acheteur doit préparer avec soin ses négociations. Il y a tout de même un risque à négocier les offres des candidats. En effet, les entreprises vont augmenter leur marge de manœuvre sachant que leurs offres vont être l'objet de négociations. Ainsi, les négociations peuvent avoir pour effet de faire baisser la marge que les entreprises se sont laissées. Si les acheteurs ne mettent pas en place un processus d'achat efficace et que les négociations sont mal menées, alors ils risquent d'obtenir le même résultat que pour un appel d'offres. Cependant leurs achats auront un coût supérieur pour la collectivité compte tenu du temps consacré et de l'énergie dépensée pour un même résultat. Ainsi, le coût interne de l'achat risque d'être plus élevé pour obtenir un résultat identique.

Dans quelles circonstances peut-on considérer la négociation comme un outil permettant de rendre l'achat plus efficace ?

- Comment le processus d'achat doit-il évoluer ?
- Quelles sont les techniques à favoriser ?
- Comment doit se dérouler une négociation pour respecter le code des marchés publics ?
- Quels changements cela suppose-t-il ?
- Quels sont les risques juridiques auxquels s'exposent les acheteurs publics lors de la négociation ?

Voilà l'ensemble des questions auxquelles ce mémoire va essayer de répondre. La réflexion menée va tendre à démontrer que la négociation est un nouveau moyen mis à la disposition des acheteurs publics. Cela suppose la mise en place d'une véritable fonction Achat au sein des personnes publiques, avec le recours à des étapes nouvelles telles que la généralisation des pratiques de marketing achat.

La réforme du code des marchés publics tend ainsi à l'émergence d'une nouvelle profession au sein des personnes publiques : la profession d'acheteur public. Celui-ci doit maîtriser à la fois les techniques d'achat éprouvées dans la sphère du privé et les connaissances juridiques nécessaires pour un achat sans risque. Les achats publics doivent être perçus, à présent, selon un point de vue économique. A présent, les efforts doivent être recentrés sur l'acte d'achat et non plus sur les procédures.

Toutefois, les acheteurs ne bénéficient pas d'une réelle liberté de négocier et les incertitudes affectant cette technique ne permettent pas un fonctionnement optimal de cet outil. Il faut attendre l'établissement, par la jurisprudence à venir, la fixation des limites.

La rédaction de ce mémoire s'appuie sur l'observation des techniques d'achat des Hospices Civils de Lyon. En effet, j'ai réalisé un stage-mission de mai à juillet 2004 au Service Approvisionnement et Prestations de Services de la Direction des Affaires Economiques des Hospices Civils de Lyon. Ce Service a voulu saisir les possibilités

offertes par le code des marchés publics nouvellement établi, multipliant les recours à la négociation pour la passation des marchés à procédure adaptée. Il m'a été permis, à cette occasion, de préparer et d'assister à des négociations dans le cadre de cette procédure.

Cette expérience fut riche d'enseignements. En effet, la Direction des Affaires Economiques des Hospices Civils de Lyon constitue une véritable fonction achat pour l'ensemble des centres hospitaliers de Lyon. En son sein, a été établie une véritable politique d'achat. Les achats y sont considérés comme un levier de management à part entière. Les approvisionnements sont réalisés par les services économiques des établissements de soins.

Les acheteurs de ce service sont issus de formations différentes. Certains avaient une formation de juriste spécialisé en achat public, d'autres étaient issus d'école de commerce, certains du monde médical... Les entretiens que j'ai pu avoir auprès d'eux ont été très complémentaires. Tous réunis, ils présentaient tous les caractères que l'on peut attendre d'un acheteur public dans le monde hospitalier.

La négociation va être abordée comme le procédé permettant une approche économique de l'achat public. Il importe ainsi d'expliquer les phases du processus à mettre en œuvre pour que cet outil permette aux acheteurs publics de réaliser un achat efficace, au juste prix.

Il convient tout d'abord de constater que la technique de la négociation ne peut pas être mise en place pour la passation de tous les marchés publics. Son recours n'est possible que dans le cadre des procédures d'exception, l'appel d'offres demeurant la procédure de droit commun. Toutefois, les acheteurs ont la possibilité de recourir à cet outil dans la plupart des marchés (Première Partie).

La négociation oblige les acheteurs à revoir leurs techniques d'achat s'ils souhaitent optimiser une telle méthode. Par ailleurs, mettre en place des négociations dans le cadre d'un acte d'achat demande un temps de travail supplémentaire. En effet, les acheteurs devront établir de nouvelles étapes dans le processus d'achat. Il va leur falloir, entre autre, mettre en place du marketing achat et gagner du temps pour leur permettre de s'investir pleinement dans la mise en œuvre de ces nouveaux procédés (Seconde partie).

Il convient d'étudier dans une troisième partie comment les négociations peuvent être menées dans le respect des dispositions du code des marchés publics, comment les acheteurs peuvent négocier, quels sont les leviers d'achat utilisables. Les techniques de négociation ne sont pas directement transposables du privé au secteur public. Elles doivent être adaptées aux contraintes des marchés publics (Troisième partie).

Il convient de rappeler que le risque juridique reste omniprésent dans le cadre des marchés publics. Il est d'autant plus grand lorsque les acheteurs négocient les offres des candidats. Ce risque juridique constitue certainement le plus grand frein au développement de la négociation lors de la passation des marchés publics (Quatrième partie)

## **Première Partie : Les cas de recours à la négociation lors de la passation des marchés publics**

La négociation, suite à la réforme du code des marchés publics du 7 janvier 2004, va devenir un élément à part entière du processus achat des collectivités territoriales et autres personnes morales de droit public. Avant de comprendre la place que va prendre ce nouvel outil des acheteurs publics, il convient d'identifier les procédures leur permettant d'utiliser leur capacité à négocier.

### **Chapitre 1-La procédure de droit commun : exclusion du recours à la négociation**

La réforme du code des marchés publics a étendu le recours à la négociation dans les procédures de passation. Cet état de fait relève de la volonté des auteurs du code de donner la possibilité aux acheteurs d'agir « ***en opérateur économique avisé utilisant sa connaissance du marché et ses capacités de négociation*** »<sup>14</sup>.

Toutefois, la procédure de droit commun reste **l'appel d'offres**. En effet, l'article 26

du code des marchés publics de 2004 dispose que **« les marchés publics sont passés sur appel d'offres »**. Selon l'instruction pour l'application du code des marchés publics de 2001<sup>15</sup>, **« la procédure de l'appel d'offres peut être utilisée quelque soit le montant du marché »**. Il s'agit ainsi de la procédure de droit commun applicable à la passation des marchés publics. Or, la négociation est une pratique prohibée dans la procédure de l'appel d'offres. L'article 33 du code des marchés publics de 2004 dispose, en effet, que **« l'appel d'offres est la procédure par laquelle la personne publique choisit l'offre économiquement la plus avantageuse, sans négociation, sur la base de critères objectifs préalablement portés à la connaissance des candidats. »**.

Par ailleurs, cette affirmation est confirmée par la section 1 (Appel d'offres), du chapitre IV relatif au déroulement des différentes procédures du titre III intitulé « Passation des marchés ». En effet, les articles 59 et 64 du code des marchés publics, relatifs respectivement à la procédure d'appel d'offres ouvert et restreint, disposent qu'« *il ne peut y avoir de négociation avec les candidats* ». Ces articles rappellent ainsi le principe énoncé à l'article 33 du code des marchés publics de 2004.

Cependant, tout dialogue avec les soumissionnaires n'est pas exclu. En effet, les articles 59 et 64 du code des marchés publics disposent que **« la personne responsable du marché pour l'Etat, pour les établissements publics de santé et les établissements publics sociaux ou médico-sociaux, ou la commission d'appel d'offres pour les collectivités territoriales peut seulement leur demander de préciser ou de compléter la teneur de leur offre »**. Ainsi, si **« la négociation avec les candidats est clairement prohibée, tout contact entre la personne responsable du marché ou la commission d'appel d'offres pour les collectivités territoriales et le candidat n'est pas interdit »**<sup>16</sup>. Il est ainsi possible de demander des précisions aux candidats lorsque leur offre est imprécise. Toutefois, il est important de rappeler que les offres contenues dans la deuxième enveloppe sont intangibles. Les demandes de précisions ne peuvent aboutir à leur modification. Ainsi, le Conseil d'Etat a estimé que le fait pour une Commission d'appel d'offres de procéder à un nouvel examen des offres après une « consultation » des candidats ayant abouti à des réductions de prix relevait du domaine de la négociation et non de la discussion<sup>17</sup>. La limite entre la négociation et les demandes de compléments d'informations est facilement identifiable. A partir du moment où les offres des entreprises soumissionnaires ne sont pas modifiées, la personne responsable du marché ou la commission d'appel d'offres a respecté les dispositions des articles 59 et 64 du code des marchés publics de 2004. La négociation est présumée

---

<sup>14</sup> Manuel d'application du code des marchés publics, circulaire du 7 janvier 2004 du Ministre de l'Economie et des finances, introduction page 1

<sup>15</sup> Instruction pour l'application du code des marchés publics, décret n°2001-210 du 7 mars 2001 est applicable ici car le code des marchés publics de 2004 a repris en son article 26 la formulation de l'alinéa 1 de l'article 26 du code des marchés publics de 2001

<sup>16</sup> Article 60.1 « Interdiction de négocier » de l'Instruction pour l'application du code des marchés publics, décret n°2001-210 du 7 mars 2001.

<sup>17</sup> CE, 8 avril 1998, Préfet de l'Aube, req n°167372, Lebon Tables, BJCP n°1/98 p 98

réalisée lorsque les candidats, suite à la demande, font évoluer de manière importante le contenu de leur offre<sup>18</sup>.

Toutefois, les articles 59 et 64 du code des marchés publics de 2004 ouvrent la possibilité à la personne responsable du marché ou à la commission d'appel d'offres de **« procéder à une mise au point des composantes du marché sans que ces conditions puissent remettre en cause les caractéristiques substantielles, notamment financières, du marché »**. Cette faculté ne peut être mise en œuvre qu'après attribution du marché à un soumissionnaire<sup>19</sup>. Attention, la mise au point ne constitue pas une négociation. L'entreprise ne peut absolument pas revenir sur les caractéristiques techniques de son offre. Celle-ci ne peut mettre en œuvre que des aménagements de l'offre. L'instruction pour l'application du code des marchés publics de 2001 est applicable sur ce point. En effet, le code des marchés publics de 2004 a repris sans modifications les dispositions de l'article 60 du code de 2001. La mise au point permet de préciser les **« marques et les références »**<sup>20</sup> des produits que l'entreprise propose dans son offre. En tout cas, la mise au point ne constitue en rien une négociation, pratique bannie de la procédure d'appel d'offres.

Le fondement de l'appel d'offres repose sur la théorie suivante : les entreprises soumissionnaires ne pouvant présenter qu'une offre intangible propose leur meilleure offre à la personne publique, aucun ajustement n'étant possible ultérieurement. Celle-ci risque d'être remise en cause car le recours à la négociation dont le but est d'obtenir une diminution de la marge bénéficiaire des soumissionnaires. Cependant, la procédure de l'appel d'offres a encore de beaux jours devant elle. En effet, il s'agit d'un procédé sécuritaire limitant la corruption et la constitution du délit de favoritisme de l'article 432-14 du code pénal.

La procédure de l'appel d'offres bénéficie d'une sécurité juridique importante compte-tenu de la précision avec laquelle elle est détaillée. Les acheteurs passant les marchés selon cette procédure ont de faibles risques de ne pas respecter les principes fondamentaux de la commande publique<sup>21</sup>, notamment l'égalité d'accès à la commande publique, l'égalité de traitement des candidats et son corollaire le principe de transparence.

Il convient d'ajouter que les acheteurs publics peuvent avoir recours aux enchères inversées pour identifier l'offre économiquement la plus avantageuse. L'article 1.7 de la Directive 2004/18/CE du Parlement européen et du conseil du 31 mars 2004 relative à la coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, de fournitures et de services dispose que les **« enchères électroniques sont un processus itératif**

---

<sup>18</sup> CAA Lyon, 3 juin 1999, Département de l'Yonne, n°96LY22104

<sup>19</sup> CE, 27 juillet 1984, Société Biro, rec. CE 303, RFD adm 1985.23

<sup>20</sup> Article 60.2.2 **« Mise au point des composantes du marché »** de l'instruction pour l'application du code des marchés publics, décret n°2001-210 du 7 mars 2001.

<sup>21</sup> Article 1 du code des marchés publics de 2004

***selon un dispositif électronique de présentation de nouveaux prix, revus à la baisse, et/ou de nouvelles valeurs portant sur certains éléments des offres, qui intervient après une première évaluation complète des offres, permettant que leur classement puisse être effectué sur base d'un traitement automatique ».***

L'article 54.2 de la Directive 2004/18/CE du Parlement européen et du conseil du 31 mars 2004 relative à la coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, de fournitures et de services dispose que **« dans les procédures ouvertes, restreintes ou négociées dans le cas visé à l'article 30, paragraphe 1, point A), les pouvoirs adjudicateurs peuvent décider que l'attribution d'un marché public sera précédée d'une enchère électronique lorsque les spécifications du marché peuvent être établies de manière précise. »**

L'article 56 alinéa 3 du code des marchés publics dispose qu'un **« décret précise les conditions dans lesquelles des enchères électroniques peuvent être organisées pour l'achat de fournitures courantes. »**. Cet article ne comporte aucune interdiction de recours à cette technique de sélection des offres pour la procédure d'appel d'offres. Elle lui est donc applicable.

Le décret du 18 septembre 2002 définit les conditions de mise en oeuvre de cette technique particulière d'achat que sont les enchères électroniques inversées. L'article 1 du décret du 18 septembre 2002 définit les enchères inversées comme la **« procédure au cours de laquelle les entreprises ayant proposé une offre, financière notamment, peuvent l'ajuster, à la baisse, au fur et à mesure des enchères dans la mesure où ils sont informés des offres concurrentes »**.

Si on considère la négociation comme **« l'étape de l'acte d'achat durant laquelle va être affinée puis fixée l'offre des soumissionnaires »**<sup>22</sup>, alors on peut considérer les enchères électroniques comme une technique de négociation. Les enchères inversées constituent ainsi une exception au principe de l'article 33 du code des marchés publics selon lequel la négociation est interdite au cours de la procédure d'appel d'offres.

Ainsi Laurent Richer affirme que l'**« appel d'offres ne peut plus être considéré comme un véritable principe tellement les tempéraments sont nombreux »**<sup>23</sup>. La grande nouveauté du code des marchés publics constitue notamment la création des marchés à procédure adaptée. Par ailleurs, compte-tenu des seuils en-dessous desquels la personne responsable du marché peut recourir à la procédure négociée, la procédure d'appel d'offres, procédure de droit commun ne sera obligatoire que dans 10% des cas<sup>24</sup>. Il est donc important de connaître les marchés à procédure adaptée.

---

<sup>22</sup> Dossier n°16 de janvier 2002 relatif aux enchères inversées, K-Buy, 10 pages

<sup>23</sup> Contrats numéro spécial : Le code 2004 des marchés publics, édition Le Moniteur, mars 2004, page 11

<sup>24</sup> Selon les résultats de l'étude statistique de M. Huynh Ngoc Duong, Les marchés locaux et leurs titulaires, Marchés Publics, n°3/2000, p.9



## **Chapitre 2- Les marchés à procédure adaptée** <sup>25</sup>

L'acheteur va identifier la procédure à respecter en fonction du montant prévisionnel de son marché. L'article 28 du code des marchés publics dispose que « **Les marchés passés selon la procédure adaptée sont des marchés selon des modalités de publicité et de mise en concurrence déterminées par la personne responsable du marché en fonction de leur objet et de leurs caractéristiques** ».

Ces marchés sont soumis aux principes fondamentaux de l'article 1 du code des marchés publics. Ils doivent être l'objet d'une mise en concurrence et faire l'objet d'une publicité adaptée à leur montant et objet pour permettre un égal accès à la commande publique des candidats. Les modalités de la mise en concurrence seront définies par l'acheteur. Elle « **relève de sa responsabilité et doit être adaptée en fonction du marché envisagé** » <sup>26</sup>.

Les acheteurs bénéficient d'une liberté importante lors de la passation de marchés à procédure adaptée. En effet, il leur appartient de définir le contenu de la procédure, laquelle doit s'inscrire dans le respect de l'article 1 du code des marchés publics. Les acheteurs peuvent ainsi décider de soumettre les offres des candidats à négociation de manière à adapter et préciser leurs contenus aux besoins de la personne publique.

La souplesse de la procédure des MAPA permet **de « favoriser la négociation en assurant la traçabilité de l'action engagée »** <sup>27</sup>. Toutefois, les acheteurs publics peuvent ne pas prévoir une phase de négociation pour la passation de tels marchés. Ils ont une liberté d'action importante. Cependant, le mode de passation du marché doit être précisé aux candidats avant la remise des offres. Il est donc conseillé de rédiger un règlement de la consultation définissant les différentes étapes de passation.

Les acheteurs ayant choisi d'appliquer une procédure initialement définie dans le code des marchés publics devront la suivre dans son entier. Ainsi, un acheteur ayant choisi de passer les marchés à procédures adaptées selon celle de l'appel d'offres ne pourra organiser de négociation avec les candidats conformément à l'article 33 du code des marchés publics. L'acheteur pourra choisir de suivre la procédure de l'appel d'offres sans que les conditions de mise en œuvre ne soient réunies. Par contre, pour les procédures spéciales <sup>28</sup>, les acheteurs ne pourront les suivre seulement si les conditions de mise en œuvre sont réunies.

---

<sup>25</sup>

Cf : annexe 1 : tableau récapitulatif des MAPA

<sup>26</sup>

*Manuel d'application du code des marchés publics, circulaire du 7 janvier 2004, page 33*

<sup>27</sup>

*Manuel d'application du code des marchés publics, circulaire du 7 janvier 2004, page 35*

<sup>28</sup>

Article 26 du code des marchés publics

Dans quels cas les marchés publics constituent-ils des marchés à procédure adaptée dénommés MAPA ?

## 1°-Les marchés de fournitures et de services en dessous des seuils

---

L'article 28 du code des marchés publics dispose que **« pour les marchés de fournitures et de services, les seuils en dessous desquels la procédure adaptée est possible sont de 150 000€HT pour l'Etat et de 230 000 € HT pour les collectivités territoriales »**. La fixation du seuil à un tel montant permet de soustraire la majorité des marchés publics des collectivités territoriales à la procédure de l'appel d'offres.

Le calcul du montant prévisionnel du marché revêt ainsi une importance particulière. Il permet ainsi de déterminer la procédure applicable. L'article 27.II du code des marchés publics dispose qu'**« en ce qui concerne les fournitures et les services, pour évaluer le montant des besoins à comparer aux seuils, il est procédé à une estimation totale des fournitures ou des services qui peuvent être considérés comme homogènes soit en raison de leurs caractéristiques propres, soit parce qu'ils constituent une unité fonctionnelle »**. L'acheteur doit être en mesure d'identifier correctement les besoins de la personne morale afin d'évaluer de **« manière sincère et raisonnable la valeur totale des fournitures ou des services qu'il souhaite acquérir »**<sup>29</sup>. En cas contraire, il s'expose à un risque juridique important pour non-respect des procédures pouvant engager sa responsabilité pénale sur le fondement de l'article 432-14 du code pénal<sup>30</sup>.

Les acheteurs peuvent ainsi prévoir de mettre en place une négociation avec toutes ou parties des entreprises candidates. Dans une telle hypothèse, il est conseillé d'établir un règlement de la consultation afin de s'assurer que tous les candidats ont été informés des modalités de sélections ainsi que du déroulement des négociations.

## 2°-Les marchés de travaux de moins 5 900 000€ HT

---

L'article 28 du code des marchés publics dispose que **« pour les marchés de travaux, le seuil en dessous duquel la procédure adaptée est possible est de 230 000 € HT. Lorsque leur montant est compris entre 230 000 € HT et 5 900 000 € HT, les marchés de travaux sont passés au choix de la personne responsable du marché selon la procédure, de l'appel d'offres mentionnée à l'article 33, du marché négocié avec publicité et mise en concurrence mentionnée à l'article 35 ou du dialogue compétitif mentionnée à l'article 36 du présent code »**. Avec la fixation d'un tel seuil, seulement 3% des marchés de collectivités territoriales et les services déconcentrés de l'Etat ne seront pas passés selon la procédure adaptée<sup>31</sup>.

<sup>29</sup> Manuel d'application du code des marchés publics, circulaire du 7 janvier 2004, page 23

<sup>30</sup> Cass Crim, 11 décembre 2002, rapport de la MIEM, octobre 2003, page 64

<sup>31</sup> Contrats numéro spécial :Le code 2004 des marchés publics, édition Le Moniteur, mars 2004, page 119

L'article 27.I dispose qu'« **en ce qui concerne les travaux, est prise en compte la valeur globale des travaux se rapportant à une opération portant sur un ou plusieurs ouvrages. Il y a opération de travaux lorsque le maître d'ouvrage prend la décision de mettre en œuvre, dans une période de temps et un périmètre limités, un ensemble de travaux caractérisé par son unité fonctionnelle, technique ou économique** ». La notion à identifier est donc celle d'opération de travaux. Il s'agit d'un « **ensemble de travaux qui, en considération de leur objet, des procédés techniques utilisés ou de leur financement ne peuvent être dissociés et que le maître d'ouvrage a décidé d'exécuter dans une même période de temps et sur une zone géographique donnée** »<sup>32</sup>. L'opération de travaux peut être déterminée en fonction de son objet. Ainsi, le Conseil d'état a admis que la réalisation de trottoirs à quatre endroits différents d'un même quartier constituait une opération unique de travaux car les quatre marchés en question avaient été conclue avec le même titulaire, exécutés dans les mêmes délais, à la même période et selon les mêmes procédés<sup>33</sup>.

- L'unité fonctionnelle peut s'identifier selon plusieurs critères non cumulatifs :
- La présence d'une maîtrise d'œuvre privée unique : TA Rouen, 7 mai 1996, Préfet de l'Eure<sup>34</sup>
- L'utilisation de procédés techniques identiques : CE, 26 septembre 1994, Préfet de l'Eure et Loir<sup>35</sup>
- La réalisation des opérations par un même titulaire : CE, 26 juillet 1991, Commune Sainte-Marie de la Réunion<sup>36</sup>

Les marchés de travaux à procédure adaptée peuvent être regroupés en deux catégories distinctes :

Les marchés publics de travaux dont le montant prévisionnel est inférieur à 230 000 € HT

Ceux-ci sont soumis à un régime de liberté pour la détermination de la procédure de passation. Toutefois, les principes de l'article 1 du code des marchés publics constituent une limite, un cadre à cette liberté. Les acheteurs peuvent ainsi fixer la procédure à suivre. Il peut s'agir de la procédure d'appel d'offres, quelque soit les conditions du marché, la procédure des marchés négociés si les conditions sont remplies...Ils ont également la possibilité de prévoir une procédure adaptée au montant et aux besoins de la personne publique avec une phase de négociation avec les entreprises soumissionnaires.

<sup>32</sup> Manuel d'application du Code des marchés publics, circulaire du 1 janvier 2007, page 12  
Les marchés publics de travaux dont le montant prévisionnel est compris entre 230 000 € HT et 5 900 000 € HT

<sup>33</sup> CE, 26 septembre 1994, Préfet de l'Eure et Loir, Req. n°122.759  
Les acheteurs ne bénéficient pas d'une liberté aussi importante que pour les marchés

<sup>34</sup> d'un montant inférieur. En effet, ils ne peuvent passer ces marchés comme ils l'entendent.  
TA Rouen, 7 mai 1996, Préfet de l'Eure, DA 1996, n°418

<sup>35</sup> CE, 26 septembre 1994, Préfet de l'Eure et Loir, Req. n°122.759

<sup>36</sup> CE, 26 juillet 1991, Commune Sainte-Marie de la Réunion, RFDA 1991, p.966

Ils doivent choisir parmi une des trois procédures suivantes :

L' **appel d'offres** mentionné à l'article 33 du code des marchés publics

Si l'acheteur choisit de passer son marché selon la procédure de l'appel d'offres, alors il ne pourra pas négocier avec les entreprises soumissionnaires. Les articles 59 et 64 du code des marchés publics disposent, en effet, qu'« **il ne peut y avoir de négociation avec les candidats** ».

Le **marché négocié** avec publicité et mise en concurrence mentionné à l'article 35 du code des marchés publics

La personne responsable du marché devra ainsi se conformer aux exigences de la section 2, Chapitre IV du titre III relative au déroulement des procédures négociées. La personne responsable du marché doit négocier avec les entreprises candidates. Elle peut toutefois ne pas négocier avec tous les candidats et sélectionner ceux invités à discuter leur offre <sup>37</sup>. Cette procédure est tenue de respecter les principes de l'égalité de traitement et de transparence de l'article 1 du code des marchés publics. La sélection des candidats admis à négocier doit donc se fonder sur des critères objectifs. La « **négociation n'est pas encadrée par des règles procédurales précises** » <sup>38</sup>. Les acheteurs bénéficient encore une fois d'une liberté d'action intéressante mais juridiquement risquée.

Le **dialogue compétitif** mentionné à l'article 36 du code des marchés publics

L'acheteur doit suivre les dispositions des articles 67 et 68 du code des marchés publics. Cette procédure est définie par la circulaire d'application du code comme un mode de passation permettant le recours à la négociation <sup>39</sup>. Il s'agit d'une procédure flexible permettant de discuter avec les candidats de tous les aspects du marché. L'acheteur pourra discuter avec les soumissionnaires de « **tous les aspects du marché** » <sup>40</sup> une fois leur candidature retenue.

Attention, les acheteurs sont contraints de respecter la procédure de leur choix. « **Une fois la procédure choisie, l'acheteur devra mettre en œuvre les règles fixées par le code pour les modalités de son déroulement** » <sup>41</sup>

### 3° Les marchés des opérateurs de réseaux

---

L'article 28 du code des marchés publics dispose que « **pour les marchés de**

---

<sup>37</sup> Article 66 alinéa 1 du code des marchés publics de 2004

<sup>38</sup> Article 67.5 « la négociation » de l'Instruction pour l'application du code des marchés publics, décret n°2001-210 du 7 mars 2001.

<sup>39</sup> Manuel d'application du code des marchés publics, circulaire du 7 janvier 2004, pages 38 et 39

<sup>40</sup> Article 67 du code des marchés publics

<sup>41</sup> Manuel d'application du code des marchés publics, circulaire du 7 janvier 2004, pages 36

**fournitures, de services et de travaux des opérateurs de réseaux définis à l'article 82 du présent code, le seuil en dessous duquel la procédure adaptée est possible est de 400 000 € HT ».**

Cette disposition élargit ainsi le recours à la procédure adaptée pour les opérateurs de réseau. Les personnes publiques sont qualifiées d'opérateur de réseau en fonction de leurs activités. L'article 82 du code des marchés publics dispose, en effet, que

**« les personnes publiques mentionnées à l'article 2 du présent code agissent en tant qu'opérateurs de réseau lorsqu'elles ont pour activité : La mise à disposition ou l'exploitation de réseaux fixes de production, de transport ou de distribution d'électricité, de gaz ou de chaleur, ou l'alimentation de ces réseaux en électricité, en gaz ou en chaleur, lorsque ces réseaux sont destinés à fournir un service au public La mise à disposition ou l'exploitation de réseaux fixes de production, de transport ou de distribution d'eau potable, lorsque ces réseaux sont destinés à fournir un service au public. Relèvent également de cette activité les contrats passés par la même personne publique s'ils ont pour objet : l'évacuation ou le traitement des eaux usées ; les projets de génie hydraulique, d'irrigation ou de drainage, à condition qu'au moins 20% du volume total d'eau produite par ces projets soit destiné au réseau d'eau potable ; La prospection ou l'extraction du pétrole, du gaz, du charbon ou d'autres combustibles solides ; La construction ou l'exploitation des aéroports, des ports maritimes ou intérieurs ou d'autres terminaux de transport à la disposition des transporteurs aériens, maritimes ou fluviaux ; La mise à disposition ou l'exploitation de réseaux de transport par chemin de fer, systèmes automatiques, tramway, trolleybus, autobus, autocars ou remontées mécaniques destinés au public. »**

Les collectivités territoriales et leurs établissements publics peuvent ainsi être concernés par les dispositions de l'article 82 du code des marchés publics. En effet, les collectivités locales ont la possibilité de produire et de distribuer de l'électricité, de l'eau potable. Il n'est pas rare de voir des collectivités publiques gérer en régie les réseaux d'eau et d'assainissement.

L'article 82 du code des marchés publics concerne notamment **« les distributeurs non nationalisés d'électricité ayant le statut d'établissement public local ainsi que les collectivités territoriales et les établissements publics locaux exploitant un réseau de production ou de distribution de chaleur »<sup>42</sup>**, **« les communes et les groupements de communes exploitant en régie leur réseau d'adduction d'eau potable. Ces communes et groupements de communes agissent également en tant qu'opérateurs de réseaux lorsqu'ils exploitent en régie leurs réseaux d'assainissement, à la condition expresse que la commune ou le groupement de communes concernés exploitent aussi en régie le réseau d'adduction d'eau potable »<sup>43</sup>**.

---

<sup>42</sup> Article 82 « La notion d'opérateur de réseau » de l'Instruction pour l'application du code des marchés publics, décret n°2001-210 du 7 mars 2001.

<sup>43</sup> Article 82 « La notion d'opérateur de réseau » de l'Instruction pour l'application du code des marchés publics, décret n°2001-210 du 7 mars 2001.

Toutefois, il est important de rappeler que les collectivités territoriales ne gérant pas en direct leur réseau d'eau potable ne peuvent se prévaloir de la qualification d'opérateur de réseau.

Les collectivités agissent en tant qu'opérateur de réseau au sens de l'article 82.2.b « **que si 20% au moins du volume total d'eau produite par ce projet alimente un réseau d'eau potable** »<sup>44</sup>.

Le code général des collectivités territoriales et le code des postes et télécommunications fixent les conditions dans lesquelles les collectivités territoriales peuvent mettre à disposition ou exploiter des réseaux de télécommunications. Lorsque les collectivités passent des marchés dans ce domaine, il convient de s'assurer du respect des dispositions de ces codes pour les qualifier d'opérateurs de réseau.

### 4° La passation de certains lots

---

Le code des marchés publics de 2004 ouvre la possibilité aux acheteurs de passer certains lots, selon une procédure adaptée, alors que la passation du marché alloti respecte une procédure formalisée.

Il s'agit encore d'une exception au recours de principe à la procédure d'appel d'offres. Les acheteurs ont ainsi le choix :

- de passer l'ensemble d'un marché alloti d'un montant supérieur aux seuils selon la procédure de l'appel d'offres
- de passer la majorité des lots selon la procédure de l'appel d'offres et quelques lots selon une procédure adaptée.

L'article 27, III du code des marchés publics précise les conditions de recours à une procédure adaptée pour certains lots. Ainsi, « **pour les marchés comportant des lots, est retenue la valeur, estimée ainsi qu'il a été dit ci-dessus, de la totalité des lots. La procédure de passation de chaque lot est celle qui s'applique au marché pris dans son ensemble. Toutefois, il est possible de déroger à cette règle et de conclure des marchés passés selon la procédure adaptée mentionnée au I de l'article 28 pour les lots inférieurs à 80 000 € HT dans le cas de marchés de fournitures et de services et dans le cas de marchés de travaux dont le montant est inférieur à 5 900 000 € HT. Pour les marchés de travaux dont le montant atteint 5 900 000 € HT, il est possible de conclure des marchés passés selon une procédure adaptée pour les lots inférieurs à 1 000 000 € HT. Dans tous les cas, le montant cumulé de ces lots ne doit pas excéder 20% de la valeur de l'ensemble du marché. Cette dérogation ne peut s'appliquer aux marchés à bons de commande qui ne comportent pas de montant minimum ni de montant maximum. Dans le cas des marchés à bons de commande comportant un minimum et un maximum, les 20% s'appliquent au montant minimum du marché.** »<sup>45</sup>

---

<sup>44</sup> Article 82 « La notion d'opérateur de réseau » de l'Instruction pour l'application du code des marchés publics, décret n°2001-210 du 7 mars 2001.

La personne responsable du marché doit évaluer le montant prévisionnel des marchés afin de déterminer la procédure à suivre.

Les marchés publics allotis de fournitures et de services sont soumis à la procédure de l'appel d'offres lorsque le montant global prévisionnel de l'ensemble des lots est supérieur à 230 000 € HT. Lorsque ce marché est composé de un ou plusieurs lots d'un montant inférieur à 80 000 € HT, alors les lots concernés peuvent être passés selon une procédure adaptée si le montant cumulé des lots est inférieur à 20 % de montant total du marché. Les acheteurs peuvent ainsi décider de recourir à des négociations avec les entreprises soumissionnaires des lots pouvant être passés selon une procédure adaptée.

Les marchés publics allotis de travaux :

Il existe alors deux cas de figure :

Les marchés de travaux de moins de 5 900 000 € HT : Ces marchés compris entre 230 000 € HT et 5 900 000 € HT sont passés au choix selon la procédure de l'appel d'offres, du marché négocié ou du dialogue compétitif. Il est possible de recourir à la procédure adaptée pour la passation des lots d'une valeur inférieure à 80 000 € HT. Toutefois, l'ensemble de ces lots doivent représenter moins de 20% du montant total du marché.

Les marchés de travaux de plus de 5 900 000 € HT : Ces marchés doivent être passés selon la procédure de l'appel d'offres obligatoirement. Il est toutefois possible de recourir à la procédure adaptée pour la passation des lots de moins de 1 000 000 € HT. Le montant de l'ensemble des lots en question ne doit pas dépasser 20% de la valeur totale du marché.

## 5°-Les marchés de maîtrise d'œuvre inférieurs aux seuils

---

Le marché de maîtrise d'œuvre est donc le marché ayant pour objet la réalisation de tout ou partie des prestations de services définies à l'article 7 de la loi n°85-704 du 12 juillet 1985 relative à la maîtrise d'ouvrage publique et à ses rapports avec la maîtrise d'œuvre privée, pour le compte du maître de l'ouvrage et dans le cadre de la réalisation d'une opération de travaux, de réalisation d'un ouvrage ou d'un projet urbain ou paysager.<sup>46</sup> Les marchés de maîtrise d'œuvre sont passés normalement selon la procédure du concours de l'article 70 du code des marchés publics. **« Ils peuvent toutefois être passés selon la procédure adaptée décrite au I de l'article 28 »**<sup>47</sup> lorsque leur montant est inférieur à 150 000 € HT pour les marchés de l'Etat et de 230 000 € HT pour ceux des collectivités territoriales.

La procédure adaptée constitue, pour de tels marchés, une alternative à la procédure du concours. En tout cas, elle permet à la personne publique de mener des négociations

---

<sup>45</sup> Article 27.II du code des marchés publics du 7 janvier 2004

<sup>46</sup> Décret du 29 novembre 1993

<sup>47</sup> Article 74 du code des marchés publics

avec des candidats si le règlement de la consultation applicable au marché de maîtrise d'œuvre à passer le prévoit.

## **Chapitre 3-Les marchés négociés**

L'article 1.11.d) de la Directive 2004/18/CE du Parlement Européen et du Conseil du 31 mars 2004 relative à la coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, de fournitures et de services définit les procédures négociées comme **« les procédures dans lesquelles les pouvoirs adjudicateurs consultent les opérations économiques de leur choix et négocient les conditions du marché avec un ou plusieurs d'entre eux »**.

L'article 34 du code des marchés publics transpose cette définition en droit interne. Il la définit comme la **« procédure par laquelle la personne publique choisit le titulaire du marché après consultation de candidats et négociations des conditions du marché avec un ou plusieurs d'entre eux. Les marchés négociés sont passés avec ou sans publicité préalable permettant la présentation d'offres concurrentes. En l'absence de publicité préalable, ils sont passés soit après mise en concurrence soit sans mise en concurrence »**.

Il est important de rappeler **que « les personnes publiques ne sont pas libres de recourir, quand elles le souhaitent, au marché négocié. Elles doivent se cantonner aux hypothèses expressément prévues par le code des marchés publics »**<sup>48</sup>. Toutefois, le nouveau code des marchés publics libère les acheteurs des conditions de recours à cette procédure dans le cas des marchés publics de travaux dont le montant est compris entre 230 000 € HT et 5 900 000 € HT<sup>49</sup>.

Il existe plusieurs catégories de marchés négociés :

Les marchés négociés avec publicité et mise en concurrence :

Les acheteurs peuvent recourir à de tels marchés dans cinq cas déterminés par l'article 35, I du code des marchés publics.

Les marchés passés après un appel d'offres infructueux

La personne publique peut avoir recours à la procédure négociée pour la passation des **« marchés qui, après appel d'offres ont fait l'objet d'aucune offre ou pour lesquels il n'a été proposé que des offres irrecevables ou inacceptables au sens de l'article 53. les conditions initiales du marché ne doivent pas être modifiées. Si la personne responsable du marché décide de ne négocier qu'avec les candidats qui avaient été admis à présenter une offre, elle est dispensée de procéder à une nouvelle mesure de publicité »**<sup>50</sup>.

---

<sup>48</sup> CE, 29 janvier 1982, Martin : Rec CE 44

<sup>49</sup> Article 28 du code des marchés publics



L'acheteur public n'a le droit d'user de cette possibilité que dans l'hypothèse où « **la consultation initiale, ayant abouti à une décision d'infructuosité, a été organisée dans les conditions permettant d'assurer sa réussite** »<sup>51</sup>. La déclaration d'infructuosité doit être intervenue légalement. « **L'illégalité de la décision entraîne la nullité des marchés négociés conclus à la suite** »<sup>52</sup>. Ainsi, cette faculté de recourir à un marché négocié ne doit pas être utilisée à des fins de détournement de procédure. De plus, l'objet ou le programme du marché initial ne doit pas « **être substantiellement modifié** »<sup>53</sup>. Le règlement de la consultation peut être substantiellement modifié<sup>54</sup>. Cette procédure permet de tirer les conséquences de l'appel d'offres initial en comblant les lacunes du dossier de consultation ou en adaptant ses dispositions de manière à trouver des offres correspondant aux besoins de la personne publique. Les deux procédures sont intimement liées.

La personne publique peut ne pas prévoir la mise en œuvre d'un avis de publicité. Les négociations doivent ainsi être menées avec la totalité des candidats admis à présenter une offre lors de l'appel d'offres déclaré infructueux<sup>55</sup>. Toutefois, la personne publique peut décider de faire une nouvelle publicité afin d'ouvrir au maximum la concurrence après une première procédure infructueuse. Dans ce cas, de nouvelles entreprises pourront être invitées à présenter une offre et à participer à des négociations.

Les marchés de services qui ne peuvent être précisément définis

L'article 35 dispose que « **les marchés de service, notamment les marchés de prestations intellectuelles telles que la conception d'ouvrage, lorsque la prestation de services à réaliser est d'une nature telle que les spécifications du marché ne peuvent être établies préalablement avec une précision suffisante pour permettre le recours à l'appel d'offres** » peuvent être passés selon une procédure négociée.

Ainsi, la personne publique, dans l'impossibilité de définir avec précision le contenu des prestations de services dont elle a besoin, a la possibilité de négocier les offres des candidats présentées après mise en concurrence et publicité.

L'acheteur public ne peut en aucun cas déroger à ses obligations de publicité et de mise en concurrence

L'article 74 du code des marchés publics dispose que la personne publique peut passer des marchés de maîtrise d'œuvre sous la forme de marchés négociés avec

---

<sup>50</sup> Article 35, I, 1 du code des marchés publics

<sup>51</sup> CE, 29 décembre 1997, Préfet Seine-et-Marne : Rec CE 510

<sup>52</sup> TA Rennes, 22 mars 1995, Préfet du Finistère c/ Maison de retraite de Plonéour-Lanvern

<sup>53</sup> CE, 18 décembre 1953, *dobrouchkess* : rec CE 566

<sup>54</sup> CE, 12 mars 1999, Entreprise Porte : req n°171293

<sup>55</sup> Article 35.2.1 « Les marchés passés après un appel d'offres infructueux » de l'Instruction pour l'application du code des marchés publics, décret n°2001-210 du 7 mars 2001.

publicité et mise en concurrence **« dans les cas suivants : Pour l'attribution d'un marché de maîtrise d'œuvre relatif à la réutilisation ou à la réhabilitation d'ouvrages existants ; Pour l'attribution d'un marché de maîtrise d'œuvre relatif à des ouvrages réalisés à titre de recherche, d'essai ou d'expérimentation ; Pour l'attribution d'un marché de maîtrise d'œuvre qui ne confie aucune mission de conception au titulaire ; Pour l'attribution d'un marché de maîtrise d'œuvre relatif à des ouvrages d'infrastructures. »**

La personne responsable du marché peut décider de recourir à cette procédure, lorsque le marché de maîtrise d'œuvre relevant des hypothèses précédentes à réaliser est d'une nature telle que ses spécifications ne peuvent être établies préalablement avec une précision suffisante pour permettre le recours à l'appel d'offres. La personne responsable du marché a alors la possibilité de négocier les offres avec les candidats.

Les marchés de travaux qui sont conclus uniquement à des fins de recherche, d'essai, d'expérimentation, de mise au point, d'étude ou de développement sans finalité commerciale immédiate

Ces dispositions ne concernent pas réellement les collectivités territoriales. Il s'agit encore d'une possibilité de recourir à une procédure négociée.

Les marchés de services pour lesquels la fixation des prix préalable et globale est impossible

L'article 35, I, 4° du code des marchés publics donne aux acheteurs publics la possibilité de recourir à la procédure négociée « dans des cas exceptionnels, lorsqu'il s'agit de services dont la nature ou les aléas qui peuvent affecter leur réalisation ne permettent pas une fixation préalable et globale des prix »

Pour les marchés de maîtrise d'œuvre d'un montant égal ou supérieur à 150 000 € HT pour les marchés de l'Etat et 230 000 € HT pour les marchés des collectivités territoriales, la personne publique peut recourir aux marchés négociés avec publicité et mise en concurrence

**« de maîtrise d'œuvre dans les cas suivants : Pour l'attribution d'un marché de maîtrise d'œuvre relatif à la réutilisation ou à la réhabilitation d'ouvrages existants ; Pour l'attribution d'un marché de maîtrise d'œuvre relatif à des ouvrages réalisés à titre de recherche, d'essai ou d'expérimentation ; Pour l'attribution d'un marché de maîtrise d'œuvre qui ne confie aucune mission de conception au titulaire ; Pour l'attribution d'un marché de maîtrise d'œuvre relatif à des ouvrages d'infrastructures. »<sup>56</sup>**

La personne publique pour avoir recours à la procédure négociée doit être dans l'impossibilité, compte-tenu de la nature de la maîtrise d'œuvre, de fixer les prix au préalable. Elle pourra ainsi mener des négociations avec les entreprises candidates.

Les marchés de travaux dont le montant est compris entre 230 000 € HT et 5 900 000 € HT

Dans cette hypothèse, les acheteurs publics ont le choix de recourir à la procédure

---

<sup>56</sup> Article 74 du code des marchés publics

négociée. Il peuvent également les passer selon la procédure de l'appel d'offres ou du dialogue compétitif <sup>57</sup> .

Les marchés négociés sans publicité préalable mais avec mise en concurrence :

Les marchés justifiés par l'urgence impérieuse

L'article 35, II, 1° du code des marchés publics permet de recourir à la procédure négociée sans publicité lorsque « ***l'urgence impérieuse résultant de circonstances imprévisibles pour la personne responsable du marché n'est pas compatible avec les délais exigés par les procédures d'appel d'offres ou de marchés négociés précédés d'un avis d'appel public à la concurrence et, notamment, les marchés conclus pour faire face à des situations d'urgence impérieuse relevant d'une catastrophe technologique ou naturelle*** »

Les circonstances justifiant le recours à ce type de marchés négociés doivent être imprévisibles pour la personne responsable du marché. Elles ne doivent donc « ***pas lui être imputables*** » <sup>58</sup> . Le droit communautaire est encore plus exigeant quant à l'admission du recours à une telle procédure. En effet, la Cour de Justice des Communautés Européennes exige un événement imprévisible, une situation d'urgence impérieuse et un lien de causalité entre les deux <sup>59</sup> .

Les conditions de recours à cette procédure sont analysées de manière restrictive par les juges. Il a été ainsi jugé que le recours à ce type de marché n'était pas justifié par le passage d'une tempête tropicale <sup>60</sup> . L'ajout dans la nouvelle rédaction de l'article 35 du code des marchés publics de la possibilité de recourir à un marché négocié dans le cas « ***d'urgence impérieuse relevant d'une catastrophe technologique ou naturelle*** » va tendre certainement à un assouplissement de la jurisprudence et favoriser ainsi le recours à une telle procédure.

Les marchés de fournitures qui sont conclus uniquement à des fins de recherche, d'essai, d'expérimentation, de mise au point, d'étude ou de développement sans finalité commerciale immédiate ;

Les marchés négociés sans publicité préalable et sans mise en concurrence :

Les marchés complémentaires, à condition que le marché initial ait été passé après mise en concurrence, dans les conditions suivantes :

L'article 35, II du code des marchés publics admet la possibilité de recourir à des marchés négociés pour compléter les marchés passés initialement. Il n'est possible que si le marché initial a été passé après mise en concurrence. Ceci exclut donc son utilisation pour les achats qui complètent un marché à procédure adaptée ou un marché négocié

---

<sup>57</sup> Article 28 du code des marchés publics de 2004

<sup>58</sup> CAA Lyon, 18 mai 1989, Société Royat : Rec CE T. 777

<sup>59</sup> CJCE, 28 mars 1985, Commission c/ Italie : Rec CJCE 1077

<sup>60</sup> CE, 26 juillet 1991, Commune de Sainte-Marie : RFD adm. 1991.966

sans mise en concurrence préalable<sup>61</sup>. L'objet des marchés complémentaires peut être de plusieurs ordres lorsqu'ils sont passés auprès du titulaire du marché initial :

- renouvellement partiel de fournitures ou d'installations d'usage courant ;
- complément de fournitures ;
- extension d'installations existantes ;
- prestations qui ne figurent pas dans le marché initialement conclu mais qui sont devenues nécessaires.

Le recours à de cette procédure est justifié par le fait que la personne publique souffrirait de l'attribution de ces marchés à une autre entreprise pour les raisons suivantes :

- lorsque le changement de fournisseur obligerait la personne publique à acquérir un matériel de techniques différentes entraînant une incompatibilité ou des difficultés techniques d'utilisation et d'entretien excessives.
- lorsque ces services ou travaux complémentaires ne peuvent être techniquement ou économiquement séparés du marché principal sans inconvénients majeurs pour la personne publique.

Le montant cumulé des marchés complémentaires ne doit pas dépasser 50% du montant du marché principal. **« Pour vérifier que ce montant maximal n'est pas dépassé, il y a lieu de comparer, d'une part le montant ayant fait l'objet de la mise en concurrence initiale augmenté des avenants éventuels, d'autre part le montant cumulé de tous les achats complémentaires qui ont déjà pu être effectués et/ou qui sont envisagés. »**<sup>62</sup>

Cette procédure permet, dans certaines situations, d'éviter de recourir de nouveau à des procédures formalisées d'appel d'offres, lorsqu'il apparaît évident à la personne responsable du marché, que le titulaire actuel est le seul susceptible de réaliser la prestation complémentaire. Elle offre, de plus l'avantage de pouvoir négocier l'offre du candidat. Cependant, celle-ci sera difficile à mettre en œuvre. En effet, la personne publique est placée en situation de dépendance du titulaire du marché. Celui-ci risque de profiter de la situation pour augmenter sa marge bénéficiaire.

La commission d'appel d'offres doit émettre un avis pour le lancement de la procédure de marché complémentaire mais n'intervient plus par la suite, le marché complémentaire étant négocié et signé par la personne responsable du marché<sup>63</sup>.

---

<sup>61</sup> Article 35.4.1 « Les marchés complémentaires » de l'Instruction pour l'application du code des marchés publics, décret n°2001-210 du 7 mars 2001.

<sup>62</sup> Article 35.4.1 « Les marchés complémentaires » de l'Instruction pour l'application du code des marchés publics, décret n°2001-210 du 7 mars 2001.

<sup>63</sup> Article 35.4.1 « Les marchés complémentaires » de l'Instruction pour l'application du code des marchés publics, décret n°2001-210 du 7 mars 2001.

### Les marchés de services ou de travaux similaires

L'article 35 du code des marchés publics dispose que peuvent être passés sous la forme de marchés négociés sans publicité ni mise en concurrence **« les marchés de services ou de travaux qui ont pour objet la réalisation de prestations à celles d'un marché précédent exécuté par le même titulaire. Le premier marché doit toutefois avoir été passé sur appel d'offres. Il doit de plus avoir indiqué la possibilité de recourir à la procédure négociée pour la réalisation de prestations similaires. Sa mise en concurrence doit enfin avoir pris en compte le montant total envisagé, y compris les nouveaux services ou travaux. La durée pendant laquelle les nouveaux marchés peuvent être conclus ne peut dépasser trois ans à compter de la notification du marché initial »**.

Ce marché de services ou de travaux doit avoir pour objet la répétition des prestations d'un marché précédent passé sur appel d'offres pour les mêmes prestations. Cette procédure n'est **« pas utilisable pour des achats de prestations différentes de celles ayant fait l'objet du premier marché, même si les prestations nouvelles constituent la totalité ou une partie seulement du marché négocié »**<sup>64</sup>. Le marché doit être passé avec le titulaire du marché initial. Ce dernier est en position de force pour aborder les négociations relatives à la passation du nouveau marché. En effet, l'administration ne peut contractualiser avec une autre entreprise sans respecter les dispositions du code. Le nouveau marché devrait, en effet, être passé sur appel d'offres. Cette procédure étant particulièrement coûteuse et longue, la personne publique préférera dans la majorité des cas passer le contrat avec le titulaire actuel.

Les marchés de services qui sont attribués à un ou plusieurs lauréats d'un concours. Lorsqu'il y a plusieurs lauréats, ils sont tous invités à négocier. Dans cette hypothèse, la personne responsable du marché ne sera pas en position de faiblesse. En effet, il existe plusieurs candidats susceptibles d'obtenir le marché.

Les marchés qui ne peuvent être confiés qu'à un prestataire déterminé pour des raisons techniques, artistiques ou tenant à la protection des droits d'exclusivité. Les juges se montrent particulièrement exigeants quant aux conditions de recours à cette procédure. Ainsi, si **« les prestations objet du marché pouvaient être réalisées dans des conditions comparables par une autre entreprise »**, la personne publique ne doit pas passer le marché selon cette procédure<sup>65</sup>. Le Conseil d'Etat demande que lorsque le recours à ce type de marché est justifié par l'existence d'un brevet, la personne publique doit **« établir qu'aucune autre entreprise n'était à même de pouvoir réaliser les prestations souhaitées tant au moyen de brevets qu'en mettant en œuvre des techniques similaires »**<sup>66</sup>.

Les marchés passés selon la procédure définie à l'article 35 III 4 du code des

---

<sup>64</sup> Article 35.4.2 « Les marchés identiques » de l'Instruction pour l'application du code des marchés publics, décret n°2001-210 du 7 mars 2001.

<sup>65</sup> CAA Marseille, 21 novembre 2000, Commune de la Grande-Motte : Contrats et marchés publics 2001, n°134

<sup>66</sup> CE, 11 octobre 1999, Avrillier, req n°165510

marchés publics seront soumis à une négociation particulièrement difficile car le rapport de force entre les négociateurs ne sera pas équilibré.

Les marchés des opérateurs de réseau (art 84)

L'article 84 du code des marchés publics dispose que « **les opérateurs de réseau peuvent passer, quel que soit leur montant, des marchés négociés après publicité préalable pour les besoins directement liés à leur activité** ».

Les personnes publiques agissant en tant qu'opérateurs de réseaux au sens de l'article 82 du code des marchés publics ont la possibilité de passer tous leurs marchés (travaux, fournitures ou services) selon une procédure négociée. Toutefois, pour les marchés de moins de 400 000€ HT, elles peuvent passer des marchés à procédure adaptée selon l'article 28 du code des marchés publics.

Ainsi, la personne responsable du marché a le choix entre plusieurs procédures :

Pour les marchés de moins de 400 000 € HT, elle peut recourir à :

- la procédure adaptée
- au marché négocié avec publicité préalable
- la procédure d'appel d'offres<sup>67</sup>
- les autres procédures du code, telles que le dialogue compétitif, lorsque les conditions de recours sont réunies

L'opérateur de réseau a ainsi la possibilité de procéder à des négociations. Il lui incombe de choisir ce qu'il souhaite mettre en œuvre. S'il choisit de recourir à la procédure de l'appel d'offres, il ne pourra pas effectuer de négociations avec les candidats<sup>68</sup>.

Pour les marchés supérieurs à 400 000 € HT, la personne publique ne peut plus recourir à la procédure adaptée. Il lui reste le choix entre celle des marchés négociés avec publicité préalable et celle de l'appel d'offres. Il peut recourir aux autres procédures prévues par le code des marchés publics si les conditions de recours sont réunies.

## **Chapitre 4-Les marchés de l'article 30**

Les marchés publics de l'article 30 du code des marchés publics bénéficient d'une procédure allégée.

L'article 30 dispose que « **quelque soit leur montant, les marchés publics de services qui ont pour objet des prestations de services ne figurant pas à l'article 29 sont soumis, en ce qui concerne leur passation, aux seules obligations relatives à la définition des prestations par référence à des normes, lorsqu'elles existent, ainsi qu'à l'envoi d'un avis d'attribution lorsque leur montant atteint 230 000 € HT . Ces marchés sont soumis aux règles prévues par le titre 1ER, les chapitres I et II du titre**

<sup>67</sup> Article 28 du code des marchés publics

<sup>68</sup> Article 33 du code des marchés publics

**II, le présent article et les titres IV à VI. ».** C'est à dire que du point de vue de leur passation, le nouvel article 30 exclut du champ des procédures formalisées un nombre très important de services. Il convient de noter que le titre III relatif à la passation des marchés ne s'applique pas aux marchés de services de l'article 30. Il semble donc que ces marchés puissent être passés selon une procédure totalement étrangère au code des marchés publics dans le respect toutefois des principes de l'article 1 du code tels que les principes de liberté d'accès à la commande publique, d'égalité de traitement des candidats et de transparence des procédures. Les acheteurs peuvent donc avoir recours à la négociation pour leur passation.

## **Chapitre 5-Le dialogue compétitif**

Le dialogue compétitif est une nouvelle procédure instituée par le code des marchés publics de 2004. Celle-ci a été créée par anticipation de la nouvelle directive communautaire. La directive 2004/18/CE du parlement européen et du conseil du 31 mars 2004 relative à la coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, de fournitures et de services définit à son article 29 l'objet de la procédure du dialogue compétitif comme **« l'identification et la définition des moyens propres à satisfaire au mieux leurs besoins. Au cours de ce dialogue, les acheteurs peuvent discuter tous les aspects du marché avec les candidats sélectionnés ». Le dialogue compétitif est alors un moyen d'amélioration de la définition des besoins des marchés complexes. Pour de tels projets l'emploi d'une procédure formalisée « empêche l'acheteur de connaître toutes les offres potentielles susceptibles d'être proposées par les fournisseurs, puisque ceux-ci vont alors faire des offres en fonction seulement du cahier des charges défini unilatéralement par l'acheteur »**<sup>69</sup>.

L'article 36 du code des marchés publics permet à la personne publique de recourir à la procédure du dialogue compétitif dans les cas suivants :

**« Lorsqu'elle n'est pas en mesure de définir les moyens techniques pouvant répondre à ses besoins ; Lorsqu'elle n'est pas en mesure d'établir le montage juridique ou financier d'un projet »**

Ces situations peuvent notamment se présenter pour la réalisation d'importantes infrastructures de transport intégrées ou la réalisation d'importants projets ou réseaux informatiques, ou la réalisation de projets comportant un financement complexe et structuré, dont le montage financier et juridique ne peut pas être prescrit à l'avance<sup>70</sup>.

Pour les marchés de travaux dont le montant est compris entre 230 000 € HT et 5 900 000 € HT. Dans cette hypothèse, les **« conditions de recours à la procédure de**

---

<sup>69</sup> Manuel d'application du code des marchés publics, circulaire du 7 janvier 2004, pages 40

<sup>70</sup> Point n°31 de l'introduction de la directive 2004/18/CE du parlement européen et du conseil du 31 mars 2004 relative à la coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, de fournitures et de services et Manuel d'application du code des marchés publics, circulaire du 7 janvier 2004, pages 40

***dialogue compétitif mentionnées ci-dessus ne sont pas exigées ».***

Selon la lettre de l'article 29 de la Directive communautaire précitée, le dialogue compétitif est une procédure permettant de définir les besoins de la personne publique avec la collaboration des entreprises soumissionnaires. ***« Pour la mise en œuvre de cette procédure, la personne publique définit un programme fonctionnel qui comporte des résultats vérifiables à atteindre ou qui précise les besoins à satisfaire. Les moyens de parvenir à ces résultats ou de répondre à ces besoins font l'objet de la part de chaque candidat d'une proposition La procédure de dialogue compétitif peut porter à la fois sur la définition d'un projet ou de son exécution sauf pour la réalisation des ouvrages pour laquelle sont applicables les dispositions de la loi n°85-704 du 12 juillet 1985 relative à la maîtrise d'ouvrage publique et à ses rapports avec la maîtrise d'œuvre privée »***<sup>71</sup>.

Il semble que le prix puisse être l'objet du dialogue puisque « tous les aspects du marché peuvent être abordés ». Le recours à cette procédure doit permettre d'identifier l'offre économiquement la plus avantageuse<sup>72</sup>. Le prix revêt donc une importance moindre au niveau de l'analyse des offres.

Au terme de ce dialogue, le cahier des charges du marché à mettre en œuvre doit être arrêté. En effet, l'article 67 du code des marchés publics dispose ***que « lorsqu'elle estime que la discussion est arrivée à son terme, la personne responsable du marché en informe les candidats qui ont participé à toutes les phases de la discussion. Elle arrête le cahier des charges. »***. Il s'agit alors de sélectionner les offres des candidats selon la procédure classique de l'appel d'offres<sup>73</sup>. Négocier le contenu des offres est alors impossible<sup>74</sup>. Cependant, ***« la personne responsable du marché peut demander des clarifications ou des précisions concernant les offres déposées par les candidats. Cependant, ces précisions, clarifications ou compléments ne peuvent avoir pour effet de modifier des éléments fondamentaux de l'offre ou des caractéristiques essentielles du marché »***<sup>75</sup>.

Une véritable négociation est-elle mise en œuvre dans une telle procédure ? Il semble que l'on puisse considérer que l'étape du dialogue constitue une évaluation des besoins de la personne publique avec des candidats qualifiés. Le dialogue compétitif ne permet donc pas une réelle négociation puisqu'il vise à aider une collectivité à mieux définir son besoin en vue de rédiger un cahier des charges en fonction du programme fonctionnel. Au contraire une véritable négociation vise à améliorer les réponses, les

---

<sup>71</sup> **Article 36 du code des marchés publics du 7 janvier 2004**

<sup>72</sup> Article 29.1 de la directive 2004/18/CE du parlement européen et du conseil du 31 mars 2004 relative à la coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, de fournitures et de services

<sup>73</sup> Manuel d'application du code des marchés publics, circulaire du 7 janvier 2004, pages 40

<sup>74</sup> Article 33 du code des marchés publics

<sup>75</sup> **Article 67 du code des marchés publics du 7 janvier 2004**



offres des candidats. Par contre, une fois le cahier des charges arrêté, toute négociation est à exclure.

Par conséquent, le dialogue compétitif ne permet pas de négocier réellement les propositions des candidats. Cette procédure sera alors considérée dans la suite des développements comme une procédure excluant la négociation.

Les personnes publiques ont la possibilité de recourir pour la passation de la plupart de leurs marchés à la négociation. Cette innovation bouleverse les processus d'achat public classiques. Il convient, à présent, de l'intégrer et de lui laisser la place qui lui revient.



## Deuxième partie : La négociation, une composante du processus achat

Le code de 2004 a pour objectif de simplifier l'achat public et de lui rendre la dimension économique qu'il avait perdu. En effet, il était appréhendé de manière juridique dans le but uniquement de respecter les dispositions de la réglementation en vigueur. Ainsi, le comment « passer le marché » avait plus d'importance que l'objet du marché et les conditions d'obtention de celui-ci. Pierre-Henri Morand : **« dans le secteur public, l'achat a longtemps été pensé comme un acte devant avant tout être conforme aux contraintes juridiques de la procédure et non pas comme un acte économique »**<sup>76</sup>.

A présent, l'acte d'achat doit se caractériser par la recherche d'une adéquation de l'offre du vendeur aux besoins de l'acheteur. La négociation permet d'adapter les offres à la demande<sup>77</sup>.

Les achats doivent être considérés comme un nouveau levier stratégique des personnes publiques. L'enjeu est important. En effet, une bonne fonction achat peut permettre de réaliser des économies non négligeables estimées à 15 ou 20% du budget.

Bien acheter, c'est d'abord sélectionner les produits (fournitures, travaux, services)

---

<sup>76</sup> Achatpublic.com, Invité du Jeudi, Pierre-Henri Morand sur la dématérialisation de la commande publique, le 2 novembre 2003

<sup>77</sup> Négociation dans les marchés publics, 25 juin 2004, site internet du CNRS

bien adaptés à l'usage, souvent de longue durée, attendu ; c'est aussi obtenir le « juste prix » sans se contenter d'une simple mise en concurrence à court terme, souvent illusoire, mais en recherchant un partenariat durable et profitable aux deux parties.<sup>78</sup> Il faut donc réorganiser ou établir une « Fonction Achat » et améliorer le processus au sein des personnes publiques.

## **Chapitre 1-Enoncé du processus achat comprenant la négociation**

Un processus est un ensemble cohérent d'activités aboutissant à un résultat identifié pour le client. Le processus achat regroupe ainsi toutes les étapes nécessaires à un bon achat. Il commence avec les phases de préparation de l'achat (marketing achat) jusqu'au suivi de l'achat (exécution et suivi des contrats, analyse de l'achat...).

L'étape la plus difficile à mettre en œuvre est celle de la définition des besoins, étape imposée par l'article 5 du code des marchés publics. Cet article dispose que **« la nature et l'étendue des besoins à satisfaire sont déterminées avec précision par la personne publique avant tout appel à la concurrence ou toute négociation non précédée d'appel à la concurrence »**. il s'agit de l'étape charnière du processus achat. Si les besoins sont mal définis, alors l'acheteur ne pourra pas acquérir un bien répondant aux attentes des services ou des usagers.

**« Pour être efficace, l'expression des besoins fait appel à quatre considérations principales : l'analyse des besoins fonctionnels des services sur la base, par exemple, d'états de consommation ; la connaissance aussi approfondie que possible des marchés fournisseurs, participation à des salons professionnels, documentations techniques ; la distinction, y compris au sein d'une même catégorie de biens ou d'équipements, entre achats standards et achats spécifiques ; et enfin lorsqu'elle est possible, l'adoption d'une démarche en coût global prenant en compte non seulement le prix d'achat, mais aussi les coûts de fonctionnement et de maintenance qui seront associés à l'usage du bien ou de l'équipement acheté »<sup>79</sup>.**

Il s'agit de mettre en place du marketing achat afin d'aider le service à mieux définir les besoins de la personne publique. Tout d'abord, chaque acheteur doit être responsable d'un portefeuille de produits correspondants à un segment d'achat. Cela évite aux acheteurs de se disperser. Ils peuvent ainsi pratiquer une gestion plus active de leurs achats en ayant une plus grande connaissance des données techniques, du marché fournisseurs correspondant.

Il peut s'agir d'améliorer la communication du service achat avec les différents services, notamment les services techniques. Les échanges peuvent permettre aux

---

<sup>78</sup> Introduction au métier d'acheteur pour cadre entrant dans la filière, document de formation par EDF

<sup>79</sup> Le manuel d'application du nouveau code des marchés publics p.12

acheteurs de maîtriser les données techniques des produits ou prestations nécessaires. Au sein des hôpitaux, il est notamment important pour les services achats d'être en constante relation avec des professionnels du monde médical afin de connaître et déterminer précisément ce dont ils ont besoin.

Une fois la communication installée, les acheteurs doivent faire des recherches correspondantes aux besoins exprimés. Les outils à mettre en place sont divers et relèvent tous du marketing achat. Ils peuvent lire des revues techniques, participer à des salons professionnels, faire du sourcing....

L'acheteur doit jouer un rôle actif dans le cycle complet du processus achat qu'il coordonne. En amont à la définition des besoins, il doit explorer le marché fournisseurs, en pré-qualifier un certain nombre (pour les marchés à procédure adaptée de faible montant par exemple), préparer le cahier des charges. Cette dernière étape doit être réalisée avec l'assistance de personnes qualifiées compétentes issues des services utilisateurs. L'utilité de la formation de groupes de travail composés de personnels qualifiés permet une définition précise des besoins et des données techniques, dont la maîtrise sera un atout important pour la préparation et la conduite des négociations.

Il ne faut jamais oublier que l'acheteur devra défendre ensuite lors de la négociation les intérêts de la personne publique. Il doit ainsi acquérir à un « juste prix » les produits en adéquation avec ses besoins. Ainsi, il est important d'insister sur la phase de travail amont sur la définition des besoins, la connaissance des produits et du marché.

Il rédigera les pièces du marché en prenant toutes les précautions juridiques pour que l'engagement soit favorable et sans risque.

Les étapes du processus achat se rebouclent sur elles-mêmes et font comprendre qu'un achat n'est jamais un acte isolé. Il faut que les acheteurs tirent des marchés précédents des leçons nécessaires à l'amélioration de l'achat. Ils doivent analyser le processus, les produits achetés,... On parle alors de cycle de l'achat, car les actes de d'achat sont interdépendants les uns des autres.

Le cycle d'achat comprenant des phases de négociation est décomposé en cinq étapes successives :

**Définir** : il s'agit d'une des étapes les plus importantes. En effet, une mauvaise définition aboutit à un achat mal adapté ou à de mauvaises négociations car l'acheteur ne connaît pas bien le besoin. La rédaction du cahier des charges intervient à ce moment. Celle-ci doit ouvrir à l'acheteur des possibilités de négocier et définir avec précision ce dont les services ont besoin.

**Trouver** : Lors de cette étape, l'acheteur doit étudier le marché. Il va alors analyser les produits proposés sur le marché, les innovations technologiques et rechercher des fournisseurs. La stratégie de l'acheteur va être déterminée en fonction du marché, c'est-à-dire si celui-ci compte un nombre important de fournisseurs, si les produits ou prestations sont standards, etc...L'acheteur devra à ce moment choisir la procédure à suivre et rédiger les pièces du dossier de consultation.

A la suite d'un tel travail, l'acheteur établira les critères de choix des offres. Il faut lors de cette étape calculer le ou les prix d'objectif de l'achat.

**Acheter** : il s'agit de la phase de consultation des fournisseurs sélectionnés. L'acheteur va alors comparer les offres des candidats avec le ou les prix d'objectif qu'il a établi précédemment.

La négociation intervient à ce moment. A la suite de celle-ci, la personne responsable du marché attribue à un candidat le marché.

**Contrôler** : L'acheteur doit vérifier que les produits achetés correspondent bien aux besoins exprimés lors de la première étape.

**Améliorer** : L'acheteur analyse les différentes étapes du processus achat afin d'améliorer le prochain cycle. On appelle cette phase le retour d'expérience.

Le cycle de l'achat peut se représenter ainsi :

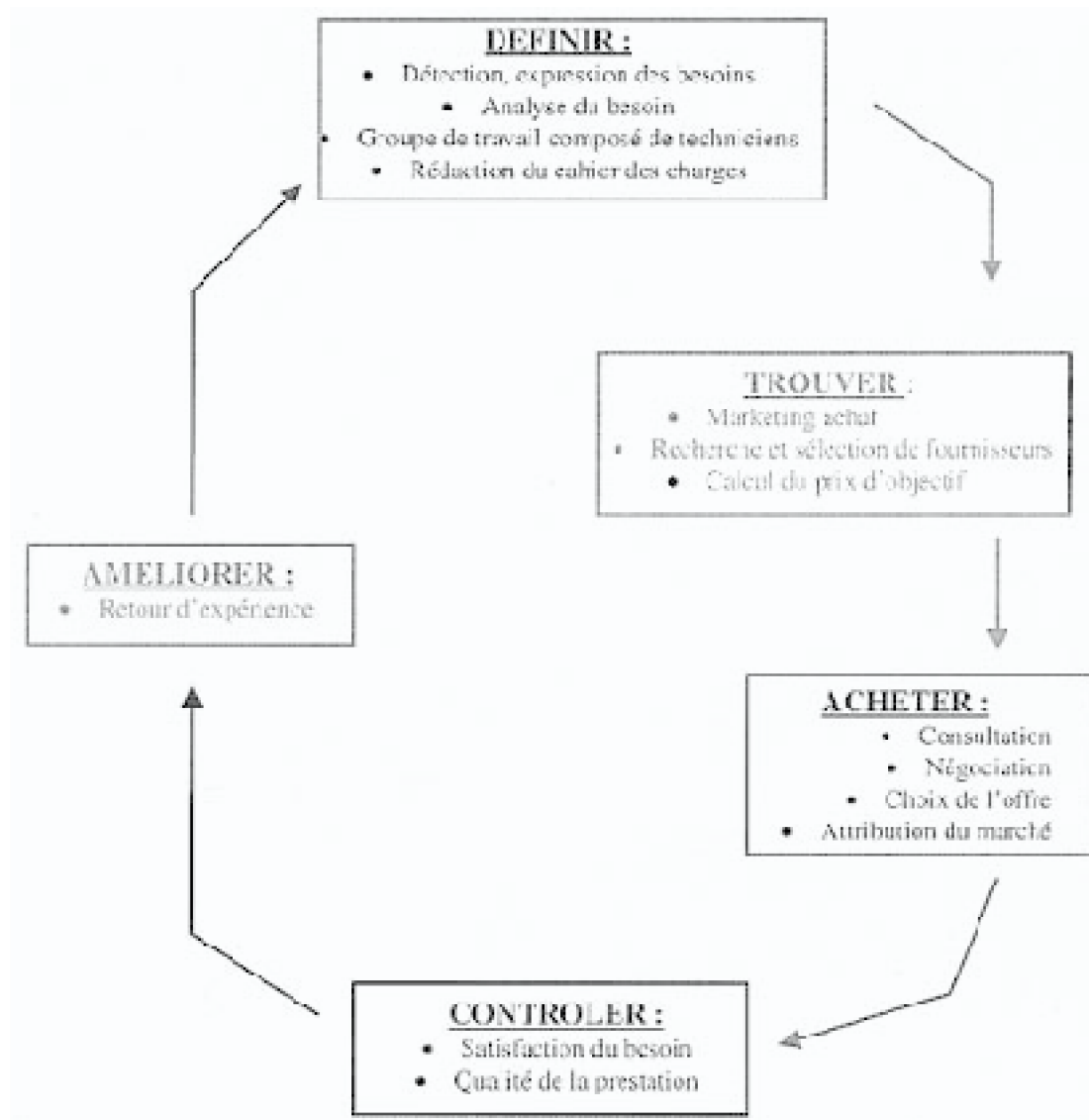


Figure 1 Cycle de l'achat :

## **Chapitre 2. La négociation : une procédure consommatrice de temps**

La préparation d'achat est longue et difficile. Les acheteurs publics, non initiés à la négociation et aux techniques de marketing achat, vont consacrer beaucoup de temps au départ pour réaliser un acte d'achat soumis à négociation. Ils doivent comme nous l'avons vu précédemment faire une étude des marchés fournisseurs et produits, suivre les évolutions technologiques, les évolutions des cours des matières premières,... Ce travail du quotidien pour une gestion efficace de leur portefeuille d'achats nécessite beaucoup de temps.

Or les acheteurs publics doivent faire face à une somme de travail importante pour respecter les règles de passation établies par le code des marchés publics. Ils doivent établir, par exemple, pour les dossiers d'appel d'offres une somme de documents importants. Pour le moment, les dossiers sont encore sous format papier. La logistique des dossiers (les photocopies, les envois, la tenue des registres d'envoi, la réception des offres,...) accapare beaucoup de temps aux acheteurs. Ainsi, ceux-ci n'ont pas toujours le temps d'exercer les fonctions qui leur incombent réellement.

L'ouverture des cas de recours à la négociation ne va pas arranger les choses. En effet, les acheteurs auront plus que jamais besoin de réaliser du marketing achat. Ils devront prendre le temps de préparer avec soin leurs négociations, de rencontrer des fournisseurs en dehors des période de consultations...

De plus, il est important de rappeler que l'établissement des pièces des dossiers de consultations nécessitera un temps équivalent à celui des dossiers d'appel d'offres. Les acheteurs pourront pré-sélectionner les offres des candidats avant d'ouvrir les négociations. Cela suppose donc la rédaction de lettre de non-retenu, de lettre d'invitation à négocier,... Bref, les procédures d'achat avec négociation sont longues.

La mise en place de la dématérialisation des procédures pourrait permettre à l'acheteur de gagner du temps en limitant les photocopies, les lettres à envoyer, les pièces des dossiers à reprographier et à envoyer aux entreprises qui en font la demande, la saisie des données des offres manuscrites dans les dossiers d'appel d'offres... ***Cette avancée de l'article 56 du code des marchés publics selon lequel « sauf disposition contraire prévue dans l'avis de publicité, les candidatures et les offres peuvent également être communiquées à la personne publique par voie électronique, dans des conditions définies par décret. Aucun avis ne pourra comporter d'interdiction à compter du 1er janvier 2005 ».*** Il s'agit d'une avancée importante. Elle permettrait le téléchargement des pièces des dossiers, de correspondre par mail avec les fournisseurs.... L'acheteur public bénéficiera ainsi d'un gain de temps important à partir du 1<sup>er</sup> janvier 2005 à condition que les entreprises et acheteurs jouent le jeu. Ainsi, le manuel d'application du code des marchés publics à la page 35 dispose que ***« les acheteurs peuvent d'ores et déjà, dans un souci de rapidité et d'efficacité***

***économique, favoriser le recours aux échanges d'informations par voie électronique ».***

La dématérialisation et les nouvelles technologies de l'information et de la communication permettront de faciliter le travail des acheteurs pour :

- Récolter les informations commerciales
- Assurer le sourcing
- Lancer les consultations

Le marketing achat consiste également à étudier le fonctionnement du service achat. Il convient de rationaliser le travail des acheteurs en analysant la nature des marchés passés par le service de manière à identifier ceux pour lesquels la conduite de négociations n'est pas utile.

## **Chapitre 3. Le choix de recourir à la négociation**

La négociation est une liberté que s'offre l'acheteur pour se défendre contre des prix excessifs. Toutefois, compte-tenu du temps et de l'énergie nécessaires pour mener à bien une telle procédure, il n'est certainement pas judicieux de soumettre à négociation tous les marchés. Cette solution semble préférable tant que les acheteurs publics ne bénéficient pas d'une grande expérience en la matière. En effet, pour mener une bonne négociation, les acheteurs ont besoin de beaucoup de temps pour la préparation de celle à conduire et pour analyser celles qui ont été menées.

Pareto a démontré au début du 20<sup>ème</sup> siècle que 20% de la population italienne possédait 80% de la richesse. Cette analyse s'applique à différents domaines dont les achats. L'énoncé de la loi de Pareto appelée encore la loi de 80/20 constitue ainsi un outil efficace de prise de décision dans les achats. Ainsi, selon la loi de Pareto, 80% du chiffre d'affaires du service achat est réalisé par 20% des entreprises issues du panel fournisseurs.

Cette loi est représenté le plus souvent par le diagramme suivant :



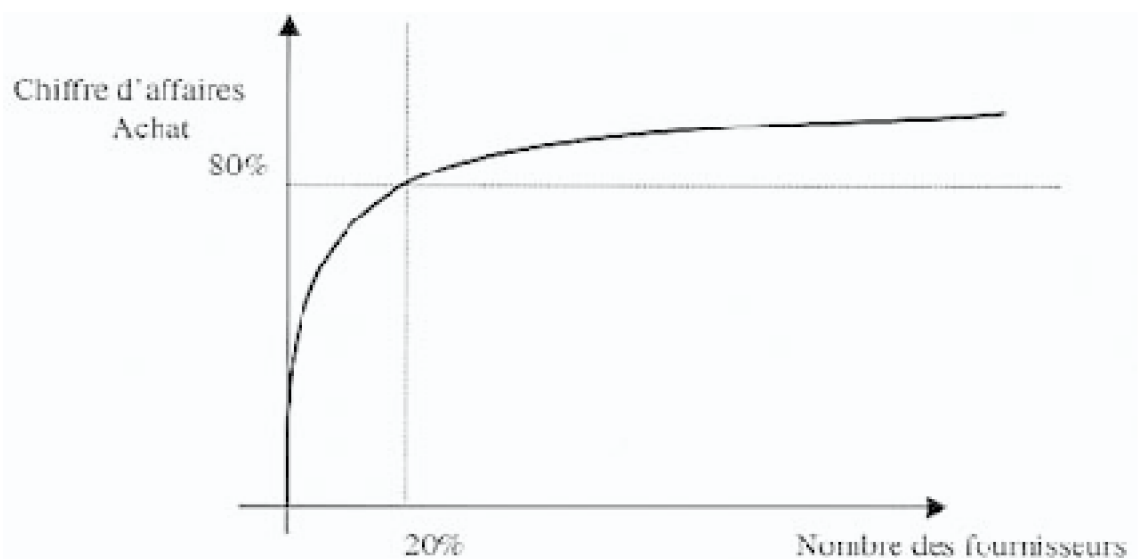


Figure 2: Graphique représentant la loi de Pareto

La zone verte du diagramme représente les 20% des fournisseurs ou des marchés représentant 80% du chiffre d'affaires du service achat. Les acheteurs n'ayant pas le temps de négocier correctement tous leurs marchés doivent s'intéresser principalement à ceux-ci. Leur action devrait permettre de réduire les coûts d'acquisition de 20% des marchés pour permettre de réduire 80% du chiffre d'affaires de leur service. La loi de Pareto a été transposée pour les achats sous le nom de la méthode ABC.

La méthode ABC (Activity Based Costing) consiste en un croisement du nombre de fournisseurs et du chiffre d'affaires. Cette loi permet une mesure très précise des coûts et des performances d'achats. Il convient de distinguer trois types d'achats, répartis en autant de segments

- Les achats sont divisés en 3 classes d'achats :
- La **classe A** regroupe les articles dont les fournisseurs totalisent un chiffre d'affaires annuel important. Ce sont les achats stratégiques.
- La **classe B** regroupe les achats répétitifs, gérés sous contrats annuels, faisant appel à des fournisseurs non stratégiques : les fournitures de bureau, fournitures industrielles, matériel informatique. Les fournisseurs réalisent un chiffre d'affaires annuel moyen
- La **classe C** regroupe les achats non répétitifs, de faibles montants et faisant appel à des fournisseurs occasionnels. Les fournisseurs réalisent un chiffre d'affaires annuel faible.

Chaque segment représente une part définie du chiffre d'affaires selon la loi de Pareto. Ainsi :

Les  
Segments d'achat  
de

chiffre  
d'affaires  
segment  
A  
segment  
B  
segment  
C

Il semble alors intéressant dans un premier temps de ne négocier que les marchés du segment A, soit les achats stratégiques. Cette action permettra aux acheteurs d'agir sur 80% du chiffre d'affaires du service pour un investissement minimal.

Puis, lorsque du temps aura été dégagé pour s'investir plus encore dans le processus achat incluant les phases de négociation par la maîtrise du marketing achat, la dématérialisation, l'expérience de la négociation, il peut être intéressant que les acheteurs négocient les marchés du segment B.

Il semble inutile que les acheteurs s'investissent pour les marchés du segment C ne représentant que 5% du chiffre d'affaires du service achat. Il semble que les anciennes pratiques d'achat public ont fait leur preuve, notamment du point de vue de la sécurité juridique. Il n'est certainement pas souhaitable que les acheteurs prennent des risques pour des marchés de faible importance.

Les acheteurs doivent ainsi dans un premier temps recenser les marchés passés, leur panel de fournisseurs et trouver le chiffre d'affaires correspondant. Cette analyse doit aboutir à classer les marchés selon les segments d'achats présentés précédemment. Cette méthode de rationalisation des achats doit aboutir à une concentration des efforts des acheteurs publics sur les marchés du segment A, puis du segment B.

La méthode ABC permet de rentabiliser le temps de travail des acheteurs. Ces derniers pourront ainsi se consacrer entièrement aux marchés importants afin de les préparer soigneusement et ne se contenteront pas de réaliser de l'approvisionnement.

La méthode ABC est réellement applicable par les personnes publiques. En effet, la procédure adaptée de l'article 28 du code des marchés publics de 2004 offre la possibilité aux acheteurs de choisir, de déterminer la procédure applicable aux marchés inférieurs aux seuils. Ils peuvent ainsi librement choisir de soumettre les offres des candidats à négociation, à la procédure de l'appel d'offres,...

Il est important de rappeler que le choix de la procédure relève du marketing achat. Ainsi, certaines procédures peuvent se révéler inappropriées pour certains marchés favorisant du dumping. Par exemple, la procédure de l'appel d'offres ouvert n'est pas la procédure à retenir pour l'achat de fournitures pharmaceutiques en situation de monopole. En effet, les laboratoires pharmaceutiques ne consentent pas l'effort de prix attendu qu'il est possible d'obtenir par une procédure négociée<sup>80</sup>

---

<sup>80</sup> « Quelle est la procédure de passation des marchés publics la plus efficiente pour l'achat des médicaments à l'hôpital », Techniques Hospitalières, n°684, Mars-Avril 2004, p.73

## **Chapitre 4 : Le bouleversement du processus d'achat actuel**

Une bonne fonction achat doit représenter un ratio effectif de la fonction achat/effectif total de la personne publique du groupe de 1,6. Lorsque les ratios sont inférieurs alors la fonction achat est en surcharge de travail avec des négociations moins performantes <sup>81</sup>.

L'acheteur ayant décidé de mener des négociations doit avoir une totale maîtrise des informations relatives au marché, aux produits, aux fournisseurs,... Bref, lorsque les acheteurs ont recours à des négociations, ils doivent avoir une connaissance parfaite du dossier à traiter. Le service achat doit, alors, mettre en place tout un travail amont à la conduite de négociations : du **Marketing Achat**. Les acheteurs doivent être des « facilitateurs ». Ils doivent, en effet, être capables d'assurer l'identification et la centralisation des besoins, une veille efficace sur le marché, une mise à disposition de nouveaux outils... <sup>82</sup>

L'acheteur doit connaître au mieux les caractéristiques des fournisseurs et des produits. Mais il faut surtout scruter les marchés, entrer en relation avec les fournisseurs potentiels et rester à l'écoute des dernières innovations (encore plus vrai dans le domaine médical) <sup>83</sup>

A l'heure des nouvelles technologies, les acheteurs publics peuvent disposer de nouveaux outils tels que l'**e-purchasing**. Ces nouveaux outils permettent aux acheteurs de travailler en temps réel et à la personne publique de réduire les coûts d'achat. En effet, les acheteurs passant moins de temps à réaliser du marketing achat, le coût d'un acte d'achat sera moins élevé. Les technologies Internet vont non seulement faciliter le travail quotidien de l'acheteur mais aussi réduire les coûts en augmentant la productivité et l'efficacité du service achat : gain de temps, diminution du travail administratif,... <sup>84</sup>

L'e-purchasing a donc un impact sur les coûts d'achat. Le schéma ci-dessous expose sur quels points du processus achat les impacts financiers sont les plus importants.

BIENTOT DISPONIBLE

Figure 3 les effets de l'e-purchasing sur le processus achat <sup>85</sup>

L'e-purchasing va permettre d'optimiser les coûts d'achat, surtout dans la phase

---

<sup>81</sup> Mémoire de fin d'étude ESC Grenoble, Aymeric Both

<sup>82</sup> Les nouvelles facettes de la fonction achat sur [www.acheteursinfo.com](http://www.acheteursinfo.com)

<sup>83</sup> Les nouvelles facettes de la fonction achat sur [www.acheteursinfo.com](http://www.acheteursinfo.com)

<sup>84</sup> K Buy : Dossier n°1 de janvier 2000 relatif aux acteurs de l'e-procurement

<sup>85</sup> K Buy : Dossier n°12 de juin 2001 relatif à L'avenir de l'e-procurement-1<sup>ère</sup> partie

« marketing achat ». Il s'agit, en effet, d'un ensemble de solutions permettant d'accéder à des informations pour faciliter la définition des besoins, le marketing achat et les négociations.

Les outils de l'e-purchasing sont constitués de sites internet permettant d'accéder aux informations rapidement. Il peut s'agir de sites de sourcing, de sites spécialisés « métier ».

Le marketing achat doit prendre la place qui lui revient au sein du processus achat. Ainsi, celui-ci doit aider les acheteurs à améliorer leurs méthodes d'achat par l'utilisation d'outils simples et l'instauration d'un travail nécessaire à une bonne connaissance des dossiers.

Le marketing achat se décompose en plusieurs étapes :

- **La classification des achats** : il s'agit de segmenter les produits en fonction du marché fournisseur afin de faciliter l'étude du marché. Par exemple, il convient de confier à un acheteur les fournitures de bureau et les imprimés, à un autre acheteur les achats d'outillage... Cela permet d'avoir des acheteurs spécialisés dans des branches particulières et donc plus performants.
- **Analyse du marché** : il s'agit d'étudier le marché fournisseurs afin d'identifier les entreprises susceptibles de répondre aux marchés, notamment leur taille, leur structure, leurs caractéristiques, les concurrents...)
- **Visualisation du portefeuille d'achat** : chaque acheteur doit être capable de répertorier les contraintes d'achat des produits de son segment d'achat afin de hiérarchiser les actions à mener pour réaliser un achat efficace.
- **Elaboration du plan d'action en adéquation avec les objectifs** : Le marketing mix « purchasing mix » est utilisé pour déterminer les leviers les plus efficaces sur les 4 variables du mix : prix, produit, distribution et communication. Il s'agit de l'application de la théorie de Kotler.

Le marketing mix est couramment défini comme la recherche de la meilleure combinaison entre les 4 P :

- **Product** (produit ou service)
- **Price** (le prix)
- **Place** (la distribution/vente)
- **Promotion** (la communication, la publicité...)

Le tableau ci-dessous reprend les variables du marketing mix sur lesquelles on peut agir :

**Distribution**  
Définie  
de  
distribution  
**Caractéristiques**  
des  
ventes  
**Relais**  
publiques  
stockage  
Presse  
**Méthode**  
(de  
livraison  
difficilement  
applicable  
aux  
collectivités)  
code  
des  
marchés  
publics)  
**Spécification**  
de  
paiement  
**Outsourcing**  
(externalisation  
de  
vente  
sur  
le  
terrain)  
**Garanties**  
Service  
après  
vente

Au sein du marketing mix apparaît petit à petit les 4C de Robert Lauterborn, sans toutefois contredire les 4 P de Kotler.

**Customer Cost Convenience Communication**  
and  
needs) (to  
satisfy  
those

needs) (to  
buy)

**Plan de communication** : les acheteurs doivent communiquer aussi bien avec les fournisseurs (communication externe) qu'avec les services techniques de la collectivité (communication interne)

Le marketing achat consiste en une recherche de produits dans un contexte marché. Il permet de répondre aux questions internes suivantes :

Nos besoins Quels sont nos objectifs ?

La situation Que fait-on aujourd'hui ?

Que veut-on faire ?

Il permet de répondre également aux questions externes : Quelles sont les ressources du marché actuel et futur ?

Pour résumer, les missions du marketing achat sont les suivantes :

- Repérer les insuffisances de la situation des achats et proposer des actions
- Tenir à jour les catalogues prévisionnels de fournitures
- Vérifier que les produits sont bien placés par rapport aux possibilités du marché, aux prévisions des besoins, à la politique d'achat.
- Etablir des pré-calculs de prix
- Veille technologique par le suivi des produits, découverte des nouvelles technologies et le suivi de la situation financière et l'orientation des fournisseurs.

Le marketing achat est un outil stratégique. Il permet une classification des achats, l'analyse du marché. Il revêt un aspect opérationnel pour aider l'acheteur à déterminer sa politique d'achat.

Le marketing achat constitue un travail de « **recherche en vue de l'acquisition de produits sur le marché fournisseurs, en fonction des besoins actuels et futurs, aux conditions optimales de rentabilité pour l'entreprise** »<sup>86</sup>. Il doit être réalisé en amont et aval de l'acte d'achat de manière à évaluer le fournisseur, les produits, les techniques utilisées,... Il a pour objectif d'optimiser l'adéquation entre les possibilités futures du marché et les besoins futurs de la collectivité.

Le service achat doit, par la précision et la qualité des informations qu'il fournit aux autres fonctions de l'entreprise, être l'interlocuteur privilégié au cours du processus achat. Il pratique ainsi du marketing interne et externe.

Le **marketing achat** revêt donc deux dimensions :

**Dimension interne** : la définition des besoins en fonction des possibilités du marché ;

**Dimension externe** : la recherche des informations sur les marchés fournisseurs, la

---

<sup>86</sup> « Le marketing achat » de Roger Perrotin aux éditions d'Organisation

définition d'une politique d'achat, l'évaluation et la sélection des fournisseurs et enfin la conduite des négociations.

Le marketing achat constitue un processus interne au cycle d'achat. Ce processus peut être représenté de la manière suivante :

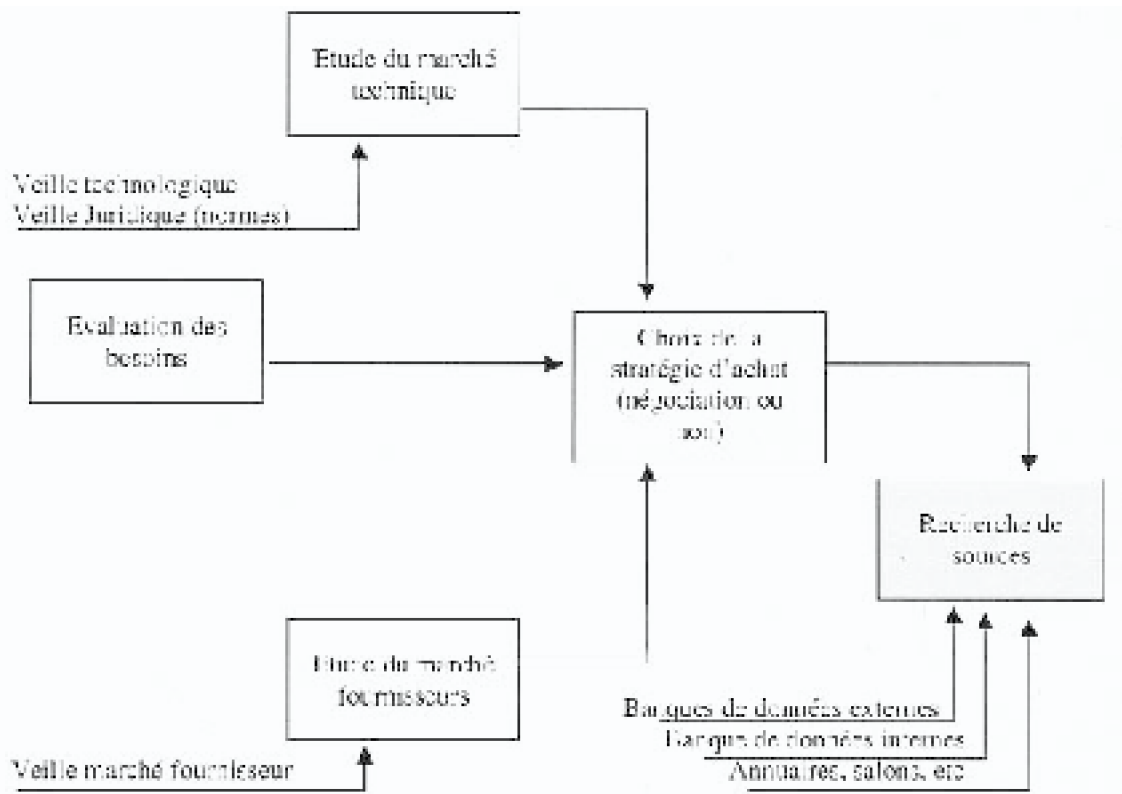


Figure 4 : Processus du marketing achat

La conduite de négociations suppose donc une définition des besoins de la personne publique extrêmement précise. Mener une négociation suppose donc de bien maîtriser les solutions et d'être capable de les comparer au fur et à mesure de son avancement.

Les acheteurs publics doivent avant tout acte d'achat réaliser un travail préparatoire. Les étapes du marketing interne et externe se déroulent en réalité simultanément. Ce travail doit avoir lieu en continu et non uniquement lorsque l'acte d'achat est nécessaire. En effet, ce dernier doit être mûrement réfléchi et être le résultat d'une collaboration entre les services consommateurs et le service achat, responsable de la recherche des évolutions technologiques pour améliorer la qualité des acquisitions et des nouvelles sources pour augmenter la concurrence.

## Section 1-Le marketing interne

### 1-La communication inter-services :

Les personnes publiques doivent développer en leur sein un système de communication efficace afin d'aider et faciliter l'établissement d'une collaboration entre le service achat et

les différents services consommateurs.

Cette communication peut revêtir différentes formes. La première peut être une communication en temps réel entre les services par l'instauration d'un système intranet. Cet outil permettrait aux agents de partager leurs idées, leurs découvertes sur les nouveaux produits,... La communication par messages écrits permet souvent de l'améliorer puisqu'il est plus facile d'exprimer son désaccord ou ses avis par écrits. De plus, ce système présente l'avantage de permettre aux acheteurs de conserver des traces écrites des remarques de leurs collègues. Ces données peuvent être par la suite très utiles lors de la préparation des entretiens de négociations,...

De plus, lorsque le besoin de passer un nouveau marché s'est fait ressentir (apparition d'un nouveau besoin, le marché en cours arrive à son terme,...), alors il est important de créer des groupes institutionnels composés de techniciens ou d'utilisateurs pour que chacun puisse participer de manière active à l'élaboration des besoins. Cette collaboration a pour but d'aider les acheteurs à définir qualitativement le besoin ainsi que les qualités fonctionnelles dont le produit ou la prestation doit faire preuve.

Le recours à ce type de groupe « référent » est particulièrement appréciable dans le monde médical, les acheteurs n'ayant pas, en règle générale, de compétences médicales. Les rencontres de l'acheteur avec le groupe permet, lors de réunions successives, d'élaborer un cahier des charges accepté et adapté au personnel soignant utilisateur du produit recherché. Lors de telles réunions, tous les points du cahier des clauses techniques particulières doivent être abordés et les remarques notées.

Ces réunions permettent aux acheteurs d'élaborer un cahier des charges provisoire. Ils bénéficient, de plus, d'un recueil d'informations importantes dont la maîtrise les aidera à préparer les négociations ainsi qu'à défendre ses exigences face aux soumissionnaires lors de la conduite des négociations.

## 2-Le Benchmarking interne

Le benchmarking interne consiste à comparer les différentes méthodes d'achats entre les services. Celui-ci est une étape importante à mettre en œuvre notamment lorsque le service achat est nouvellement créé.

Les outils de recueil d'informations en la matière sont divers. Les NTIC et notamment Internet et Intranet <sup>87</sup> constituent de formidables outils d'échanges d'informations en temps réel.

Benchmarking peut consister à proposer aux acheteurs de répondre à un questionnaire, à organiser des réunions des agents du service achat afin de faire le point sur les techniques appliquées, leurs avantages et leurs inconvénients. Ce partage d'expérience constitue la base du travail d'analyse des méthodes des acheteurs. Cela doit leur permettre de se remettre en question régulièrement afin de progresser pour acheter plus efficacement.

---

<sup>87</sup> Les nouvelles facettes de la fonction achat sur [www.acheteursinfo.com](http://www.acheteursinfo.com)



### **3-L'établissement du cahier des charges**

Le cahier des charges des marchés publics est composé de deux documents :

- Le cahier des clauses administratives particulières ;
- Le cahier des clauses techniques particulières

La rédaction du cahier des clauses administratives particulières est issue du travail de réflexion de l'acheteur public. Celui-ci doit avant toute chose se demander selon quelle procédure le marché doit être passé. Il calcule ainsi le montant prévisionnel du marché.

L'hypothèse retenue est que le montant prévisionnel du marché à passer est inférieur aux seuils de l'appel d'offres. Celui-ci doit donc être passé selon une procédure adaptée. L'acheteur doit alors choisir si le recours à la négociation s'avère judicieux ou non. Si le marché en cause relève du segment C, selon la méthode ABC, alors la négociation ne devrait pas être organisée.

L'acheteur ayant opté pour un recours à la négociation doit prévoir les conditions à remplir pour que le candidat soit admis à négocier. Il doit également définir dans ce cahier des clauses administratives particulières le déroulement de la procédure :

- Le mode de négociation retenu : entretien, écrit, mail, téléphone, enchères inversées...
- Le nombre de phases de négociation ;
- Le nombre de candidats admis à négocier (3 minimum selon l'article 66 du code des marchés publics) et les critères de sélection des candidatures et des offres ;
- La durée prévisionnelle d'une phase de négociation...

Le cahier des clauses techniques particulières définit les prescriptions auxquelles doit répondre le produit ou la prestation dont la personne publique a besoin. Son élaboration doit être établie avec la collaboration d'un groupe référent pour les produits présentant des difficultés particulières ou dont l'acquisition nécessite des connaissances techniques approfondies. L'importance d'une bonne définition des besoins est à souligner. En effet, les offres des candidats seront analysées au regard des prescriptions du cahier des clauses techniques particulières.

Les acheteurs doivent également procéder du marketing achat de manière continue.

## **Section 2-Le marketing externe**

---

### **1-La veille du marché :**

La veille achat consiste à analyser les tendances du marché produits et des fournisseurs. Une somme parfois considérable d'informations à organiser pour une utilisation optimale. Le système de veille permet de collecter, diffuser et exploiter les informations nécessaires au développement de la collectivité. Internet offre des solutions performantes en matière

de veille technologique et concurrentielle (moteur de recherche de marques, de produits ou mots-clé, bibliothèques, etc...). Ces outils permettent d'obtenir rapidement et en temps réel un flux important d'informations<sup>88</sup>

La veille achat se décompose en trois branches :

- La **veille amont** : il s'agit pour l'acheteur d'étudier le contexte dans lequel le marché doit être passé
- La **veille aval** : c'est la phase du retour d'expérience. L'acheteur analyse les marchés passés afin de pouvoir apporter les corrections nécessaires lors de la passation des marchés futurs.
- La **veille juridique** : l'acheteur doit se tenir au courant des évolutions réglementaires, législatives, jurisprudentielles quant aux règles applicables à la passation des marchés publics, mais aussi à la création de nouvelles normes affectant son portefeuille-achat.

### **A-La veille amont :**

Il s'agit de pré-consulter les fournisseurs afin de rédiger le cahier des charges, d'identifier les éléments pouvant augmenter les coûts ou réduire la concurrence... Elle doit permettre aux acheteurs de connaître le nombre et la taille des fournisseurs potentiels, le taux de croissance du marché...

La veille amont se situe avant tout acte d'achat. Elle se décompose en plusieurs techniques :

#### **L'e-purchasing :**

Il existe à la disposition des acheteurs de nouveaux outils tels que les sites spécialisés « métier ». Ils permettent de donner des informations générales sur un secteur. Les acheteurs peuvent ainsi obtenir rapidement des informations sur :

- les acteurs ;
- l'actualité ;
- les produits nouveaux..

L'e-purchasing constitue, ainsi, un bon outil de préparation des négociations pour lesquelles une bonne connaissance du marché et des produits est indispensable.

Les acheteurs disposent ainsi d'outils de veille et de recherche d'informations de plusieurs ordres :

- Les outils de recherche avancée (copernic, webferret, webcompass,...) sont très utiles pour les recherches via Internet ;
- Les outils de veille (near site, point cast...) <sup>89</sup>

---

<sup>88</sup> **Rencontre avec des fournisseurs éventuels**  
Les nouvelles facettes de la fonction achat sur [www.acheteursmib.com](http://www.acheteursmib.com)

<sup>89</sup> K Buy : Dossier n°12 de juin 2001 relatif à L'avenir de l'e-procurement-1<sup>ère</sup> partie

Il est important pour les acheteurs de recevoir les fournisseurs qui le souhaitent afin qu'ils leur présentent les nouvelles gammes de produits... Ces rencontres revêtent une grande importance car elles permettent de créer des liens avec les fournisseurs. Les acheteurs peuvent ainsi apprendre à connaître les personnes avec lesquelles ils seront amenés à négocier lors de marchés à venir.

Il convient de bien les accueillir et de leur montrer courtoisie et considération (les recevoir à l'heure, leur sourire...). Ces rencontres permettent de créer un climat de confiance nécessaire au bon déroulement d'une négociation et de cerner la personnalité du vendeur. Ce travail facilite la préparation et la conduite des négociations, car l'acheteur aura du mal à anticiper les arguments et attitudes des adversaires qu'il n'a jamais rencontrés. Il est ainsi plus délicat et difficile de mener à bien des négociations avec des inconnus.

### **Participation à des salons spécialisés :**

Les acheteurs doivent se rendre aux salons professionnels correspondant à leur portefeuille-achat. Il promeut ainsi sa collectivité. Cette initiative peut encourager certains fournisseurs à répondre aux appels publics à la concurrence.

Encourager les entreprises à être candidates aux marchés publics permet de développer la concurrence et ainsi de bénéficier de nouvelles offres. Il est alors plus aisé de trouver des produits ou prestations au « juste prix ».

Les salons professionnels sont riches d'informations pour les acheteurs. Ils créent les rencontres avec des fournisseurs potentiels. Ils peuvent ainsi obtenir des informations sur les entreprises, sur l'état du marché, les innovations,... Cela permet à l'acheteur dans un laps de temps réduit de se rendre compte de l'étendue du marché, de rencontrer des fournisseurs potentiels, de donner des idées pour les rédactions des cahiers des charges...

Il est important pour les acheteurs de récupérer des plaquettes de présentations ou des catalogues produits. Ces documents seront alors très utiles pour la préparation des négociations et notamment pour le calcul des prix d'objectifs.

### **Tableau de bord fournisseurs :**

Il est conseillé aux acheteurs de tenir des tableaux de bord sur les fournisseurs. Ces documents doivent permettre de recenser rapidement les informations recueillies sur les fournisseurs potentiels.

Ils doivent lister de manière exhaustive les fournisseurs recensés. Les données à regrouper sur un fournisseur peuvent être :

- Le nom et coordonnées de l'entreprise
- Le nom et fonction du contact de l'acheteur
- Le chiffre d'affaires de l'entreprise
- Les produits proposés
- Les dates de rencontres
- Les marchés auxquels cette entreprise à soumissionner

- Les marchés qu'elle a obtenus (montant, dates, durée...)
- Les acheteurs doivent tenir à jour ces tableaux afin de gagner du temps lors des préparations de négociations. Si les indicateurs ont été bien identifiés, alors la phase de préparation sera simplifiée et ne comportera plus de recherches d'informations sur le candidat sélectionné.

### **Lecture de magazines spécialisés :**

Les acheteurs publics doivent impérativement se garder du temps à consacrer à la lecture de journaux spécialisés. Ce travail leur permet d'acquérir du vocabulaire spécifique aux produits ou prestations dont ils ont la charge. Ainsi, lors de la conduite des négociations, ils auront une plus grande maîtrise des produits et auront plus de présence face aux commerciaux.

La lecture de magazines spécialisés permet de s'informer sur l'évolution du marché, les innovations technologiques ainsi que sur les caractéristiques des produits, les normes à respecter, etc...

Tous ces éléments seront ensuite utilisés pour la constitution du cahier des charges. A l'appui de ces lectures, les acheteurs détermineront plus facilement les enjeux des marchés (évolution des prix, des produits...)

### **B-La veille aval :**

Lors de cette étape, les acheteurs doivent analyser les retours d'expérience. Ils recherchent ainsi les dysfonctionnements ayant affectés l'acte d'achat précédent. Les problèmes peuvent être nés d'une mauvaise définition des besoins, d'une évaluation du marché pas assez approfondie,... les acheteurs doivent tirer les enseignements des négociations précédentes afin de s'améliorer pour effectuer un achat encore plus efficace.

Pour les aider dans cette démarche d'analyse, ils doivent établir un tableau de bord. Ce tableau doit lister les difficultés rencontrées, les faiblesses à corriger,...

### **C-La veille juridique :**

Le monde des marchés publics est en perpétuelle évolution. Il y a eu notamment deux codes des marchés publics en 3 ans. Il est alors particulièrement important de suivre l'apparition de nouvelles règles juridiques.

Par ailleurs, les acheteurs ne peuvent se permettre de ne pas suivre les évolutions jurisprudentielles. En effet, les contours des négociations ne sont pas encore délimités. Il leur faut ainsi guetter les apports ou précisions jurisprudentielles afin de limiter le risque juridique lié à la conduite de négociations. Ce suivi devrait leur permettre de connaître l'étendue des libertés d'actions dont ils disposent. En effet, tant que le contenu et les limites ne seront pas fixées, le risque juridique sera omniprésent.

De plus, la veille juridique consiste à rechercher les modifications ou la création de nouvelles normes applicables aux produits ou prestations auxquelles les acheteurs pourront se référer dans le cahier des charges.

## **2-Le benchmarking externe**

Le benchmarking est une technique permettant de comparer les prix du marché, les produits, les techniques d'achat... Les acheteurs peuvent entrer en relation avec d'autres acheteurs d'une collectivité voisine. Ils pourront ainsi échanger leurs méthodes de travail.

Ce travail permet aux acheteurs de vérifier leur efficacité tant au niveau de la définition des besoins que dans la conduite des négociations. Compte-tenu du risque juridique auquel sont exposés les acheteurs publics lors de la conduite de négociations, il est important de savoir comment les acheteurs d'autres collectivités mènent leurs négociations et quelles sont les précautions qu'ils mettent en œuvre.

Les outils de ce benchmarking sont les mêmes que ceux utilisables pour le benchmarking interne.

### 3-Le sourcing

Le sourcing est une technique de recensement de sources, de fournisseurs pour un produit (service, fourniture, travaux) donné. Il s'agit de prospecter le marché national ou international afin de trouver des fournisseurs susceptibles d'être consultés.

Le travail de sourcing est basé sur les annuaires professionnels, des recherches auprès de chambres de commerce, chambres des métiers, d'associations...

Les acheteurs peuvent également utiliser des moniteurs de recherche sur Internet ou des sites de e-sourcing (outil de l'e-purchasing). Les sites de sourcing peuvent aider les acheteurs publics à gagner du temps. Ils aident les acheteurs à trouver des entreprises pouvant répondre aux besoins de la personne publique. Ils proposent des adresses de fournisseurs répertoriés par secteurs ou familles de produits. Leur objectif est de qualifier ces fournisseurs pour faciliter leur sélection. Ils présentent donc un intérêt indéniable par rapport aux annuaires d'entreprises classiques. Ces sites privilégient les fournisseurs disposant d'une connexion internet.<sup>90</sup> Il ne faut donc pas limiter le travail e sourcing aux recherches par ces sites. Dans le cas contraire, l'acheteur risque de passer à côté de fournisseurs performants.

Les sites de sourcing proposent des bases de données de fournisseurs répertoriés par secteur ou par familles de produits. La recherche s'effectue par des moteurs de recherche sélectifs. L'acheteur obtient ainsi une sélection affinée de fournisseurs potentiels avec leurs coordonnées complètes.<sup>91</sup> L'acheteur a accès à une base de données en ligne et par une enquête, il obtient une liste de fournisseurs sélectionnés selon des critères préétablis.

Les sites de e-sourcing sont généralement spécialisés par secteurs d'activité. Ainsi :

- Le portail enviro2b.com donne accès à un service de sourcing dans plusieurs domaines :les déchets et le recyclage, l'eau et l'assainissement, les énergies propres et renouvelables,

---

<sup>90</sup> K Buy : Dossier n°1 de janvier 2000 relatif aux acteurs de l'e-procurement

<sup>91</sup> Les nouvelles facettes de la fonction achat sur [www.acheteursinfo.com](http://www.acheteursinfo.com)

- [Marketo.com](#) et [Mondus.com](#) sont des sites généralistes de sourcing pour les achats généraux<sup>92</sup>
- [Net-trans](#) est spécialisé dans le transport.

Ainsi, les étapes du marketing achat accaparent énormément les acheteurs et entraînent une modification du processus classique de l'achat public. La conduite de négociation au sein du processus achat conduit également à une perte de temps assez importante pour les acheteurs publics. En effet, les principes fondamentaux de la commande publique définis à l'article 1 du code des marchés publics tels que l'égalité de traitement des candidats, l'égal accès à la commande publique et la transparence des procédures obligent les acheteurs publics à prendre des précautions importantes.

Le recours à la négociation doit être clairement stipulé dans le règlement de la consultation. L'acheteur doit, ainsi, réfléchir sur l'intérêt du recours à la négociation pour le marché à passer et établir les règles de la conduite des négociations.

Si les acheteurs décident de ne pas conduire de négociations avec tous les candidats, ils devront alors établir dans le cahier des charges et dans le règlement de la consultation les critères de sélection des candidatures et des offres afin que le principe d'égalité de traitement des candidats soit respecté.

Les acheteurs doivent, après sélection des candidats, les inviter à participer aux négociations. Ils doivent alors rédiger des lettres d'invitation à la négociation et adresser aux candidats non-retenus des lettres les prévenant de cet état de fait. Le recours à des documents écrits est primordial pour assurer la traçabilité et la transparence des procédures. Toutefois, il convient de souligner que les marchés publics gardent encore un aspect administratif lourd, source de consommation de temps.

Lors de la conduite des négociations, les acheteurs doivent établir des procès verbaux de négociation. Ils doivent ensuite rédiger des compte-rendus des négociations et des rapports de présentation destinés à la Commission d'appel d'offres. Ces nouvelles pièces de dossier que doivent créer les acheteurs sont autant de tâches administratives auxquelles ils sont contraints pour respecter le principe de transparence des procédures.

L'établissement de négociations au sein du processus achat conduit à mettre en place une logistique nouvelle pour les acheteurs. Ils doivent ainsi prendre des rendez-vous avec les fournisseurs pour négocier, réserver les salles afin de les accueillir,... Autant de petites tâches qui cumulées prennent beaucoup de temps aux acheteurs, sans compter le temps nécessaire à la conduite des entretiens.

Par conséquent, compte-tenu du temps nécessaire pour mener à bien des négociations, il n'est pas préférable de négocier avec tous les candidats. Dans le cas contraire, les achats seront négligés par faute de temps et le coût de passation des marchés augmentera de manière inconsidérée. Il est ainsi important de sélectionner les marchés nécessitant la conduite de négociation (segment A et B), mais également de sélectionner les meilleures offres afin de limiter le recours à cette procédure.

---

<sup>92</sup> K Buy : Dossier n°12 de juin 2001 relatif à L'avenir de l'e-procurement-1<sup>ère</sup> partie

## **Chapitre 5. Toutes les offres doivent-elles être l'objet de négociation ?**

Il ne semble pas utile de négocier toutes les offres proposées à la personne publique par les candidats. Il est plus judicieux de négocier avec ceux ayant présenté les offres les mieux classées suite à leur analyse au regard des critères de sélection préétablis dans le règlement de la consultation et dans le cahier des charges.

Les critères de sélection annoncés dès le stade du lancement de la mise en concurrence ont pour objectif de définir et de traduire les attentes qualitatives et économiques de l'acheteur par rapport au besoin à satisfaire.

L'article 53 du code des marchés publics dispose que **« pour attribuer le marché au candidat qui a présenté l'offre économiquement la plus avantageuse, la personne publique se fonde sur divers critères variables selon l'objet du marché, notamment le coût d'utilisation, la valeur technique de l'offre, son caractère innovant, ses performances en matière de protection de l'environnement, le délai d'exécution, les qualités esthétiques et fonctionnelles, le service après-vente et l'assistance technique, la date et le délai de livraison, le prix des prestations. D'autres critères peuvent être pris en compte, s'ils ont justifiés par l'objet du marché. Les critères sont définis dans l'avis d'appel public à la concurrence ou dans le règlement de la consultation. (...) Ces critères sont pondérés ou à défaut hiérarchisés »**.

Ainsi, les acheteurs doivent établir avant toute consultation des critères objectifs de sélection des candidats et les pondérer de manière à assurer l'égalité de traitement des candidats et la transparence des procédures.

Les acheteurs peuvent demander diverses informations aux candidats afin de sélectionner les meilleures offres :

- certificats de conformité aux normes ;
- certificats de visite de locaux ;
- fiches techniques du produit ;
- structure ou décomposition du prix ;
- estimation de la consommation des produits (eau, énergie...) ;
- estimation de la durée de vie du produit,... ;
- fourniture d'échantillons ;
- réalisation de tests...

Il est important de demander aux candidats de fournir une décomposition de leur prix. Ce document pourra servir de base à la préparation de la négociation. En effet, l'acheteur pourra s'appuyer dessus pour essayer de faire baisser les prix.

Pour ce qui concerne le statut juridique des informations fournies, notamment la décomposition d'un prix forfaitaire, il est important de souligner qu'elles n'ont une valeur contractuelle que si le dossier de consultation (cahier des charges et Règlement de la consultation) le prévoit expressément.<sup>93</sup>

Les critères utilisables sont entre autres:

- le prix,
- le coût d'utilisation,
- la valeur technique,
- le délai d'exécution,
- les qualités esthétiques et fonctionnelles (ergonomie, confort, sécurité,...)
- la rentabilité,
- le service après-vente,
- l'assistance technique,
- la date et le délai de livraison.

Les acheteurs par la formulation de critères qualitatifs précisent leurs attentes techniques pour le produit ou la prestation, objet du marché. Ils sont libres de fixer les critères de sélection. La seule limite consiste en ce que les critères de choix soient en rapport direct avec l'objet du marché.

Il convient de noter de l'importance du critère du coût global. En effet, l'offre la moins-disante peut s'avérer être plus chère à l'utilisation qu'une autre offre dont le prix d'acquisition était supérieur.

Le coût d'utilisation ou coût global est un paramètre fondamental à prendre en compte, qui consiste au-delà du prix d'acquisition à évaluer l'impact économique global de la prestation pour toute sa durée de vie

Le coût global correspond à la somme des coûts induits tels que :

- Le coût d'acquisition
- Le coût de possession
- Le coût des litiges
- Le coût d'utilisation<sup>94</sup>

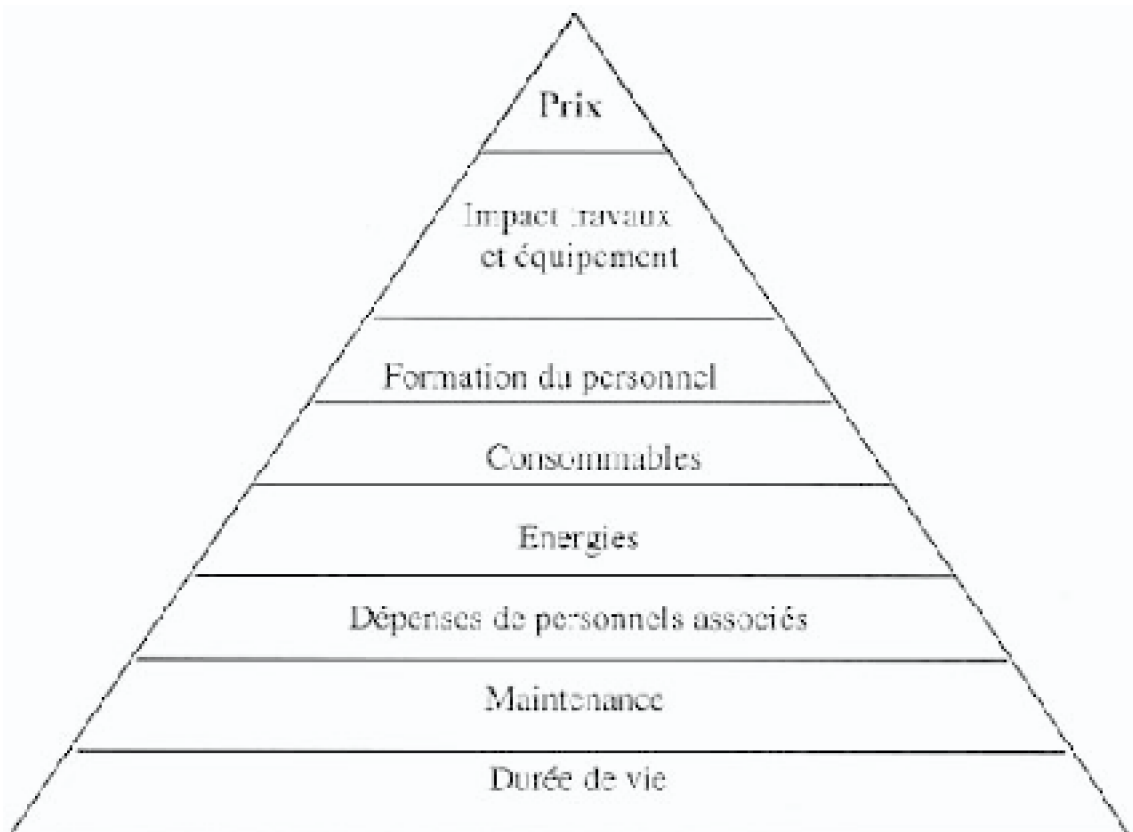
Souvent le coût d'utilisation est de beaucoup supérieur au coût initial d'acquisition, le prix. Ainsi l'acheteur, lors de l'analyse des offres doit prendre en compte les économies susceptibles d'être générées par chaque offre...(Cf :schéma sur iceberg des coûts)

---

<sup>93</sup> Guide pratique du nouveau code des marchés publics, Editions d'organisation

<sup>94</sup> Cours d'Alain Sondaz





*Figure 5 : l'identification de l'iceberg des coûts*

La partie visible de « l'iceberg » des coûts est celle rédigée en bleu. Elle correspond à ce que l'acheteur perçoit lorsqu'il ne demande que le prix d'acquisition aux candidats. Il est important, semble-t-il, d'ajouter au prix d'acquisition tous ces coûts induits.

Les acheteurs doivent sélectionner les offres remises par les candidats pour ne garder que les offres les mieux classées. Le but de la manœuvre est de gagner du temps et de ne pas faire déplacer des personnes dont on sait pertinemment que leur offre ne pourra pas être retenue.

Les acheteurs ne sont pas totalement libres dans le choix du nombre de candidats admis à négocier. En effet, l'article 66 alinéa 3 du code des marchés publics dispose que : **« le nombre de candidats admis à négocier ne peut être inférieur à trois, sauf si le nombre des candidats n'est pas suffisant »**. Cette obligation est reprise par l'article 74 du code des marchés publics.

Toutefois, lorsque le nombre d'offres susceptibles de répondre aux besoins de la personne publique est inférieur à trois, alors les acheteurs peuvent négocier avec le ou les candidats admis. Il leur faudra, tout de même, en cas de recours contre le marché démontrer que la publicité a permis une mise en concurrence suffisante par rapport à l'objet du marché.

Il me semble préférable d'engager les négociations avec 3 ou 4 candidats seulement. Leur nombre doit, bien évidemment être établi dans le règlement de la consultation et/ou dans le cahier des charges.



## **Troisième partie : La négociation : un procédé inadapté aux contraintes des marchés publics ?**

La logique de la négociation dans le privé n'est pas la même que pour les achats publics. Les acheteurs privés bénéficient d'une liberté de négociation totale, alors que les acheteurs publics doivent faire face à de nombreuses contraintes.

La négociation fait partie intégrante de la culture de la sphère privée. Chaque élément du contrat peut être discuté, soumis à négociation. Le code des marchés publics de 2004 tente d'ouvrir les portes de la culture publique à la négociation. La négociation est une question de culture : quand les élus sont des chefs d'entreprise, ils discutent naturellement les prix.<sup>95</sup> Pourtant peut-on considérer la négociation des achats publics équivalente à celle menée pour les achats privés ?

### **Chapitre 1- La négociation publique, une pâle réplique de la négociation privée**

---

<sup>95</sup> Achatpublic.com, Brève Invité du Jeudi, 15 juillet 2004

Les acheteurs privés ne sont contraints de respecter aucun principe fondamental. Elle est attachée aux concepts de bonne foi et de loyauté. Les acheteurs privés doivent ainsi mener leurs négociations en toute bonne foi et de manière loyale. Par contre, ils peuvent mener de front plusieurs négociations sans respecter une égalité stricte entre les fournisseurs.

La négociation publique est, quant à elle, soumise à de nombreux principes. L'article 1 du code des marchés publics impose, en effet, aux acheteurs publics de respecter les **« principes de liberté d'accès à la commande publique, d'égalité de traitement des candidats et de transparence des procédures »**.

La différence entre les obligations des acheteurs publics et celles des acheteurs privés trouve sa source dans le fait que les acheteurs publics manipulent les deniers publics. Il convient alors de prendre toutes les précautions nécessaires afin que cet emploi ne soit pas détourné. Le code des marchés publics encadre ainsi le travail des acheteurs publics afin de limiter les actes de corruption ayant affecté de nombreux marchés publics.

Les acheteurs privés n'engagent que les biens de leur entreprise et non celui de tous les citoyens. Il est alors normal qu'ils bénéficient d'un régime de grande liberté. Les contrats privés bénéficient de la liberté contractuelle. Chacun est libre de faire comme bon lui semble. Il a ainsi été jugé comme usage normal de la « liberté d'entreprendre » le fait de mettre fin aux négociations engagées en vue de conclure le contrat avec un tiers<sup>96</sup>.

La liberté d'entreprendre a tout de même des limites. Il s'agit de la rupture abusive des pourparlers. Il y a rupture abusive des pourparlers lorsque les parties peuvent apporter la preuve qu'il y ait eu intention de nuire (Cass, 20 mars 1972, Société des établissements Vilibert-Lourmat contre Société des établissements Gerteis).

Lorsque les acheteurs privés se rendent coupables d'une rupture abusive des pourparlers, alors ils peuvent être condamnés sur le fondement de l'article 1382 du code civil. Leur responsabilité délictuelle peut alors être engagée et les acheteurs condamnés à payer des dommages et intérêts à la personne lésée.

Les acheteurs publics voient leur responsabilité pénale engagée en cas de non-respect des dispositions du code des marchés publics et notamment des principes fondamentaux de la commande publique. Le risque juridique est alors plus important pour les acheteurs publics.

De plus, la liberté contractuelle régit les contrats de droit privé. Chacun est libre de fixer leur contenu, les clauses contractuelles, les règles de passation,... Il est ainsi possible pour les acheteurs privés de modifier le cahier des charges lors des négociations. Ils ont la liberté de ne pas en avvertir les autres fournisseurs. Au contraire, les acheteurs publics ne peuvent pas faire évoluer les clauses du cahier des charges. Seules des modifications non substantielles sont admises. En effet, les acheteurs ne peuvent pas bouleverser l'économie générale du contrat.<sup>97</sup>

---

<sup>96</sup> Cass, Civ, 2<sup>ème</sup>, 5 janvier 1994, n° 92-13.856, Lamyline

<sup>97</sup> CE, 15 janvier 1986, Société l'habitat moderne, req n°37321

Par ailleurs, il est possible pour les acheteurs privés de négocier ensemble aux marchés distincts avec le même fournisseur afin de faire diminuer le prix en bénéficiant de l'effet volume ou de l'augmentation de son « chiffre d'affaires client » chez le fournisseur. En droit public, ces méthodes sont inapplicables compte-tenu du principe d'égalité de traitement et de libre concurrence. Les lots d'un même marché sont indépendants les uns des autres. Il est interdit d'obtenir une remise intéressante sur un des lots à condition d'attribuer les deux lots à une même entreprise, même si le titulaire de deux lots peut signer un acte d'engagement pour l'ensemble des lots.

La négociation dans la sphère publique est, en fait beaucoup plus encadrée que dans le privé. Toutefois, les acheteurs publics peuvent s'inspirer des techniques utilisées par leurs confrères privés.

## **Chapitre 2 - La négociation publique : une adaptation des techniques privées**

La négociation doit permettre aux acheteurs d'acquérir des produits ou prestations au meilleur rapport qualité-prix-délai en tenant compte des meilleures conditions de service et de sécurité d'approvisionnement<sup>98</sup>.

Négocier consiste à trouver un terrain d'entente afin que chacun puisse trouver un profit légitime. Négocier peut être défini comme l'art du compromis. Les objectifs de la négociation sont de plusieurs ordres. Elle doit permettre à l'acheteur :

- d'identifier les ententes qui sont encore assez courantes bien que prohibées par l'ordonnance de 1986 ;
- d'optimiser la transaction finale en améliorant la qualité du produit
- de faire diminuer le prix des offres afin d'acquérir au « juste prix » les produits.

Négocier ne relève donc pas du « marchandage de tapis » qui consiste uniquement à discuter du prix et où la qualité des produits n'est pas prise en compte étant donné que l'acheteur ne base son discours sur aucun argumentaire construit.

A l'inverse, la négociation est un dialogue entre deux personnes ayant l'intention de conclure un accord, chacun essayant d'amener son interlocuteur à penser comme lui, soit en totalité, par des arguments irréfutables, soit en partie, par l'établissement d'un compromis.

Il existe plusieurs guides de négociation. Une des plus célèbres est celle des « 3 C » de Lionel BELLENGER. Selon cette méthode, l'acheteur doit procéder en trois étapes successives pour mener à bien ses négociations :

- **Connaître celui qu'on a en face de soi** : il est important pour l'acheteur d'être en

---

<sup>98</sup> Les achats, Outils de Management, Philippe Clouët, p.15, Les éditions d'organisation, 264 pages

mesure d'identifier les atouts, les points forts, le niveau de délégation, la capacité à négocier mais surtout la position psychologique sur l'objet de la négociation de son interlocuteur.

Pour ce faire, l'acheteur dispose de divers outils :

- La communication en interne ;
- Savoir écouter le vendeur ;
- Les rencontres préalables ;
- Les tableaux de bord fournisseurs.

Il lui faut connaître l'entreprise candidate (ses produits, sa position sur le marché, sa santé financière, sa capacité à innover, ses principaux clients...) et également les caractéristiques techniques de l'objet du marché.

- **C onvaincre** : L'objectivité revêt une grande importance dans cette étape. L'emphase, l'exagération des propos ridiculisent et tuent la crédibilité de l'acheteur. Faire référence à des faits marquants, employer des chiffres, des dates ainsi que rapporter des observations quantifiées permettent à l'interlocuteur d'avoir une meilleure connaissance des besoins.
- **C onclure** : Il faut savoir conclure. Toutefois, l'intérêt de cette dernière étape ne revêt la même importance que pour les achats privés. En effet, le fournisseur garde le dernier mot, puisqu'il devra confirmer son offre par l'envoi d'un nouvel acte d'engagement.

Je vous propose de suivre une adaptation de la technique des « 3C » intitulée **la « règle des 4 con »**<sup>99</sup> :

- **Connaître** : phase de préparation.

Elle nécessite une bonne connaissance du besoin, des fournisseurs, du marché. Les acheteurs doivent évaluer le rapport de force qui va s'instaurer, définir leur marge de manœuvre et identifier les points négociables. (section 1)

- **Contact** : phase d'accueil des interlocuteurs

Elle est très importante car elle doit permettre d'établir une confiance mutuelle (section 2)

- **Convaincre** : phase de négociation

Les acheteurs publics vont appliquer les techniques éprouvées par la sphère privée (section 3)

- **Conclure** :

---

<sup>99</sup> Méthode préconisée par l'enseignement de Sup de Co Montpellier

C'est le problème le plus délicat en droit public car les candidats doivent remettre un nouvel acte d'engagement, évalué au regard des critères de sélections. Cette conclusion ne peut intervenir qu'une fois l'objectif de la négociation atteint. Chaque objectif a sa propre conclusion si l'acheteur décompose la négociation en plusieurs étapes. Il conviendra de la conclure en demandant au commercial son accord sur les différents points abordés. (section 4)

## Section 1- Connaître le dossier : la phase de préparation

---

La phase de préparation ne doit en aucun cas être négligée par les acheteurs. En effet, elle constitue la base de la négociation. Ainsi, une négociation mal préparée voue celle-ci à un résultat déséquilibré ou la conduit à la rupture.

Les conséquences d'une préparation médiocre sont importantes :

- Les objectifs ne sont pas atteints ;
- Les résultats obtenus ne sont pas meilleurs que ceux dégagés par une consultation classique alors que le coût interne de l'achat est plus important pour la personne publique compte-tenu de l'investissement de l'acheteur ;
- Un retour néfaste et négatif chez le client. Dans ce cas, le fournisseur risque d'être perdu ou les négociations futures encore plus difficiles à mener.

La conduite des négociations dans la sphère publique est risquée. Si elles sont mal menées ou mal préparées, les résultats obtenus peuvent être identiques à ceux de la procédure de droit commun, à savoir l'appel d'offres. En effet, les entreprises prendront une marge bénéficiaire plus importante en anticipant la négociation et n'iront plus au bout de leur meilleure offre, sachant qu'elles auront la possibilité de revoir leur prix à la baisse.

L'acheteur mal préparé risque de ne pas obtenir une offre aussi performante que lors d'un appel d'offres ou d'obtenir une offre identique à celle obtenue classiquement par appel d'offres.

Les acheteurs publics devront être particulièrement performants lors de la conduite des premières négociations afin d'obtenir le point butoir des soumissionnaires. Il leur est alors important de bien se préparer à leurs conduites

Préparer une négociation consiste à éviter d'improviser et permet de contrôler le cours de la négociation<sup>100</sup>.

La préparation d'une négociation en marchés publics doit se décomposer en deux phases successives :

Avant le lancement de la consultation : les acheteurs doivent s'interroger sur la nécessité de recourir à la négociation et identifier les points intangibles du cahier des charges

Après la réception des offres : les acheteurs doivent sélectionner les candidats admis

---

<sup>100</sup> Bellenger Lionel, cassette vidéo

à négocier et établir un solide argumentaire de négociation.

### Sous-section 1-La préparation amont de la négociation

Cette phase de préparation intervient avant le lancement de la procédure de passation du marché. Les acheteurs doivent avant de rédiger les pièces du dossier de consultation analyser le marché afin de savoir si le recours à la négociation pour sa passation est judicieux.

Une fois le choix de recourir à la négociation est fait, les acheteurs publics doivent déterminer les modalités des pourparlers. Celles-ci doivent être clairement explicitées dans le règlement de la consultation et le cahier des clauses administratives particulières. Ces documents doivent ainsi prévoir si les négociations seront menées par :

- Entretien
- Téléphone
- Ecrit
- Mail
- Fax
- Enchères inversées

Le règlement de la consultation et le cahier des clauses administratives particulières doivent également prévoir des modes de conduites de négociation dérogatoire. En effet, pour les marchés de faible montant, les négociations peuvent très bien être conduites par entretien pour les entreprises implantées dans la région ou disposant d'un représentant dans la région. Par contre, pour ceux dont les frais de déplacement apparaissent disproportionnés au montant du marché, le règlement de la consultation et le cahier des clauses administratives particulières peuvent prévoir que la négociation sera conduite par téléphone.

Par ailleurs, les acheteurs doivent déterminer les critères de sélections des offres. Pour ce faire, ils disposent d'une liberté assez importante. La seule limite consiste en ce que les critères fixés par les acheteurs doivent être en rapport avec l'objet du marché.

Le fait de sélectionner les candidats admis à négocier sur la base du classement de leur offre au regard des critères préétablis permet de réduire la charge de travail des acheteurs. De plus, ce peut être un moyen de limiter les ententes ou les marges de manœuvre que vont se laisser les candidats sur le prix et la qualité. En effet, les entreprises soumissionnaires vont anticiper la négociation dont le but est généralement de faire baisser le montant des offres. Elles vont alors soumettre à la personne publique des offres d'un montant plus élevé de manière à consentir une diminution de prix lors de la négociation. Or, si les acheteurs ne négocient qu'avec les quatre premières offres du classement établi au regard des critères de sélection, alors les entreprises devront pour rester dans la course proposer une offre plus sincère.

Les acheteurs ont ainsi la liberté de restreindre le nombre de candidats admis à négocier. Ainsi, l'article 44.3 de la Directive dispose que « **les pouvoirs adjudicateurs**



*peuvent restreindre le nombre de candidats appropriés qu'ils inviteront à négocier (...) à condition qu'un nombre suffisant de candidats appropriés soit disponible. Les pouvoirs adjudicateurs indiquent dans l'avis de marché les critères ou règles objectifs et non-discriminatoires qu'ils prévoient d'utiliser, le nombre minimal de candidats qu'ils prévoient d'inviter et, le cas échéant, le nombre maximal. (...) Lorsque le nombre de candidats satisfaisant aux critères de sélection et aux niveaux minimaux est inférieur au nombre minimal, le pouvoir adjudicateur peut continuer la procédure en invitant le ou les candidats ayant les capacités requises ».*

Il semble que leur liberté est encore une fois encadrée. Le code impose une consultation de trois candidats au minimum pour les procédures négociées. En effet, l'article 66 alinéa 3 du code des marchés publics dispose que : « **le nombre de candidats admis à négocier ne peut être inférieur à trois, sauf si le nombre des candidats n'est pas suffisant** ». Les acheteurs ne peuvent sélectionner moins de trois entreprises.

Toutefois, ils ont la possibilité de mener des négociations avec un ou deux candidats si le nombre d'offres présenté n'est pas suffisant. Il a ainsi été admis que l'acheteur puisse négocier avec une seule entreprise (TA Saint Denis de la réunion, 18 octobre 2000, Préfet Réunion c/ département Réunion, Claude Forge, Société OTH Développement, n°0000265). Par contre, sous l'empire du code des marchés publics, ceci ne sera possible que si la publicité adaptée a permis une mise en concurrence réelle efficace.

De plus, il convient de conseiller aux acheteurs de regarder si deux entreprises appartenant au même groupe sont autonomes commercialement afin de vérifier si leurs offres ne font pas l'objet d'une entente. Une telle indication permettra aux acheteurs d'aborder différemment la conduite des négociations.

Il convient également d'établir le cahier des charges sur la base duquel les négociations vont être conduites. Les acheteurs doivent se laisser une marge de manœuvre pour la négociation. Pour ce faire, la conduite de négociations nécessite que le cahier des charges soit rédigé de manière ouverte<sup>101</sup>. Les acheteurs doivent ainsi identifier avant toute rédaction les points intangibles de ces documents et ce pouvant être négociés. Ce travail d'identification des aspects techniques non négociables doit être réalisé lors des réunions avec les groupes référents, l'acheteur étant le seul maître pour les clauses administratives.

Ce travail est primordial. En effet, si le cahier des charges est rédigé de manière fermé, imposant de manière stricte des prescriptions techniques ou administratives, alors les acheteurs ne pourront mener leurs négociations que sur le prix sans pouvoir modifier les clauses du cahier des charges. Les négociations ne seront alors qu'un simulacre. Le résultat étant laissé au bon vouloir des entreprises candidates à consentir une baisse de prix sans aucune compensation.

Les acheteurs doivent établir de manière claire et précise les clauses qui sont

---

<sup>101</sup> Fiche n°17 du référentiel d'application du code des marchés publics

susceptibles d'évoluer et dans quelles mesures. Le règlement de la consultation doit ainsi énumérer les options que les candidats peuvent lever lors de la négociation. La Cour Administrative d'appel a précisé le 27 juin 2002 la manière dont les pièces des dossiers doivent être établies.

La Cour Administrative d'appel a jugé que : **« le préfet fait grief au syndicat de ce que le marché finalement conclu comporte des modifications importantes par rapport aux documents de consultation proposés aux candidats ; que cependant, d'une part, la procédure du marché négocié implique nécessairement pour l'administration l'engagement d'une discussion avec les candidats en vue d'obtenir les meilleures conditions de possession du marché ; que d'autre part, il résulte de l'instruction que l'article 2 du règlement de la consultation prévoyait que le cahier des clauses administratives particulières et le cahier des clauses techniques particulières étaient susceptibles d'évoluer en fonction des propositions des candidats ; que ces modifications n'altéraient de manière substantielle, ni l'objet, ni les conditions de la consultation, que notamment les tranches conditionnelles n'étaient prévues qu'à titre éventuel, que l'augmentation à neuf ans de la durée du marché était prévue comme une option à étudier par les candidats, que les modalités de paiement des acomptes et du solde ainsi que l'intégration d'un régime d'avance font partie des éléments objets de la négociation et ont été soumis aux trois candidats qui se sont fait connaître ; que la prise en compte des compensations tarifaires n'était pas prévue par le règlement, mais seulement par le projet de cahier des clauses techniques particulières et que leur exclusion a été le résultat d'une discussion avec chacun d'eux après comparaison de leurs propositions et analyse des distorsions qu'elle révélait ; que par suite ce moyen manque en droit et en faits »**<sup>102</sup>

Il apparaît clairement que le juge attend dans le cadre d'une négociation d'abord que les documents soit suffisamment clairs sur la portée de la négociation envisagée et précisent les aspects du dossier qui pourront évoluer. De plus, le fait de prévoir dans le règlement de la consultation les éléments négociables permet de garantir l'égalité de traitement des candidats et le principe de transparence des procédures.<sup>103</sup>

Les acheteurs peuvent ainsi établir que les délais de paiement puissent être réduits afin d'encourager les entreprises à baisser le prix des prestations. La limite étant que le délai de paiement ne peut pas être supérieur aux dispositions du code des marchés publics. Ainsi, les délais de paiement peuvent être utilisés comme un levier d'achat, étant entendu que les acheteurs ne peuvent pas aller au-delà de ce qui est prévu réglementairement, soit 50 jours.

Les acheteurs doivent également fixer les prix d'objectifs. Ce travail a deux objets :

- L'évaluation du montant prévisionnel du marché permet à l'acheteur d'identifier la

---

<sup>102</sup> CAA Marseille, 27 juin 2002, Préfet des Bouches du Rhône, req. N°00-01402, 00-01513 et 00-02530

<sup>103</sup> L'actualité de la commande publique et des contrats publics, n°1, janvier 2003, p.56

procédure de passation applicable

- La définition des coûts d'objectif permet aux acheteurs d'avoir une idée du prix du marché. Cet outil lui servira à déceler les ententes, les pratiques de « dumping » (fait pour les entreprises de proposer des produits ou des prestations à un prix supérieur à celui du marché),...

#### Comment calculer des prix d'objectifs ?

- Les acheteurs doivent utiliser pour ce calcul les références suivantes :
- Le prix technique estimé ;
- Le prix du marché selon les cours officiels ou indices de presse spécialisée ;
- La courbe d'évolution de prix diffusée dans la presse ;
- Le coût des différents paramètres de constitution du prix (matière, main d'œuvre, service..) ;
- Les prix catalogues ;
- Les tarifs appliqués lors des marchés précédents (dans notre collectivité et dans d'autres),...

Le prix d'objectif est le prix que **l'acheteur estime raisonnable de payer** une prestation après une étude et compte tenu des renseignements dont il dispose. Le prix d'objectif constitue un prix acceptable, compte tenu de sa connaissance du marché. L'acheteur doit avoir avant tout achat une idée du prix à payer. Le calcul du prix d'objectif est donc une étape particulièrement importante.

L'établissement du ou des prix d'objectif est réalisé à partir de données plus ou moins objectives telles que les coûts de revient, la marge escomptée, la situation du marché (faible ou forte concurrence...).

Les acheteurs peuvent définir plusieurs coûts d'objectif. Ils leur serviront au moment de la négociation de références tarifaires. Les prix des marchés précédents ne constituent pas obligatoirement des prix d'objectifs. En effet, certains marchés subissent des fluctuations tarifaires permanentes et importantes. J'ai été confronté à cette situation au cours de mon stage aux Hospices Civils de Lyon. Le secteur H2M, auquel j'étais rattachée, s'est vu confier la mission d'acquérir des sacs et housses pour échelles d'unités de production alimentaire centralisée en polyéthylène certifiés contact alimentaire. Or, le prix d'achat de ces fournitures varie en fonction de l'évolution des cours de cette matière première : le polyéthylène. Ainsi, les prix obtenus ne furent donnés qu'à titre indicatif, les entreprises refusant de s'engager sur un tarif pour une durée supérieure à un mois. Ils seront donc modifiés lors de la remise de l'offre définitive.

Les acheteurs ne doivent pas perdre de vue que la concurrence est le seul moyen de se défendre des prix excessifs et d'obtenir le « juste prix ». Le prix d'objectif doit uniquement les aider à évaluer si le jeu de la concurrence n'a pas été faussé par du « dumping » ou des « ententes ».

Il faut déterminer **les éléments constitutifs du prix**. Il convient d'identifier la part

relative de chaque élément constitutif du prix, qui peuvent être :

- la matière ;
- la main d'œuvre ;
- les produits et services divers proposés ;
- les frais généraux,...

Cette analyse de la structure du prix n'est possible qu'avec une bonne connaissance de la prestation. Celle-ci peut être acquise par différents moyens tels que :

- les entretiens avec les techniciens ;
- le retour d'expérience ;
- l'étude des anciennes décompositions de prix...

L'acheteur peut baser son estimation sur **l'étude des historiques des prix** afin d'identifier les éléments à l'origine d'une hausse ou d'une baisse du prix. Il peut également procéder **par analogie**, c'est-à-dire en transposant les caractéristiques des prix d'un produit sur le produit à acheter.

Le prix de vente d'un bien est composé de différents éléments.

**Prix d'un bien** = % du coût de la matière première + % du coût de la main d'œuvre + % du prix des produits et % des frais généraux + % marge de l'entreprise ou du vendeur

En utilisant ces différentes techniques de calcul, les acheteurs pourront établir plusieurs prix d'objectif qui leur serviront de référentiels au moment de l'analyse des offres et de la conduite de la négociation. Cette démarche aide les acheteurs à connaître les produits ou prestations, objet du marché, ainsi que les enjeux du marché auquel ils appartiennent. Cela leur permettra d'**alimenter leur argumentaire** pour la conduite des négociations. En effet, « **Le calcul des coûts d'objectifs permet à l'acheteur de se fixer des objectifs clairs et précis. Cette méthode rend la négociation plus efficace. Elle évite des discussions « marchand de tapis » pour l'obtention d'un ou deux pour cent de rabais supplémentaire.** »<sup>104</sup>

Ainsi, la préparation de la négociation doit débiter, comme nous l'avons vu précédemment, avant tout lancement de consultation des entreprises. Toutefois, les acheteurs publics ont encore un important travail de préparation à assurer après la réception des offres des candidats.

### Sous-section 2-La préparation des négociations des offres sélectionnées

La seconde étape de préparation de la négociation débute après réception et sélection des offres. Cette phase peut être divisée en quatre aspects distincts :

- L'analyse du dossier
- L'identification des points à négocier

---

<sup>104</sup> Les achats, Outils de Management, Philippe Clouët, p.127, Les éditions d'organisation, 264 pages

- La construction de l'argumentaire

### 1-L'analyse du dossier

Un bon négociateur doit connaître sur le bout des doigts son dossier. Il doit maîtriser les points suivants :

- **L'entreprise candidate** : son nom, son adresse, son métier, son chiffre d'affaires, si elle a déjà été candidate à un marché public, ses produits,...
- **L'interlocuteur** : son nom, ses fonctions, son caractère, ses préoccupations,...
- **Le contenu des offres** : les acheteurs doivent faire une analyse fine des offres des candidats : prix, qualité, délais, ...

Les informations, recueillies lors du travail de marketing achat exécuté en amont de l'acte d'achat, doivent être étudiées. Les acheteurs doivent maîtriser toutes les données relatives au marché produit. Elles leur serviront à monter l'argumentaire et à en retirer les points à négocier.

### 2-L'identification des points à négocier

Les acheteurs doivent demander à tous les candidats de fournir une **décomposition du prix proposé avec la remise de leur offre**. Cette analyse doit leur permettre d'identifier les points sur lesquels il est possible d'agir afin de réduire le prix (transport, durée d'intervention,...).

La décomposition des prix permet de comparer efficacement les offres, de déceler les ententes et les erreurs, de simuler l'incidence des modifications envisagées, de jouer la **« vérité prix, de rechercher des réductions de coûts, de simuler le prix de nouvelles pièces par similitude »**.<sup>105</sup>

Les éléments de décomposition des prix peuvent être :

- La matière première ;
- La main d'œuvre directe ;
- Les frais généraux de fabrication ;
- Les frais généraux administratifs ;
- L'outillage nécessaire ;
- Les coûts de traitement ;
- Les coûts de finition spécifique ;
- L'emballage ;
- Le transport ;
- La marge bénéficiaire de l'entreprise ;

---

<sup>105</sup> Cours d'Alain Sondaz

- Les frais d'import ;
- Le stockage des produits,...

Les entreprises sont souvent réticentes à fournir la décomposition de leurs prix. Elles ne donneront certainement pas les indications relatives à leur marge bénéficiaire ni celles sur leurs frais généraux.

Les acheteurs doivent par cette étude tenter d'identifier les « prices-break » c'est-à-dire à la quantité nécessaire pour faire changer les prix unitaires. Cette indication peut permettre aux acheteurs dont les estimations des besoins avoisinent la quantité nécessaire à demander que le prix appliqué à la quantité supérieure lui soit accordé.

De plus, il est important pour les acheteurs de comparer les prix des offres aux prix d'objectifs qu'ils ont élaborés lors de la phase de préparation précédente. Ils peuvent ainsi mettre en place un tableau comparatif des prix d'objectifs décomposés avec les prix décomposés fournis par les candidats. Le tableau peut être de la forme suivante :

**Tableau 1: tableau comparatif des décompositions des prix**

Décomposition
estimé,
prix
objectifs
Matière
première
main
d'œuvre
Frais
généraux
Profit
total

Le tableau précédent renseigne les acheteurs sur les points à insister lors de la négociation avec les candidats afin d'obtenir une baisse de prix. De plus, il doit les aider à vérifier si les prix d'objectifs identifiés correspondaient bien aux tarifs appliqués sur le marché.

Ce document sera utile lors de la passation de marchés futurs. En effet, les acheteurs y ont reporté les indications principales sur les décompositions de prix, ce qui les aidera à suivre les évolutions tarifaires.

De plus, l'analyse qualitative des offres doit permettre aux acheteurs de vérifier que celles proposées correspondent à ce que les services techniques attendent de la prestation ou du produit. Ils doivent, en effet, s'assurer que les propositions des candidats peuvent satisfaire pleinement les besoins de la personne publique.

Si la qualité des produits ou prestations proposés est supérieure aux attentes, alors les acheteurs pourront tenter d'obtenir une diminution de la qualité et donc du prix d'acquisition. Il n'est pas utile d'acquérir un produit bénéficiant d'une sur-qualité. Les

achats tendent, en effet, à la juste satisfaction des besoins de la personne publique. Ainsi, si les services ont besoin d'une planche en pin de 10mm, il est inapproprié d'acquérir une planche en chêne de 12mm d'épaisseur. La négociation doit alors permettre aux entreprises de clarifier leurs offres.

Tous les points des offres peuvent être l'objet de négociation. Toutefois, les contre-parties seront limitées par la rédaction du cahier des charges et du règlement de la consultation. Les acheteurs devront se baser sur ces documents afin de construire leur argumentaire.

### **3-La construction de l'argumentaire**

Les acheteurs doivent établir un argumentaire solide avant la conduite des négociations. Celui-ci doit leur permettre d'encadrer le contenu des négociations et de contrôler leur déroulement. Les acheteurs doivent établir une liste d'arguments pour convaincre et pour contrer ceux de son interlocuteur.

Pour construire un bon argumentaire, les acheteurs doivent se poser les bonnes questions. Il semble intéressant de suivre la technique du « Y » de la négociation schématisée ci-dessous.

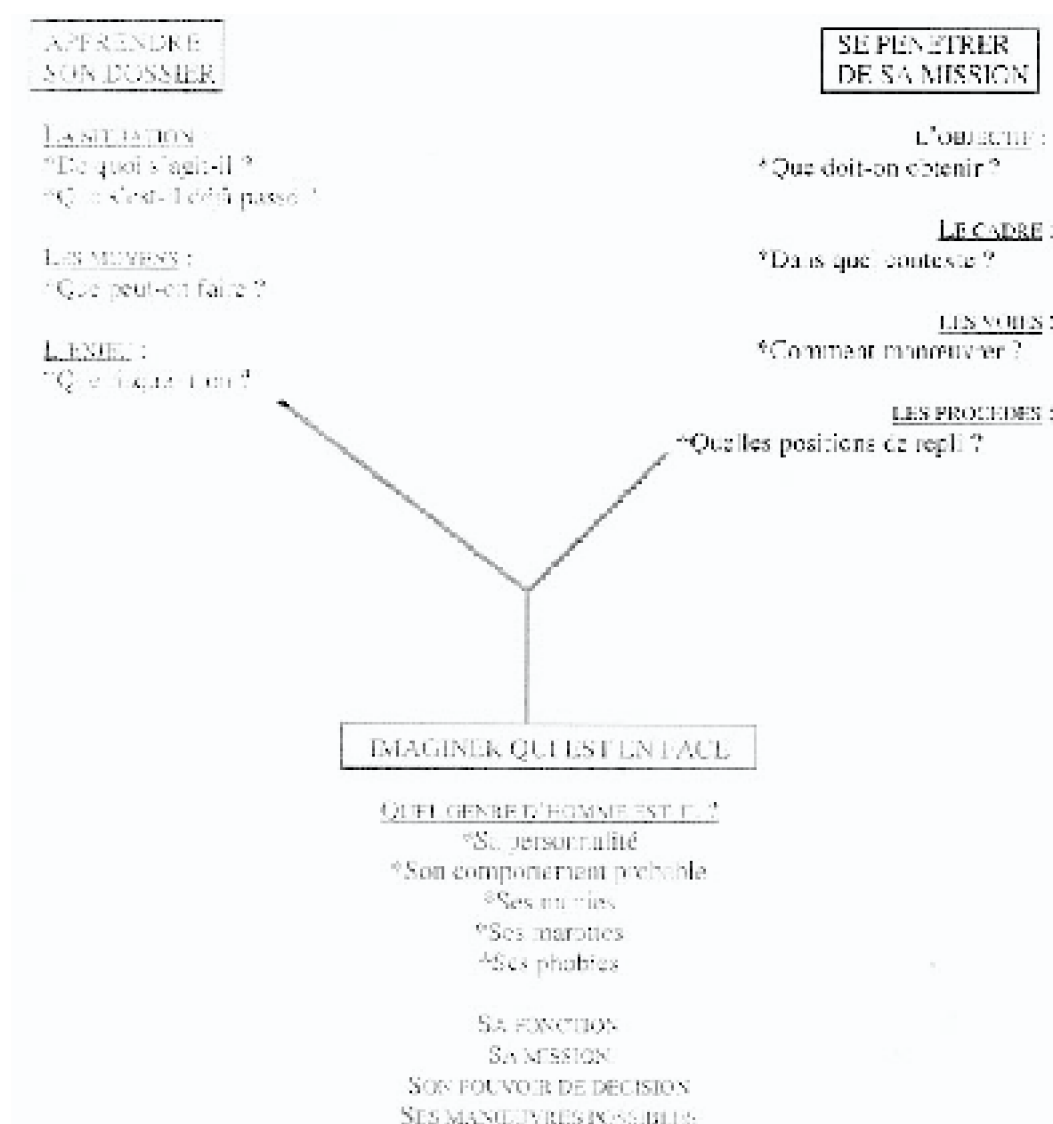


Figure 6 : le "Y" de la négociation

Suivre les différentes étapes du « Y » de la négociation peut aider les acheteurs à ne rien oublier dans la préparation de la négociation. Il est ainsi important de suivre les étapes suivantes :

**Apprendre le dossier** : les acheteurs doivent avoir une parfaite maîtrise du dossier à traiter. Pour ce faire, ils doivent avoir procédé à du marketing achat efficace. Les acheteurs doivent avoir un bon niveau d'expertise de la négociation (bien connaître l'historique du dossier, les données...). Cette partie va constituer les bases de la crédibilité du négociateur.

**La mission** : ils doivent être capables de savoir ce qu'ils veulent obtenir pour ce marché et d'identifier les objectifs de la négociation

**Se mettre à la place de l'interlocuteur** : ils doivent pouvoir être en mesure d'anticiper les actions et arguments de leur interlocuteur lors de la conduite des négociations.



Les acheteurs doivent connaître la liberté d'action qu'ils se sont laissés au moment de l'élaboration du cahier des charges et du règlement de la consultation. Combinée à l'analyse des offres des candidats, elle doit leur permettre d'identifier les points à négocier.

Les points abordés lors de la conduite des négociations peuvent être :

- Les clauses techniques ;
- La mise en place de formation du personnel ;
- Le prix (ferme, révisable..) ;
- Les délais de livraison, d'intervention ;
- L'emballage, le conditionnement ;
- Le transport ;
- Le stockage ;
- Les garanties (durée, sur quoi porte-t-elle ?) ;
- Le service après vente ;
- Les certifications, les normes ;
- Le contenu des contrats de maintenance et d'assistance...

Les acheteurs doivent établir l'ordre dans lequel ces points doivent être abordés lors de la négociation. Toutefois, ils doivent être conscients que celui-ci ne doit pas être définitif. Il doit, en effet, évoluer au cours de la négociation en fonction des arguments des interlocuteurs.

La logique voudrait que les points les plus importants soient négociés avant les points secondaires afin de ne pas perdre de temps avec un vendeur incapable de répondre aux points importants. Ce ne serait pas un bon choix pour les acheteurs. En effet, en abordant par ordre de priorité les points à soulever, ils dévoileraient tout de suite à leurs adversaires les aspects importants du projet. Son argumentaire en serait fragilisé. Il est ainsi préférable de mélanger les points prioritaires et secondaires.

Négocier consiste en une pratique de la discussion qui vise à aboutir à quelque chose, à construire un accord. Il est alors important de construire un argumentaire solide. Il doit regrouper les arguments pouvant convaincre les interlocuteurs. Le nombre d'arguments ne fait pas la force. Il vaut mieux en avoir un nombre limité, mais avoir des arguments convaincants.

Il faut anticiper ceux de l'adversaire afin de prévoir des arguments pour les contrer. Cela ne sera possible qu'avec une bonne connaissance du dossier et de l'entreprise.<sup>106</sup> La pérennité de la relation avec le fournisseur est une donnée à prendre en compte dans la préparation de la négociation. En effet, l'enjeu et le comportement du négociateur seront différents en fonction de la nécessité d'une relation suivie ou éphémère avec le

---

<sup>106</sup> Images pour la formation [\*32 doc.] Comment préparer et réussir une négociation [Vidéocassette] / réal. Images pour la formation; avec la collaboration de Lionel Bellenger Paris : 1996

fournisseur.<sup>107</sup> Il faut analyser le lien de dépendance entre les deux protagonistes. Si ce lien est déficitaire pour l'acheteur, alors la négociation lui sera plus difficile (concurrence à l'achat, part du CA du vendeur..)<sup>108</sup>

L'histoire des relations entre les deux protagonistes de la négociation est à étudier. Celle-ci permet souvent d'expliquer et d'anticiper les comportements. Par exemple, lors de mon stage aux Hospices Civils de Lyon, la conduite de négociations pour un marché à procédure adaptée ayant pour objet le transport de personnes en taxi n'a pas abouti aux résultats escomptés. La préparation avait été mal conduite car nous n'avons pas su anticiper les arguments des adversaires. En effet, la société de taxi attributaire du marché en cours nous a refusé une remise sur le tarif préfectoral en affirmant que les chauffeurs seraient confrontés à un risque juridique et à une perte de licence. Nous aurions dû lors de notre préparation mieux rechercher les fondements juridiques autorisant les conducteurs de taxi à baisser leur tarif. De plus, cette société s'est vu retirer l'attribution d'un autre marché. Dans ce contexte de tensions, il a été impossible d'obtenir de leur part un geste, une concession. Si nous avions connu ce climat auparavant, nous aurions appréhendé la négociation autrement.

Les acheteurs doivent établir une **matrice de concessions**. Il s'agit d'un tableau prévoyant ce que la personne publique souhaite concéder contre un effort de l'entreprise candidate. Les acheteurs réfléchissent ainsi au préalable aux concessions envisageables de manière à éviter toute spontanéité dans la conduite de la négociation. Cette matrice peut être utilisée comme grille de conduite des négociations. Il convient de demander en premier lieu une très forte contrepartie pour en obtenir une plus réaliste, dans un second temps. Cette technique permet d'éviter de céder des points importants sans contrepartie ou de multiplier les terrains d'entente sans trouver le bon.

Les acheteurs doivent se fixer des objectifs intermédiaires et un objectif final. Cette technique de préparation relève de la tactique de l'échiquier. Celle-ci consiste à concevoir la négociation comme le terrain de jeu d'échecs. L'acheteur doit établir une stratégie afin que l'objectif final (mettre l'adversaire en échec) en obtenant au fur et à mesure la satisfaction des objectifs intermédiaires.

---

<sup>107</sup> Extrait de Groupe Ecully, (1996), « Négociation : Entreprises et Négociations », Ed. Ellipses, Chapitre 6, pp. 223-243

<sup>108</sup> [Images pour la formation \[\\*32 doc.\]](#) Comment préparer et réussir une négociation [Vidéocassette] / réal. Images pour la formation; avec la collaboration de Lionel Bellenger Paris : 1996

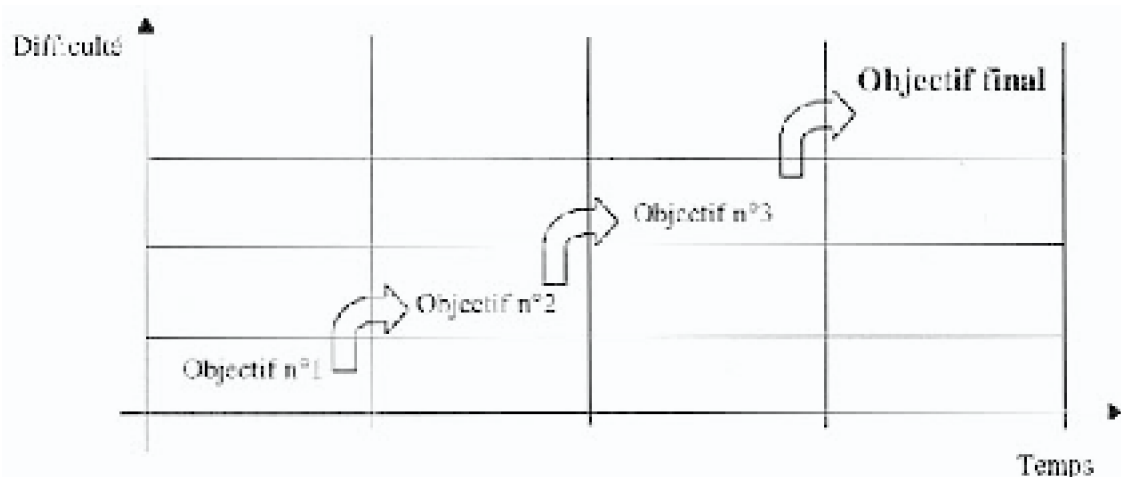


Figure 7 : technique de l'échiquier

Les acheteurs doivent chercher à satisfaire avant toute chose les objectifs intermédiaires au lieu de rechercher immédiatement la satisfaction de leur objectif final. Il est tout de même préférable de prévoir des positions de repli, afin de limiter les pertes lors de négociations difficiles.

Les acheteurs doivent définir les hypothèses hautes, c'est à dire le niveau d'attaque de la négociation et les hypothèses basses, représentant le point de rupture à partir duquel les acheteurs ne souhaiteront plus conclure l'accord.<sup>109</sup> Il est important de fixer les limites de la négociation.

Cette technique peut permettre aux acheteurs du monde hospitalier de limiter les risques. En effet, ils sont confrontés à une grave crise financière. Ils essaient ainsi de réaliser des gains sur achat. Les Hospices Civils de Lyon ont saisi la réforme du code des marchés publics de janvier 2004 et ont mis en place un référentiel achat favorisant le recours à la négociation. Pour autant, ces pratiques font peur. Ils ont peur d'être confrontés à une baisse de la qualité des produits en étant trop exigeants sur les prix.

Les acheteurs ne doivent pas négliger la connaissance du dossier. Certains pensent même qu'une négociation se joue à l'étape de préparation. Ils ne doivent donc pas hésiter à se dégager du temps pour se consacrer entièrement à celle-ci.

La seconde étape de la négociation est la prise de contact. Cette étape, de simple abord, est particulièrement importante puisqu'elle permet de déterminer le climat de la rencontre.

## Section 2 : Contact : la rencontre des fournisseurs

Il est conseillé de rencontrer les commerciaux avant la négociation. Les acheteurs des Hospices Civils de Lyon rencontrent régulièrement les fournisseurs en dehors des périodes de consultation afin de maintenir de bonnes relations et obtenir des informations

<sup>109</sup> Images pour la formation [\*32 doc.] Comment préparer et réussir une négociation [Vidéocassette] / réal. Images pour la formation; avec la collaboration de Lionel Bellenger Paris : 1996

sur la société, les produits... Il leur est ainsi plus facile de préparer et de conduire les négociations.

L'accueil des candidats permet d'évaluer le comportement de l'interlocuteur (conquérant, timide...). Un bon contact est nécessaire au bon déroulement des négociations. Il ne faut pas oublier l'importance jouée par la psychologie dans la conduite des négociations. Chaque geste, signe peut être interprété pour analyser son adversaire.

Les conditions matérielles de la négociation jouent également un rôle indéniable. Elles sont interprétées par l'adversaire. Les acheteurs ont ainsi une carte à jouer pour mettre les candidats en confiance. Toutefois, il faut prendre garde à ne pas trop en faire. Ils risqueraient d'être méfiants.<sup>110</sup>

Les acheteurs des Hospices Civils de Lyon avaient ainsi l'habitude de négocier dans une salle réservée à cet effet. La conduite de ces rencontres me paraît un peu stricte. En effet, elles se déroulaient dans de grandes salles, autour d'immenses tables rectangulaires et aucune boisson n'était offerte. Pour établir un climat de confiance et de convivialité nécessaire à leur bon déroulement, quelques modifications simples peuvent être mises en place :

- Rencontrer les fournisseurs dans des pièces de dimension moyenne ;
- Négocier autour d'une table ronde facilitant les échanges ;
- Offrir un café ou une boisson fraîche aux interlocuteurs.

Certains auteurs ont dressé un code de déontologie des achats, selon lequel les relations avec les fournisseurs doivent être saines et efficaces. Les acheteurs doivent conduire leurs négociations en conformité des objectifs, des règles internes et du référentiel de la personne publique.

On retrouve ainsi les principes de loyauté et de bonne foi du privé. Les fournisseurs doivent être traités avec courtoisie et équité. Les acheteurs doivent ainsi respecter les principes fondamentaux de la commande publique tels que l'égalité de traitement et le respect du secret professionnel.<sup>111</sup> Ainsi, ils ne doivent transformer ou divulguer aucune connaissance, savoir faire ou information appartenant en propre à un fournisseur et garantir la confidentialité de toutes les informations recueillies.

Ils doivent savoir écouter et comprendre ce que l'autre veut dire. Il est nécessaire de comprendre le cheminement du raisonnement de l'autre afin de trouver les arguments décisifs.

Pour convaincre, les acheteurs devront baser leur argumentaire sur des faits et éviter les généralités pour ne pas perdre de temps. En effet, les négociations sont souvent programmées pour un laps de temps déterminé. C'est un moyen de garantir l'égalité de traitement entre les candidats. Ils doivent ainsi être pratiques pour gagner du temps et

---

<sup>110</sup> Images pour la formation [\*32.doc.] Comment préparer et réussir une négociation [Vidéocassette] / réal. Images pour la formation; avec la collaboration de Lionel Bellenger Paris : 1996

<sup>111</sup> Article 1 du code des marchés publics de 2004

avancer en vue de l'établissement d'une offre en totale adéquation avec les besoins de la personne publique. Il est important de rappeler que les acheteurs ne peuvent pas baser une négociation sur des faits pour un candidat et entrer dans de longs discours dilatoires avec un autre. Ce comportement consisterait à une rupture d'égalité de traitement des candidats. Ils se rendraient ainsi coupable du délit de favoritisme de l'article 432-14 du code pénal

Il est par ailleurs déconseillé de dire à un commercial que son entreprise est le seul fournisseur de la collectivité pour tel ou tel produit car cela le mettrait dans une position de force. Les concessions ou efforts de sa part seront alors plus difficiles à obtenir. Pour autant l'article 138 du code des marchés publics et l'arrêté du 27 mai 2004 relatif à la liste des marchés conclus l'année précédente par les personnes publiques limitent les effets de la négociation dans les marchés publics. En effet, la publication d'une telle liste risque de conforter les entreprises titulaires de marchés de la qualité de leurs offres. Cela risque de bouleverser les rapports de force. A force de tout vouloir rendre transparent, les pouvoirs publics limitent les effets de la négociation publique.

Les acheteurs doivent avoir un comportement irréprochable dans la conduite des négociations, les « *acteurs d'un instant* » étant appelés à se retrouver pour de nombreux cycles d'achats ultérieurs.<sup>112</sup>

La base des négociations repose sur les rapports humains. Alors un peu de psychologie que diable !!! La négociation doit laisser une impression positive à l'adversaire en prévision des prochaines rencontres. Pour convaincre son interlocuteur, les acheteurs ne sont pas contraints de le menacer...

### Section 3 : Convaincre : la conduite des négociations

---

La conduite des négociations doit amener les fournisseurs à réduire leur marge bénéficiaire. Les acheteurs publics doivent garder un esprit gagnant/gagnant pour un partage des résultats. Toutefois, les possibilités d'offrir des contre-parties intéressantes en échange d'efforts des fournisseurs sont minces. Malgré tout, les acheteurs doivent atteindre leurs objectifs à un « juste prix ».

Il existe deux type de négociation :

#### **La négociation distributive :**

Elle est mise en place dans un contexte d'explicitation du rapport de force. Les acheteurs ne prennent pas en compte les objectifs adverses. Le but premier est la recherche de la victoire ou de l'armistice. Dans ce cadre, le rapport de force éclipse l'argumentaire. L'issue est la satisfaction maximale de leurs objectifs. Ce type de négociation n'a pas sa place dans la sphère publique. A mon sens, les personnes publiques ne sont pas en position de force lors de la passation des marchés. Lors de mon stage aux Hospices Civils de Lyon, il apparaissait difficile de trouver les fournisseurs souhaitant se soumettre aux contraintes de la commande publique. Il faut souligner que répondre à un appel d'offres ou à un marché négocié constitue un coût non négligeable

---

<sup>112</sup> Introduction au métier d'acheteur pour cadre entrant dans la filière, document de formation par EDF

pour les sociétés.

### **La négociation intégrative :**

Les acteurs acceptent une certaine forme de consultation. Ils admettent de prendre en compte dans une mesure variable les objectifs des protagonistes. Elle se caractérise par la recherche du consensus pour lequel l'argumentaire joue un rôle non négligeable. La meilleure issue est un compromis sauvegardant les intérêts essentiels et apparents des parties. Les acheteurs publics doivent respecter les principes de la négociation intégrative. Pour obtenir un geste d'un candidat, ils doivent pouvoir leur accorder une contre-partie intéressante.

### **Qui négocie ?**

L'article 20 du code des marchés publics dispose que « *la personne responsable du marché est chargée de mettre en œuvre les procédures de passation et d'exécution des marchés.* » Il faut en déduire que la **personne responsable du marché** est chargée de conduire les négociations.

En pratique, les agents publics négocient les offres des marchés qu'ils préparent. Leur passation reste sous la responsabilité de la personne responsable du marché. Cette solution semble des plus logiques. Il serait, en effet, impossible à une seule personne de mettre en œuvre la passation de l'ensemble des marchés.

Aux Hospices Civils de Lyon, les acheteurs de chaque segment d'achat négocient eux-mêmes les offres. Il faut souligner qu'ils avaient bénéficié d'une solide formation mais aussi d'une bonne connaissance des marchés...

Il est possible pour les acheteurs de se faire assister par une personne qualifiée lors des séances de négociations<sup>113</sup>. Il s'agit d'une aide technique bien venue pour les achats de produits complexes techniquement ou lorsque le travail en amont a été mal conduit.

Les acheteurs publics peuvent recourir à différentes formes de négociation. Toutefois, quelque soit celle retenue (entretien, écrit, mail, téléphone, enchères inversées...), ils doivent respecter les principes fondamentaux de la commande publique. Ils doivent lors de l'élaboration du règlement de la consultation présenter le mode de négociation. Ce choix à son importance car chaque procédé présente des avantages. Certains apparaissent plus convaincants, d'autres apportent une plus grande sécurité juridique.

### **Sous-Section 1-La conduite de la négociation par entretien**

Les négociations par entretien permettent de créer des contacts humains. L'achat n'est plus impersonnel comme sous l'appel d'offres. Il semble plus facile de conduire des négociations en face à face. En effet, les protagonistes peuvent observer leurs réactions qui les renseignent mutuellement sur leur état d'esprit.

Les sourires, froncements de sourcils, regards traduisent une opinion (le doute, l'arrogance...). Les positions du corps informent sur l'état d'esprit du négociateur

---

<sup>113</sup> CE, 21 juin 2000, Syndicat Intercommunal Côte d'Amour et presqu'île Guérandaise, Req. N°209319 : Contrats Marchés Publics, comm. N°22 ; BJDCP, n°12, sept.2000, p.361.

(confiance en soi, attitude d'évaluation...).

## 1-Le déroulement de la négociation

La conduite d'entretien permet une plus grande réactivité des échanges que l'écrit. Par contre, elle présente de nombreuses difficultés. Il est, en effet, plus difficile d'assurer le principe d'égalité de traitements des candidats. La transparence des procédures et son corollaire, la traçabilité des échanges, posent également quelques difficultés de mise en œuvre.

Lors de la négociation, les acheteurs doivent garder le contrôle des étapes suivantes<sup>114</sup> :

**La consultation** : c'est la phase de découverte. Ils demandent aux candidats une présentation de leur entreprise et de son fonctionnement. Ils doivent se montrer très exigeants sur cette présentation afin de compléter les informations dont ils disposent et qui leur serviront ultérieurement.

Cet entretien permettra de récolter des informations sur le produit, le marché afin de maintenir son niveau de connaissances. Les acheteurs posent des questions ouvertes empêchant leur interlocuteur à répondre par « oui » ou par « non ». Ils doivent rester maître de la conduite des discours et savoir écouter<sup>115</sup>

Les notes prise au cours de la négociation seront analysées et classées afin d'être réutilisées.

Les acheteurs annoncent l'étendue des besoins. Les entreprises précisent le contenu de leur offre. C'est une phase capitale. Si la consultation est mal menée, alors les protagonistes auront des difficultés à saisir leur adversaire. Le choix de la stratégie à suivre n'en sera que plus laborieux. Il faut interroger, échanger des informations pour créer un premier terrain d'entente.

**La confrontation** : C'est la partie active de la négociation. Les protagonistes argumentent et échangent des propositions et contre propositions.

**Concrétisation** : Les protagonistes tentent des ajustements des offres au cahier des charges. Les concessions se libèrent...

Les acheteurs doivent faire preuve de fermeté dans la conduite des négociations, de tolérance et d'ouverture. Ils devront se montrer coopératifs c'est-à-dire montrer que l'important est de construire quelque chose à deux. De plus, ils devront faire preuve d'un contrôle de soi important ; la spontanéité, la mauvaise humeur et l'agression n'ayant pas leur place dans la conduite des négociations.

Les acheteurs doivent savoir extraire de la liste des arguments fixée au préalable. Ils devront appliquer l'échéancier fixé (objectifs intermédiaires et objectif final) lors de la

---

<sup>114</sup> [Images pour la formation \[\\*32 doc.\]](#) Comment préparer et réussir une négociation [Vidéocassette] / réal. Images pour la formation; avec la collaboration de Lionel Bellenger Paris : 1996

<sup>115</sup> Les achats, Outils de Management, Philippe Clouët, p.112, Les éditions d'organisation, 262 pages

préparation des négociations. Ils doivent utiliser tous les arguments du vendeur pour convaincre de la nécessité de réaliser et conclure cette négociation.

Il apparaît difficile de négocier des marchés passés selon la procédure de l'**article 35, III** du code des marchés publics. En effet, il y a un relâchement de la pression concurrentielle sur ces fournisseurs qui se savent devenus indispensables.

Toute négociation en « tout ou rien » présente alors un risque majeur de rupture des négociations sans avoir de solutions alternatives. Les acheteurs doivent les fractionner en plusieurs objectifs distincts, permettant d'envisager la conclusion d'accords partiels. Cette technique dite du « multi-targetting » limite le risque de rupture totale de la négociation. Il est, en effet, plus difficile de rompre plusieurs négociations qu'une seule. Les objectifs multiples sont identifiés, ceux-ci seront organisés dans une structure de négociation, dont la finalité est d'augmenter la probabilité d'accord avec l'autre partie. La structure séquentielle graduée consiste à négocier chaque objectif distinctement des autres (sans créer de liens entre eux), en les abordant par ordre de difficulté croissante pour trouver un accord avec le fournisseur<sup>116</sup>.

## 2-Les techniques de négociations applicables

Il est important de connaître ces techniques de négociation au moins dans les grandes lignes de manière à pouvoir les adapter en cas de besoin et d'identifier celle utilisée par l'interlocuteur. Les plus classiques sont les suivantes :

**Le salami** se fonde sur l'idée qu'il est plus facile d'obtenir plusieurs concessions plutôt que d'en arracher une importante. Il convient ainsi de décomposer la négociation en étapes successives. Chaque point important du contrat va être l'objet d'une négociation comme s'il en constituait le seul point. Toute l'efficacité de la manœuvre tient à ce que le niveau apparent de la concession semble négligeable par rapport à l'enjeu global de sorte que l'interlocuteur réponde favorablement à une sollicitation du type « encore un petit effort pour conclure ».

Si l'acheteur utilise cette tactique, il devra décomposer la négociation en un grand nombre de points à traiter et rechercher les avantages sur chacune de ces parties. Il devra pour cela respecter les dispositions du cahier des charges et du règlement de la consultation. Si l'acheteur subit cette tactique, il devra rapidement en prendre conscience et essayer de globaliser les différents aspects de la négociation. En effet, le risque est d'aboutir à des modifications substantielles des documents précédents altérant la validité de la conclusion de l'accord.

**Le bilan** : il s'agit d'une tactique intégrative ayant pour but de maximiser les gains de deux parties. Elle suppose un véritable climat de coopération et une confiance réciproque. Elle est applicable en marchés publics sachant que l'acheteur doit être objectif en tout moment. Les protagonistes s'efforcent :

- de combiner leurs oppositions sur les différents points comme le prix, les délais d'exécution...

---

<sup>116</sup> EVA consulting. La lettre d'avril/mai 2004



- de choisir la solution au problème qui satisfait au mieux les intérêts des deux parties.
- de négocier, non pas sur les positions préétablies mais sur les intérêts des parties.

L'acheteur doit être vigilant aux utilisations détournées de cette procédure qui tendraient à bouleverser les rapports de force des protagonistes.

**L'usure** : elle consiste à faire plier l'adversaire par le découragement qu'il éprouve de ne pas pouvoir obtenir ce qu'il souhaite après deux ou trois rencontres. Celle-ci est inapplicable en marchés publics car les règles de la négociation sont fixées au préalable.

**Les marches d'escalier** : cette technique a un effet psychologique sur le commercial, il est sensé éprouver l'inquiétude puis le soulagement qui va le conduire facilement à accepter la proposition de l'acheteur. La première marche d'escalier consiste pour l'acheteur à faire une proposition très exagérée par rapport à l'objectif fixé. Il place ainsi l'adversaire face à des enchères élevées le poussant à la rupture des négociations. La seconde marche consiste à laisser entendre que la proposition est discutable, qu'elle peut être réétudiée pour tenir compte des arguments invoqués ou de circonstances particulières. Enfin, il revient à la négociation avec de nouvelles propositions meilleures pour l'opposant qui, ayant eu le temps de s'accoutumer à l'idée qu'il devait rabattre ses prétentions ou même faire un sacrifice les trouve acceptables.

Cette tactique ne semble pas réellement applicable aux marchés publics. En effet, l'administration lutte souvent pour maintenir un nombre de fournisseurs répondant aux marchés publics important compte-tenu du lot de contraintes imposées par le code des marchés publics.

**Le jeu de go** : La tactique du jeu de go consiste pour l'acheteur à se poser les bonnes questions. Il doit ainsi se demander comment il doit se positionner. Cette tactique relève plus de la stratégie d'achat que de la technique de négociation. Sa mise en œuvre nécessite beaucoup de temps. Les acheteurs publics ne peuvent pas réellement l'appliquer. En effet, ils ne peuvent pas porter tous leurs efforts de positionnement sur un candidat. Ce serait contraire au principe d'égalité de traitement des candidats.

**Le camion Fou ou le fait accompli** : cette tactique permet d'imposer à l'adversaire le choix que l'on a soi-même fait et qu'il ne peut refuser faute de perdre encore davantage, cette décision étant quasiment irréversible. Pour qu'elle fonctionne bien, il faut une certaine disproportion entre les inconvénients du fait accompli et ceux qui découlent de son refus. Cette technique n'est pas applicable pour les personnes publiques à moins qu'elles mettent tous les candidats devant le fait accompli, mais alors elle risque de se substituer aux candidats pour l'élaboration de leur offre, ce qui a été jugé illégal. Par contre, elles peuvent subir cette tactique de la part des fournisseurs liés par des marchés soumis à l'article 35, III du code des marchés publics. En effet, lors du renouvellement de ces marchés le fournisseur peut imposer une hausse de prix importante, la personne publique risquant de perdre plus en refusant de signer le nouveau marché.

**La fuite organisée** : il s'agit de faire de la désinformation en confiant un scoop à un collègue, en laissant traîner un papier sur le bureau lors de la négociation... Il s'agit de faire passer un message sans en assumer la responsabilité. Cette pratique sans élégance conduit à rompre l'égalité de traitement des candidats en fournissant de manière

détournée des informations différentes aux candidats.

**Le regroupement de plusieurs objectifs** : cette technique consiste à négocier l'achat groupé de deux produits distincts afin de faire baisser le montant des offres. Cette méthode est inapplicable aux marchés publics. En effet, l'article 10 du code des marchés publics dispose que « **les offres sont examinées lot par lot. Les candidats ne peuvent pas présenter des offres variables selon le nombre de lots susceptibles d'être obtenus** ». Il est ainsi illégal d'attribuer deux lots ou deux marchés à un candidat pour bénéficier d'une baisse de prix.

**Le tortionnaire et le bon Samaritain** : l'acheteur est accompagné d'un technicien pour mener les négociations. Le technicien doit se montrer hostile aux offres des candidats. L'acheteur, quant à lui, devra prendre partie pour ce dernier et lui proposer des modifications afin que son offre mise en porte-à-faux par le technicien soit retenue. Le candidat déboussolé va accepter plus facilement les propositions de l'acheteur. Cette technique sans élégance semble applicable dans la sphère publique.

**Le marchandage** ne constitue pas en elle-même une réelle tactique. Elle fait partie intégrante de la majorité des négociations. Les candidats prévoient toujours une marge de manœuvre en prévision du marchandage consistant à fixer le juste prix de l'offre.

La première étape consiste pour l'acheteur à annoncer le prix le plus bas. Celui-ci doit être crédible compte tenu de l'état du marché. Pour le fixer, l'acheteur devra se référer aux prix d'objectif déterminés préalablement. L'annonce du prix souhaité doit être faite avec assurance (ton de la voix, la gestuelle, ...). Il faut ensuite que l'acheteur justifie sa proposition de prix par un argumentaire solide. Il convient notamment de noter un défaut de qualité par rapport à la norme justifiant un rabais, de faire état des offres concurrentes sans nommer l'entreprise candidate ayant fait la proposition, de se baser sur la décomposition du prix, ... Au cours du marchandage, l'acheteur devra faire des offres de prix à la hausse tandis que celles du candidat diminueront. Le but est d'arriver à l'objectif fixé lors de la préparation de la négociation. Le marchandage sera efficace uniquement lorsque l'acheteur aura une bonne connaissance du marché.

Le principe d'égalité de traitement ne semble pas imposer aux acheteurs d'appliquer la même technique de négociation à tous les candidats, et heureusement. Ils gardent ainsi un petit espace de liberté dans leur conduite, sans toutefois, pouvoir outrepasser les conditions fixées dans le règlement de la consultation.

Ainsi, ils ne peuvent pas prévoir de rencontrer deux fois un candidat et trois fois un autre. Ce serait contraire au principe d'égalité de traitement des candidats. Une fois, le nombre maximal d'entretien fixé, les acheteurs ne peuvent plus déroger à cette règle, même si la technique choisie nécessite un temps de discussion plus important. S'ils ne conduisent pas efficacement leurs négociations, ils ne peuvent pas modifier les règles du jeu à moins de les changer pour tous.

### 3- les leviers d'achat

La liberté encadrant la négociation privée est réduite fortement pour les acheteurs publics. En effet, le code des marchés publics encadre trop fortement cette technique. Les leviers d'achat utilisables par les acheteurs privés sont plus nombreux que ceux des agents

publics. L'issue de la négociation est ainsi abandonnée au bon vouloir des entreprises. Les caractéristiques principales du marché ne sont pas négociables tels que l'objet du marché, les critères de sélection.<sup>117</sup>

### **A-les leviers d'achat utilisables par les acheteurs publics**

Les leviers d'achat sont l'aspect du marché que les négociateurs peuvent faire évoluer au cours de la discussion afin d'obtenir de leurs interlocuteurs ce qu'ils souhaitent. La rédaction du cahier des charges et du règlement de la consultation détermine les leviers d'achat exploitables. Les acheteurs encadrent et limitent eux-même leur liberté d'action. En rédigeant de manière ouverte le cahier des charges, ils ouvrent le champ de la négociation. Par contre, si le cahier des charges impose des spécifications trop précises et que le règlement de la consultation ne précise pas que certains points sont négociables, alors les acheteurs ne pourront négocier que le prix. Dans ce cas, l'administration sera dépendante de la bonne volonté des entreprises.

Par exemple, un cahier des charges prévoit que le titulaire du marché doit fournir du papier de 80g, format A4, conditionné en paquet de 500 feuilles. La quantité annoncée est de 500 ramettes. Les acheteurs ont défini avec trop de précision leurs besoins. Ils ne pourront plus faire évoluer les composantes du marché, ni la qualité du produit, son conditionnement pour obtenir une baisse de tarif. Ils ne pourront que marchander le prix. La construction d'un argumentaire pour convaincre les interlocuteurs sera alors plus difficile.

Au contraire, si le cahier des charges prévoit que la personne publique souhaite acquérir :

- Du papier format A4
- De 80 grammes (plus ou moins 10%)
- Conditionnement libre
- Equivalant de 500 ramettes de 500 feuilles (plus ou moins 10%)
- Délai de livraison : 15 jours maximums

Dans ce cas, les acheteurs peuvent accepter de faire évoluer la qualité du produit, faire jouer les délais de livraison, ... afin d'obtenir une offre au meilleur rapport qualité prix délai.

Il est important que les acheteurs ne portent pas tous leurs efforts pour obtenir une diminution du prix. Ils peuvent, en effet, essayer d'obtenir une meilleure qualité, des délais plus courts, ... Marc Falize, directeur de l'Association des Acheteurs des Collectivités Territoriales, confirme qu'« ***il ne faut pas se polariser sur le prix. Les délais ou la qualité peuvent aussi faire l'objet de négociation. Il faut avoir une bonne analyse des besoins techniques et, pour cela, être à l'écoute des services*** ».<sup>118</sup>

Les acheteurs peuvent ainsi négocier<sup>119</sup> les points suivants :

---

<sup>117</sup> [www.observatoire-collectivites.org](http://www.observatoire-collectivites.org)

<sup>118</sup> *La gazette des communes*, n°1740 du 3 mai 2004, p.10

**Le prix :** Les leviers utilisables sont le transport, les stocks, l'entretien, la qualité, les quantités...

**La qualité :** Les acheteurs doivent limiter la qualité. Il convient, en effet, de ne pas acquérir une qualité supérieure aux besoins de la personne publique. Ils doivent ainsi faire baisser celle-ci en essayant de faire changer les caractéristiques techniques de l'offre (épaisseur, matière première, ...). Le fait de diminuer la qualité doit avoir une incidence sur le montant de l'offre. Toutefois, les acheteurs doivent être particulièrement prudents. Ils doivent avoir une parfaite maîtrise des besoins afin de savoir à partir de quel point la qualité s'avère insuffisante.

Ils doivent être particulièrement vigilants sur la qualité des produits dès que la santé publique est en jeu. Les protagonistes doivent aider les acheteurs à identifier les produits répondant aux besoins de la personne publique avec une qualité suffisante.

**La quantité :** vérification de la quantité nécessaire, fréquence des commandes, structures des remises accordées, etc... Les besoins de la personne publique doivent être définis avec précision. Il est alors plutôt difficile de faire jouer l'effet volume.

**Les délais :** les acheteurs peuvent faire évoluer les délais de livraison, d'intervention. Pour les contrats de maintenance, par exemple, les tarifs ne seront plus les mêmes si l'intervention doit avoir lieu dans les 6 heures suivant la panne ou dans les 24 heures.

**Les garanties de bonne exécution du marché :** le montant des pénalités de retard, les conditions de résiliation,...

Tous ces points constituent des leviers d'achat pour les agents publics, à la condition de les avoir prévus dans le règlement de la consultation et dans le cahier des charges.<sup>120</sup>

Les acheteurs doivent prendre en compte le coût global du produit ou de la prestation et non uniquement son coût d'acquisition. Ils doivent prendre en compte le coût global du produit et notamment les coûts induits tels que les coûts d'assurance, de transport, de négociation... En effet, la fonction achat a pour premier rôle d'assurer les achats au meilleur coût global. Le coût global est décomposé en 3 parties : le prix, la qualité et le service proposé par le fournisseur.<sup>121</sup>

---

<sup>119</sup> Manuel d'application du code des marchés publics, circulaire du 7 janvier 2004, pages 42

<sup>120</sup> CAA Marseille, 27 juin 2002, Préfet des Bouches du Rhône, req. N°00-01402, 00-01513 et 00-02530

<sup>121</sup> K Buy : Newsletter numéro 6, octobre 2000 relatif à l'évaluation, sélection et suivi des fournisseurs

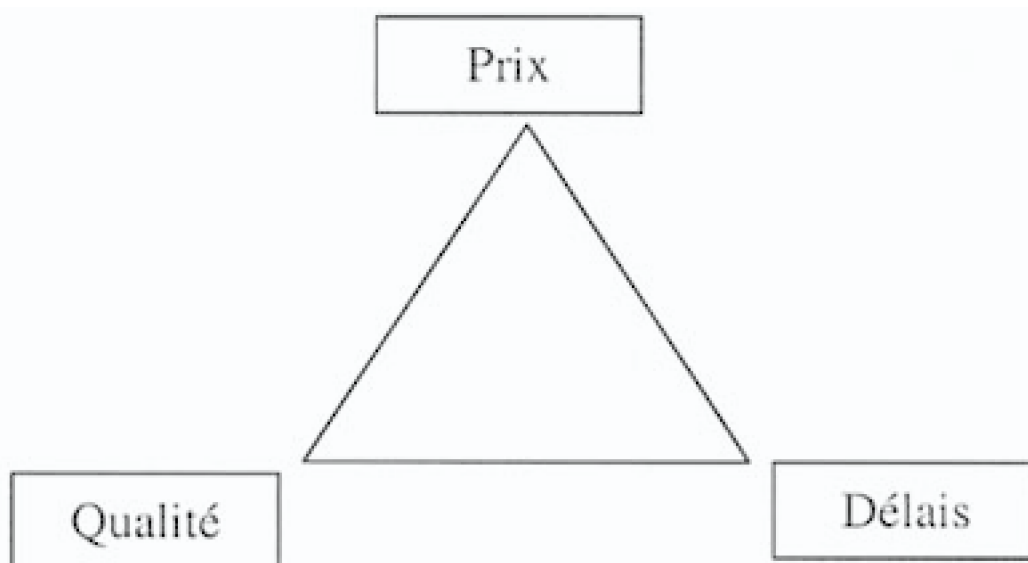


Figure 8 : la composition du coût global

La prise en compte des coûts induits par l'opération d'achat permet de réaliser des économies. Un achat d'une qualité supérieure, ayant une durée de vie plus longue peut s'avérer constituer une acquisition plus rentable qu'une offre de qualité inférieure à l'utilisation. Il est important de prendre en compte la consommation en énergie des produits. En effet, **« un investissement dans les équipements conçus avec le souci de la maîtrise d'énergie ou utilisant une énergie renouvelable, s'il coûte plus cher à l'achat, est susceptible de se révéler à l'usage plus rentable qu'un équipement standard. »**<sup>122</sup>

Les acheteurs publics bénéficient d'une marge de manœuvre assez importante pour négocier le prix. Le tribunal administratif de Paris a ainsi jugé que **« ni la circonstance que le maître d'ouvrage ait engagé des discussions avec une société dont l'offre comportait initialement un prix supérieur à celui proposé par un autre candidat, ni le fait que les candidats aient été invités, au cours des négociations, à consentir des rabais n'ont constitué des atteintes au principe d'égalité de traitement des intéressés »**.<sup>123</sup> Dans la conduite des négociations, les acheteurs sont libres d'utiliser les leviers d'achat avec les candidats. Cependant, ils doivent donner aux entreprises la possibilité de proposer une nouvelle offre en fonction de leur mise en oeuvre. Le principe d'égalité poussé à son extrême peut contraindre les acheteurs à soulever avec tous les candidats les mêmes leviers d'achat. Il faut attendre que la jurisprudence se prononce sur ce point. En tout cas, il est sûr qu'ils doivent donner l'occasion à tous les candidats de se prononcer sur les différents aspects du cahier des charges négociables. Pour ce faire, la rédaction du règlement de la consultation doit être claire et précise sur ce point<sup>124</sup>.

<sup>122</sup> Manuel d'application du code des marchés publics, circulaire du 7 janvier 2004, pages 45

<sup>123</sup> TA Paris, ord. 4 janvier 1995, Société des Entreprises Quillery et Cie, Rec. Tables, p.897

<sup>124</sup> CAA Marseille, 27 juin 2002, Préfet des Bouches du Rhône, req. N°00-01402, 00-01513 et 00-02530

Pour autant, les acheteurs ne peuvent pas utiliser tous les leviers d'achat du privé compte-tenu des contraintes du code des marchés publics.

### **B-les leviers d'achat non transposables aux marchés publics**

Certains leviers d'achat couramment usités dans le privé ne peuvent pas être mis en œuvre par les acheteurs publics. « **Force est de constater que l'un des leviers majeurs de l'acheteur reste l'effet volume** ». <sup>125</sup>

L'effet volume est un mécanisme permettant d'acquérir des fournitures ou prestations à un prix unitaire minimal. Au plus les acheteurs commandent, rationalisent leurs achats, au plus les prix unitaires des produits doivent être faibles.

En économie, la courbe de l'effet volume est représentée ainsi :

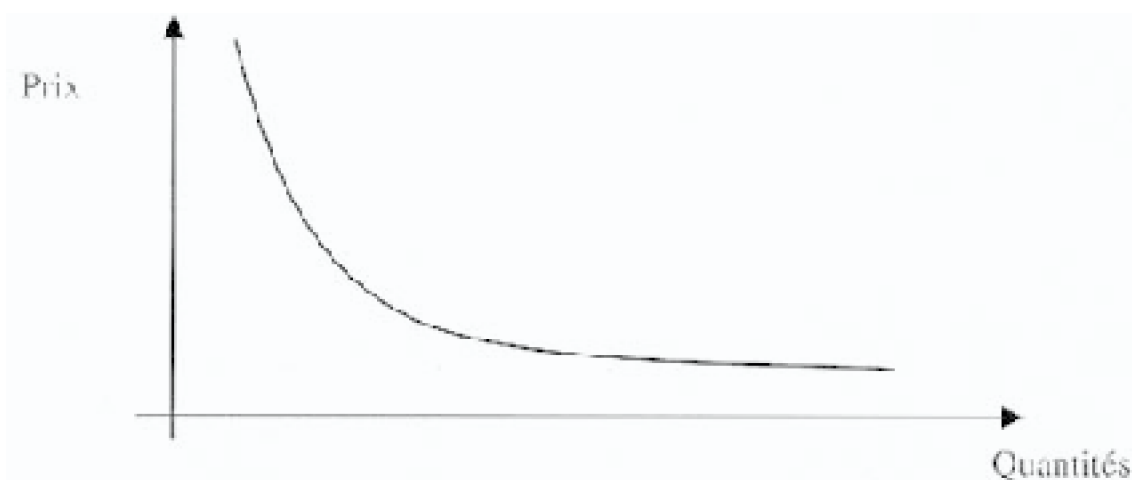


Figure 9 : effet volume

Ainsi au plus, les quantités achetées sont importantes, au plus leur coût d'acquisition sera faible. Les acheteurs publics ne peuvent bénéficier des effets de cette théorie qu'en travaillant à la base du cycle d'achat, lors de la définition des besoins. Par contre, une fois le cahier des charges établi, il semble difficile d'admettre une modification importante du volume d'achat.

Par ailleurs, les acheteurs ne peuvent pas négocier simultanément deux marchés distincts ou lots d'un même marché. Cette pratique courante dans les marchés privés est contraire au principe d'égalité de traitement des candidats et de libre accès à la commande publique. Les acheteurs ne peuvent pas obtenir un prix défiant toute concurrence pour un lot en contre-partie de l'attribution d'un lot supplémentaire. <sup>126</sup>

De plus, les garanties, les avances forfaitaires, etc... sont réglementées par les dispositions du code des marchés publics. Les acheteurs ne peuvent pas prévoir dans la conclusion des contrats des dispositions prévoyant le versement d'acomptes ou avances ne respectant pas les conditions imposées par le code. Toutefois, leur obtention peut être l'objet de négociation, à condition de respecter ce qui est prévu réglementairement.

---

<sup>125</sup> K Buy : Dossier n°17 de février 2002 relatif à la rationalisation du panel fournisseurs

<sup>126</sup> Article 10 du code des marchés publics

Les acheteurs se pénalisent lorsque les documents du marchés ne sont pas bien rédigés. Ils doivent alors rappeler aux commerciaux l'intérêt de conclure un marché avec eux. Les marchés sont de 4 ans maximum, même si la durée prévue dans le règlement de la consultation ne peut plus être l'objet de modifications. Les acheteurs des Hospices Civils de Lyon mettaient en avant l'intérêt pour les entreprises de les compter parmi leurs références.

Les acheteurs des Hospices Civils de Lyon regrettaient la rigidité des marchés publics. Ils appréciaient le fait de pouvoir recourir à la négociation, mais les difficultés pour les personnes publiques à offrir des contre-parties intéressantes leur apparaissaient comme le plus grand frein à son développement. Ils regrettaient en particulier, le principe d'intangibilité des pièces de marché.

#### 4-Les modifications admises du cahier des charges

La négociation ne peut porter que sur les éléments qui ont été définis comme négociables dans le cahier des charges et ses chances de succès reposent sur une rédaction ouverte de ce dossier. Elle doit permettre un ajustement des caractéristiques techniques des offres au niveau d'exigence de la collectivité. Elle ne s'improvise pas. Pourtant le nouveau code reprend cette procédure sans en préciser les possibilités et les limites.<sup>127</sup>

La limite à cet ajustement est constituée par l'interdiction de remettre en cause de manière excessive les termes du cahier des charges et du règlement de la consultation sur la base desquels a été organisée la concurrence.

Le manuel d'application du code des marchés publics précise en effet ***que « si cette procédure ne lui permet pas de modifier les caractéristiques principales du marché tels, notamment, l'objet du marché ou les critères de sélection des offres, elle laisse à l'acheteur public la possibilité de déterminer librement par la négociation le contenu des prestations et l'adaptation du prix aux prestations finalement retenues ».***<sup>128</sup>

Les acheteurs ne peuvent pas modifier substantiellement les clauses du cahier des charges lors de la conduite des négociations. Le Conseil d'Etat a jugé comme substantielles les modifications de **25% du contenu** du cahier des charges<sup>129</sup>. On retrouve la jurisprudence classique en marchés publics selon laquelle les modifications apportées ne doivent pas bouleverser l'économie générale du contrat.<sup>130</sup>

Pour autant, il a été admis qu'en cours de négociations peuvent ***intervenir « des adaptations correspondant à des éléments d'informations complémentaires apparues en cours de procédure qui ont été portées à la connaissance des***

---

<sup>127</sup> [www.localjuris.com](http://www.localjuris.com), article sur « les marchés négociés après publicité préalable et mise en concurrence, Florence Trinh

<sup>128</sup> ***Manuel d'application du code des marchés publics, circulaire du 7 janvier 2004, pages 41***

<sup>129</sup> CE, 14 mars 1997, Préfet du Maine-et-Loire c/ OPHLM du Maine et Loire, req. n°1455011 RMP n°4/97, p.29

<sup>130</sup> CE, 15 janvier 1986, Société l'habitat moderne, req n°37321

*candidats ».*<sup>131</sup> De plus, *« il ne saurait être exclu que, lors d'une procédure négociée, qui, de par sa nature, peut s'étendre sur une longue période de temps, les parties prennent en considération les nouvelles évolutions technologiques intervenues pendant que les négociations se déroulaient, sans que ce fait soit considéré, à chaque fois, comme une renégociation des termes essentiels du contrat justifiant l'application des nouvelles règles du droit ».*<sup>132</sup> Par conséquent, il est admis que des modifications puissent être apportées au cahier des charges en cours de négociations afin de ne pas perdre le bénéfice des évolutions technologiques. Cela relève d'une logique d'achat efficace et les acheteurs ne peuvent que s'en réjouir.

Toutefois, si des modifications sont apportées au cahier des clauses techniques particulières, la personne responsable des marchés doit inviter tous les candidats avec lesquels elle négocie à adapter leurs propositions.<sup>133</sup> Dans le cas contraire, les acheteurs se rendraient coupables du délit de favoritisme pour non-respect du principe d'égalité de traitement.

La cour administrative d'appel de Marseille<sup>134</sup> a précisé les contours de la négociation dans un arrêt du 27 juin 2002. L'attendu à retenir dispose que : *« le préfet fait grief au syndicat de ce que le marché finalement conclu comporte des modifications importantes par rapport aux documents de consultation proposés aux candidats ; que cependant, d'une part, la procédure du marché négocié implique nécessairement pour l'administration l'engagement d'une discussion avec les candidats en vue d'obtenir les meilleures conditions de possession du marché ; que d'autre part, il résulte de l'instruction que l'article 2 du règlement de la consultation prévoyait que le cahier des clauses administratives particulières et le cahier des clauses techniques particulières étaient susceptibles d'évoluer en fonction des propositions des candidats ; que ces modifications n'altéraient de manière substantielle, ni l'objet, ni les conditions de la consultation, que notamment les tranches conditionnelles n'étaient prévues qu'à titre éventuel, que l'augmentation à neuf ans de la durée du marché était prévue comme une option à étudier par les candidats, que les modalités de paiement des acomptes et du solde ainsi que l'intégration d'un régime d'avance font partie des éléments objets de la négociation et ont été soumis aux trois candidats qui se sont fait connaître ; que la prise en compte des compensations tarifaires n'était pas prévue par le règlement, mais seulement par le projet de cahier des clauses techniques particulières et que leur exclusion a été le résultat d'une discussion avec chacun d'eux après comparaison de leurs propositions et analyse des distorsions qu'elle révélait ; que par suite ce moyen manque en droit et en faits »*

---

<sup>131</sup> CE, 29 juillet 1998, Société ORT, AJDA 1999, p.250

<sup>132</sup> CJCE, 5 octobre 2000, aff. C-337/98, Commission c/ France, BJCP 2000, n°14, p.78

<sup>133</sup> CE, 28 juillet 1999, Institut français de recherche scientifique pour le développement de la coopération, société OCEA, req n°186051 :

<sup>134</sup> CAA Marseille, 27 juin 2002, Préfet des Bouches du Rhône, req. N°00-01402, 00-01513 et 00-02530



Il apparaît clairement que le juge attend dans le cadre d'une négociation d'abord que les documents soient suffisamment clairs sur la portée de la négociation envisagée et précisent les aspects du dossier qui pourront évoluer. Ensuite et classiquement en marché public, il appartient à la collectivité d'assurer l'égalité de traitement entre les candidats dans la négociation.<sup>135</sup>

## 5-Les modalités de la négociation

Les acheteurs publics ont la liberté de se faire assister lors de la conduite des négociations de toute personne qualifiée de son choix. Pour les marchés à fort enjeu technique, il est souhaitable de recourir à cette faculté. Cette possibilité doit être précisée dans le règlement de la consultation.

Il me semble préférable au regard du principe d'égalité pour les acheteurs d'être assisté pour la conduite de tous les entretiens ou pour aucun. Il ne semble, en effet, pas souhaitable de recourir aux services d'un technicien pour mener la négociation d'une seule offre.

Les acheteurs peuvent décider dans le règlement de la consultation de procéder en plusieurs rencontres successives. Dans cette hypothèse, le règlement de la consultation doit prévoir un nombre minimum et maximum d'entretiens, voire les conditions dans lesquelles elles peuvent être prorogées. Toutefois, le principe d'égalité impose que chaque candidat bénéficie d'un nombre d'entretien équivalent.

La difficulté de conduire des entretiens de négociation consiste dans le respect du principe de transparence des procédures et de son corollaire, la traçabilité des procédures. Les acheteurs doivent ainsi établir un procès verbal de négociation. Celui doit indiquer :

- le nom et coordonnées de l'entreprise candidate ;
- le nom et fonction de son représentant ;
- le nom et fonction du représentant de la collectivité ;
- le nom et fonction des personnes qualifiées
- la date, lieu et durée de la négociation ;
- le contenu des négociations (présentation de la société, les arguments avancés, les modifications apportées au cahier des charges ; celles apportées aux offres...)
- la signature des protagonistes

Au plus ce document est complet, au plus la sécurité juridique sera grande pour les acheteurs.

### Sous-section 2-La conduite de la négociation par entretien téléphonique

Cette solution peut être retenue comme substitut à la conduite de négociation par entretien. En effet, le règlement de la consultation peut tout à fait prévoir que les

---

<sup>135</sup> L'actualité de la commande publique et des contrats publics, n°1, janvier 2003, p.56

candidats, dont les frais de déplacement sont disproportionnés par rapport au montant prévisionnel du marché, négocient par téléphone. Elle présente l'avantage d'assurer des échanges en temps réel et garde un aspect relationnel.

La difficulté de ce mode de négociation est la traçabilité des échanges. Des procès verbaux de négociation doivent être établis au même titre que celle par entretien.

Les procès verbaux peuvent être établis par fax , par courrier ou par mail. Leur contenu doit être le même que pour le procès verbal de négociation par entretien.

### **Sous-section 3-La conduite de la négociation par écrit**

La négociation par écrit assure au regard des principes fondamentaux de la commande publique une sécurité juridique beaucoup plus grande que celle par entretien. Cependant, il est plus difficile de la mettre en œuvre. La force de persuasion étant réduite. L'interaction des échanges lui fait défaut. Il est alors difficile d'arracher une concession aux entreprises qui ont tout le temps nécessaire pour répondre. De plus, les arguments avancés par l'acheteur pour convaincre les candidats de faire un effort sur le prix, les délais, la qualité seront plus facilement carrés par les interlocuteurs ne souffrant pas de la pression ou tension propre à la négociation.

Cette technique de négociation ne fournit pas beaucoup de renseignements sur les produits, les entreprises candidates,... Les acheteurs devront ainsi continuer leurs recherches dans le cadre du marketing achat pour parfaire leur connaissance du marché.

Elle présente toutes les qualités pour respecter les principes fondamentaux d'égalité de traitement des candidats et de transparence des procédures. Le fait de conserver toutes les lettres assure la traçabilité des échanges.

Toutefois, elle ne semble pas être la solution à retenir pour garantir un bon résultat. L'avantage d'une telle procédure sur celle classique de l'appel d'offres n'est pas évident. Ce mode de négociation impersonnel me semble dépourvu sur le point de vue économique de tout intérêt. Pour autant, il peut paraître rassurant pour les acheteurs publics d'un point de vue juridique.

### **Sous-section 4-La conduite de négociation par mail**

Conduire des négociations par mail allie à la fois les avantages de celle menée par courrier et de celle par téléphone. En effet, elle facilite la traçabilité des échanges, les mails pouvant être imprimés et conservés. Par ailleurs, les échanges peuvent être conduits en temps réel avec les systèmes de communication tels que « MSN ». De ce fait, la négociation par mail est plus interactive que celle menée par courrier. Elle permet ainsi de réduire les délais des échanges.

La conduite de négociation par mail est à conseiller au lieu et place de celle menée par courrier ou par téléphone. Elle assure en effet la sécurité juridique de l'écrit et l'interactivité des échanges téléphoniques.

Toutefois, si les acheteurs choisissent de recourir à cette formule, ils devront prévoir un mode de substitution. En effet, toutes les entreprises ne sont pas encore équipées de

ce mode de communication. Cela conduirait à restreindre la concurrence, ce qui est interdit.

### **Sous-section 5-Les enchères inversées : une technique de négociation**

Cette pratique est encadrée en droit interne par le Décret n° 2001-846 du 18 septembre 2001 pris en application du 3° de l'article 56 du code des marchés publics et relatif aux enchères électroniques.

L'article 1.7 de la Directive 2004/18/CE du Parlement européen et du conseil du 31 mars 2004 relative à la coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, de fournitures et de services définit les enchères électroniques comme **« un processus itératif selon un dispositif électronique de présentation de nouveaux prix, revus à la baisse, et/ou de nouvelles valeurs portant sur certains éléments des offres, qui intervient après une première évaluation complète des offres, permettant que leur classement puisse être effectué sur base d'un traitement automatique. »**

Le décret du 18 septembre 2001 définit les conditions de mise en oeuvre de cette technique particulière d'achat que sont les enchères électroniques inversées. Son article 1 définit les enchères inversées comme la **« procédure au cours de laquelle les entreprises ayant proposé une offre, financière notamment, peuvent l'ajuster, à la baisse, au fur et à mesure des enchères dans la mesure où elles sont informées des offres concurrentes »**.

Si on considère la négociation comme **« l'étape de l'acte d'achat durant laquelle va être affinée puis fixée l'offre des soumissionnaires »**<sup>136</sup>, alors on peut considérer les enchères électroniques comme une technique de négociation. Il s'agit bien de l'organisation sous une forme d'échanges électroniques d'un rapprochement des offres aux attentes de la personne publique. Un élément clé cependant de ces négociations est lié à l'intangibilité du ou des critères sur lesquels les candidats vont améliorer leur offre.

Elles constituent, à mon sens, un nouveau mode de négociation. En effet, les candidats peuvent faire évoluer leurs offres. Les données techniques, la qualité, le prix des offres sont pris en compte pour leur analyse.

L'article 56 alinéa 3 du code des marchés publics dispose qu'un **« décret précise les conditions dans lesquelles des enchères électroniques peuvent être organisées pour l'achat de fournitures courantes. »**. De plus l'article 2 Décret n°2001-846 du 18 septembre 2001 pris en application de l'article 56 du code des marchés publics et relatif aux enchères électroniques dispose que **« Les marchés pour lesquels est organisée une procédure d'enchères publiques sont passés, en fonction de leur montant, selon les procédures prévues aux articles 28, 32 et 33 du code des marchés publics ainsi que, le cas échéant, au 1o du I, 1o du II et 3o du II de l'article 35 et à l'article 72 du même code »**. Par conséquent, la personne publique peut avoir recours à cette technique de sélection des offres pour la procédure d'appel d'offres. Les enchères inversées constituent ainsi une exception au principe de l'interdiction de négocier les offres dans la procédure d'appel d'offres.

---

<sup>136</sup> Dossier n°16 de janvier 2002 relatif aux enchères inversées, K-Buy, 10 pages

L'article 54.2 de la Directive 2004/18/CE du Parlement européen et du conseil du 31 mars 2004 relative à la coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, de fournitures et de services dispose que **« dans les procédures ouvertes, restreintes ou négociées, les pouvoirs adjudicateurs peuvent décider que l'attribution d'un marché public sera précédée d'une enchère électronique lorsque les spécifications du marché peuvent être établies de manière précise.(...) L'enchère électronique porte : -soit sur les seuls prix lorsque le marché est attribué au prix le plus bas, -soit sur les prix et/ou sur les valeurs des éléments des offres indiqués dans le cahier des charges lorsque le marché est attribué à l'offre économiquement la plus avantageuse. »**

Les critères de choix devront être objectifs et faire l'objet d'une pondération de manière à ce que les offres puissent être classées selon une formule mathématique. Il est ainsi préférable de baser le choix des offres sur des faits (matériaux,...) ou des chiffres (délais d'intervention, prix...). L'article 54.3 de la directive de 2004 dispose que **« lorsque l'attribution est faite à l'offre économiquement la plus avantageuse, l'invitation est accompagnée par le résultat de l'évaluation complète de l'offre du soumissionnaire concerné »**. Par conséquent, les candidats doivent être avertis avant le début de la conduite des négociations, de leur classement au regard des critères de sélections définis dans le cahier des charges ou dans le règlement de la consultation.

Les enchères inversées présentent de nombreux avantages :

- elles permettent de **gagner du temps** par rapport à la conduite de négociations classiques<sup>137</sup>. En effet, elles permettent de négocier avec un nombre important de fournisseurs en même temps. Compte tenu du coût de la mise en œuvre d'un tel procédé, lorsque le marché fournisseur est de petite taille, il est conseillé de recourir à un mode de négociation classique.
- elles assurent **l'égalité de traitement** des candidats et la **transparence** des procédures ;
- les entreprises peuvent se positionner par rapport aux offres des autres candidats. La **concurrence** joue ainsi en faveur de la personne publique. **« Ce procédé est transparent et simple d'usage pour les entreprises. Les candidats à un marché, contrairement à une remise d'offre sous pli scellé, connaissent en temps réel les propositions de leurs concurrents. Il n'y a pas d'incertitude. Ils ont donc le choix, à tout moment, soit de rester dans la course, soit de se retirer. (...) Par ailleurs, la plus grande lisibilité des offres communiquées permettent aux entreprises de mieux ajuster leurs propositions en fonction des souhaits de la personne publique »**<sup>138</sup>. L'échange d'informations est parfait ; sur l'écran apparaît et évolue la proposition la mieux-disante<sup>139</sup>

<sup>137</sup> [www.jurimaths.com](http://www.jurimaths.com) : Les enchères électroniques inversées : mode d'analyse juridique du 2 mars 2004 ; elles respectent le principe de confidentialité des offres. En effet, l'article 5

du Décret no 2001-846 du 18 septembre 2001 pris en application du 30 de l'article 56 du code des marchés publics et relatif aux enchères électroniques dispose que **« l'a**

<sup>138</sup> Achatpublic.com, Invité du Jeudi, Pierre-Henri Morand sur la dématérialisation de la commande publique, le 2 novembre 2003

**personne publique prend les mesures propres à garantir la sécurité des informations portant sur les candidatures et les offres. Elle s'assure que ces**

<sup>139</sup> Gestions Hospitalières, mars 2004, Au cœur des réformes en cours et dans la perspective du plan Hôpital 2007

**informations demeurent confidentielles jusqu'à l'expiration des délais de remise des candidatures et des offres et ne sont ensuite accessibles qu'à des personnes autorisées par la personne responsable du marché ».**

La concurrence joue en faveur de l'acheteur en favorisant la diminution du prix des offres.

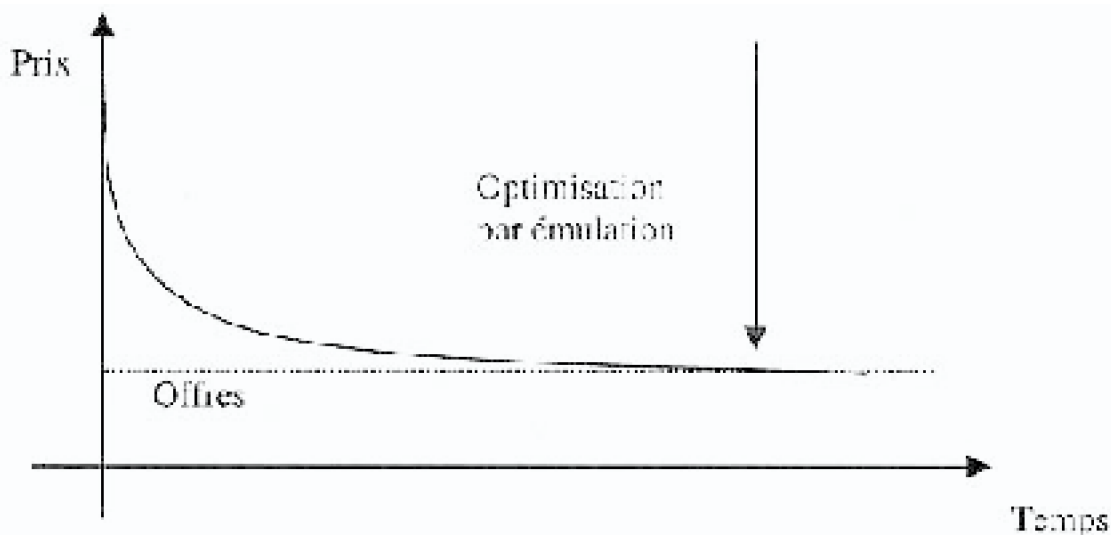


Figure 10 : Optimisation du prix de vente

La rédaction du cahier des charges doit être effectuée avec grand soin. Plus le cahier des charges est complexe et détaillé, moins les fournisseurs recourront au « dumping » ou à des ententes. L'acheteur doit veiller à ce que le produit ou la prestation recherchée relève d'un marché concurrentiel important afin d'obtenir les meilleurs résultats lors des enchères inversées. On en revient donc à l'importance du travail amont de l'acheteur (marketing achat). Si la concurrence est faible, il convient de procéder à des négociations classiques.

De plus, les acheteurs ne doivent pas oublier que ce mode de négociation n'est pas accessible à tous. Elles peuvent conduire à l'exclusion des petites et moyennes entreprises.

**« Les risques d'offres anormalement basses ne sont pas plus importants dans l'appel d'offres que dans les enchères inversées. Par contre, le dumping est rapidement repérable, pour les candidats à un même marché et pour les collectivités, dans le cas des enchères qui ont la vertu d'être une procédure transparente. »<sup>140</sup>.**

Certains se montrent méfiants à conduire des enchères inversées. Ils craignent, en effet, une baisse de la qualité des produits. Cet argument peut être écarté, lorsque la personne publique acquiert l'offre économiquement la plus avantageuse, les offres étant sélectionnées au regard des critères préétablis par la personne publique et notamment la qualité.

<sup>140</sup> Achatpublic.com, Invité du Jeudi, Pierre-Henri Morand sur la dématérialisation de la commande publique, le 2 novembre 2003

## Section 4 : Conclure : la fin des négociations

---

Les acheteurs doivent essayer d'identifier le point de rupture des candidats. Il s'agit du moment à partir duquel le candidat refuse de signer le contrat. L'acheteur ne doit conclure les négociations qu'une fois ce point de rupture atteint. L'acheteur connaît, ainsi, les limites des propositions des candidats. Cette information leur permet de savoir qu'ils ont été au bout de la négociation et leur permettra de fixer ultérieurement plus facilement des prix d'objectifs.

La conclusion des négociations dans la sphère publique n'a rien de commun avec celle menée par les acheteurs privés. En effet, l'issue de la négociation ne peut pas être utilisée comme un levier d'achat par les acheteurs publics. Le principe d'égalité de traitement des candidats imposé par l'article 1 du code des marchés publics s'y oppose. Les acheteurs ne peuvent pas garantir à un candidat l'attribution du marché s'il accorde, par exemple, un rabais supplémentaire.

Les candidats, à la fin des négociations, doivent remplir le procès verbal de négociation. Ils devront envoyer ultérieurement un acte d'engagement afin de confirmer leur offre. Celle-ci sera évaluée au regard des critères de sélection en toute objectivité. Les candidats ne semblent pas tenus de proposer une offre en tout point conforme avec celle établie lors des négociations. Ils peuvent faire une offre plus avantageuse ou revenir sur leurs propositions.

Les entreprises soumissionnaires peuvent revoir leur copie. Les acheteurs publics perdent, de ce fait, tout l'intérêt de la négociation. Les candidats, sous la pression, accordent des points qu'ils peuvent regretter ultérieurement. Ils bénéficient, ainsi, de la possibilité de modifier les propositions faites lors de la négociation.

A la suite des négociations, les acheteurs doivent établir un rapport destiné à la commission d'appel d'offres. Ils doivent relater le déroulement des négociations :

- ce qu'ils ont obtenu
- ce qu'ils ont consenti, les modifications du cahier des charges,...

Les informations recueillies doivent être l'objet d'un classement et d'une analyse. Elles seront utilisées pour la passation des prochains marchés. Ainsi, ils peuvent constituer des dossiers fournisseurs regroupant toutes les informations nécessaires telles que leur chiffre d'affaires, leur politique de développement,... Les acheteurs doivent synthétiser les données recueillies afin de gagner du temps pour la préparation de futures rencontres. Ces documents peuvent être utilisés lors de prochains marchés notamment pour établir les prix d'objectif ou par les acheteurs reprenant le dossier.

Les acheteurs doivent rester en bon terme avec les candidats à l'issue de la négociation. En effet, ils seront amenés à se rencontrer de nouveau au cours de prochains cycles d'achat. Il est préférable de garder de bons contacts afin de développer en dehors des négociations un climat de confiance indispensable à de bonnes relations.

Le retour d'expérience constitue une phase capitale du processus achat. Elle

consiste à analyser les étapes du processus achat afin de lui apporter des améliorations. Il doit permettre de voir si le besoin a été satisfait.

Les acheteurs doivent faire preuve d'objectivité, de pertinence et de traçabilité pour :

- analyser leurs négociations en vue de s'améliorer (argumentaire, comportement,...)
- établir des tableaux de bord de manière à identifier les résultats obtenus de la négociation.

**Tableau 2: tableau de bord des résultats de négociation**

Fixation
des
payés/prix
l'objectif
d'objectifs
Bonne
des
praxché
négociés/nombre
de
produits
proposé
Efficacité
proposé/prix
négocié

Les acheteurs osant analyser objectivement leur travail développeront aisément les qualités nécessaires à la conduite de bonnes négociations ne renouvelant plus les erreurs du passé. La négociation est un outil dont l'apprentissage n'est possible que par la pratique. Savoir analyser ses erreurs est le meilleur moyen de s'assurer de rapides progrès en la matière.

La conduite des négociations est un point épineux. Toutes les étapes revêtent une grande importance. Leur mise en œuvre nécessite des acheteurs un investissement important. Pour autant, on peut comprendre les réticences des agents publics à recourir à la négociation, compte tenu du risque juridique encouru.





## Quatrième partie : Les enjeux juridiques de la négociation

L'achat public est une matière pénalisée. Le non-respect des règles par les acheteurs publics, volontairement ou non, peut conduire à leur condamnation pénale sur le fondement du délit de favoritisme. La négociation, nouvel outil mis à la disposition des acheteurs publics, n'est pas encadrée par le code des marchés publics. Cet état de fait n'encourage en rien les acheteurs publics à mettre en œuvre ce nouvel outil. **« Les élus généraliseront la négociation lorsqu'ils auront la certitude qu'ils ne prendront pas de risques sur le plan pénal ».**<sup>141</sup> Yannick Paré, responsable des marchés à Châlons-en-Champagne et à la communauté d'agglomération affirme que les acheteurs acceptent **« d'être responsables à condition de connaître les règles du jeu ».**

Le recours à la négociation est encouragé pour la passation des marchés à procédure adaptée. Or, là encore les acheteurs se retrouvent démunis de tout encadrement. **« Seules l'expérience et la jurisprudence apporteront des réponses sur ce qu'est une procédure adaptée » estime Marc Falize, Président de l'Association des acheteurs de collectivités territoriales.**<sup>142</sup>

La difficulté pour les acheteurs est qu'ils doivent travailler en aveugle en attendant

---

<sup>141</sup> *Négocier ou pas, telle est la question, Jean-Marc Binot, Achatpublic.com, Brèves à la Une, 28 mai 2004*

<sup>142</sup> *La gazette des communes, n°1740 du 3 mai 2004, p.10*

que les juges se soient prononcés pour encadrer la liberté d'action lors de la conduite de négociation. Le code des marchés publics leur impose le respect des principes fondamentaux de la commande publique, applicables dès le premier euro. Chaque acheteur doit ainsi les appliquer avec le risque de mal les interpréter.<sup>143</sup>

## **Chapitre 1- Enoncé des principes fondamentaux de la commande publique**

Les principes fondamentaux énoncés à l'article 1<sup>er</sup> du code des marchés publics sont :

- le principe de liberté d'accès à la commande publique
- le principe d'égalité de traitement des candidats
- le principe de transparence des procédures

Ces principes ont valeur constitutionnelle et sont reconnus au niveau communautaire (Section 1). La jurisprudence a permis de définir leurs contours. Il est alors important pour les acheteurs publics de suivre les évolutions jurisprudentielles en la matière (Section 2).

### **Section 1- La valeur de ces principes**

---

Les principes fondamentaux de la commande publique ont une valeur constitutionnelle depuis peu. Ils ont donc une valeur supérieure à la loi et aux règlements. C'est ce qu'a affirmé le Conseil Constitutionnel dans sa décision du 26 juin 2003 relative à la loi habilitant le gouvernement à simplifier le droit. Elle a jugé que : **« considérant, en troisième lieu, que les dispositions d'une loi d'habilitation ne sauraient avoir ni pour objet ni pour effet de dispenser le gouvernement, dans l'exercice des pouvoirs qui lui sont conférés par l'article 38 de la constitution, de respecter les règles et principes de valeur constitutionnelle, ainsi que les normes internationales et européennes applicables ; en particulier, les dispositions relatives à la commande publique devront respecter les principes qui découlent des articles 6 et 14 de la déclaration de 1789 et qui sont rappelés par l'article 1er du nouveau code des marchés publics, aux termes duquel : « les marchés publics respectent les principes de liberté d'accès à la commande publique, d'égalité de traitement des candidats et de transparence des procédures ». L'efficacité de la commande publique et la bonne utilisation des deniers publics sont assurées par la définition préalable des besoins, le respect des obligations de publicité et de mise en concurrence ainsi que par le choix de l'offre économiquement la plus avantageuse. »**

Les trois principes de l'article 1 du code des marchés publics s'imposent donc à tous

---

<sup>143</sup> Achatpublic.com, Brève à la Une, 17 mai 2004

et à tous les marchés publics. Les marchés en dessous des seuils doivent également les respecter. Le Conseil d'Etat a retenu cette hypothèse dans un avis de 2002, en affirmant qu'« **ils (les marchés sans formalités préalables) sont donc passés en application du code des marchés publics, au même titre que les marchés pour la passation desquels le code impose le respect de règles de procédure. Ces marchés demeurent du reste soumis aux principes généraux posés à l'article 1er du code, selon lesquels « les marchés publics respectent les principes de liberté d'accès à la commande publique, d'égalité de traitement des candidats et de transparence des procédures.** »<sup>144</sup>

Les principes de la commande publique reconnus par la Cour de Justice des Communautés Européennes sont issu du traité de l'Union Européenne. Dans un arrêt du 7 décembre 2000, Telaustria Verlag GmbH<sup>145</sup>, elle a affirmé que: « **les entités adjudicatrices les concluant sont, néanmoins, tenues de respecter les règles fondamentales du traité en général et le principe de non discrimination en raison de la nationalité en particulier. En effet, ainsi que la cour l'a jugé dans son arrêt du 18 novembre 1999, Unitron Scandinavia et 3-S, ce principe implique, notamment, une obligation de transparence qui permet au pouvoir adjudicateur de s'assurer que le dit principe est respecté. Cette obligation de transparence qui incombe au pouvoir adjudicateur consiste à garantir, en faveur de tout soumissionnaire potentiel, un degré de publicité adéquat permettant une ouverture du marché des services à la concurrence ainsi que le contrôle de l'impartialité des procédures. Il appartient au juge national de statuer sur le point de savoir si cette obligation a été respectée dans l'affaire au principal et d'apprécier en outre la pertinence des éléments de preuve produits à cet effet.** ». Dans cette décision, la Cour de Justice des Communautés Européennes définit le principe de transparence comme le fait pour la personne publique de mettre en œuvre une publicité suffisante pour ouvrir la concurrence.

Les marchés d'un faible montant sont soumis au respect des principes communautaires, même s'ils ne rentrent pas dans le champ d'application des directives.<sup>146</sup> De même, les marchés à procédure adaptée n'ont pas leur procédure détaillée, encadrée par le code des marchés publics. Pour autant, ils constituent des marchés publics et, à ce titre, sont soumis à leur respect. De ce fait, les négociations menées dans le cadre des marchés publics ne peuvent pas les transgresser.

## Section 2- Le contenu des principes fondamentaux de la commande publique

L'article 2 de la Directive 2004/18/CE du Parlement européen et du conseil du 31 mars 2004 relative à la coordination des procédures de passation des marchés publics de

<sup>144</sup> CE, Avis, 29 juillet 2002, *Société MAJ Blanchisserie de Pantin*, BJCP 2002, p.427

<sup>145</sup> CJCE, 7 décembre 2000, *Telaustria Verlag GmbH* : Contrats et Marchés publics 2001, comm. N°50

<sup>146</sup> CJCE, 3 décembre 2001, *Bent Moustén Vestergaard*, Aff. C-59/00

travaux, de fournitures et de services intitulé **« Principes de passation des marchés » dispose que « les pouvoirs adjudicateurs traitent les opérateurs économiques sur un pied d'égalité, de manière non discriminatoire et agissent avec transparence »**. Ainsi, les négociations doivent être menées dans des conditions équitables entre les candidats<sup>147</sup>.

Ce principe est applicable au niveau de la publicité des marchés. Il ne concerne donc pas la phase de négociation, à condition, bien sûr que la sélection des candidats est été faite sur le fondement de critères non-discriminatoires.

### 1-Le principe d'égalité de traitement des candidats

**« La première contrainte à laquelle l'acheteur doit faire face lors de la conduite de négociation est d'assurer aux candidats une égalité de traitement. La seconde contrainte, corollaire de la première, est la transparence de la procédure qui doit être réalisée dans le respect du secret industriel et commercial entourant le savoir-faire des candidats. »**<sup>148</sup>

L'article 30.3 de la directive 2004/18/CE du Parlement européen et du conseil du 31 mars 2004 relative à la coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, de fournitures et de services dispose qu' **« au cours des négociations, les pouvoirs adjudicateurs assurent l'égalité de traitement de tous les soumissionnaires. En particulier, ils ne donnent pas, de manière discriminatoire, d'information susceptible d'avantager certains soumissionnaires par rapport à d'autres »**. On peut donc en déduire que le principe d'égalité de traitement conduit à fournir les mêmes informations à chaque candidat lors de la conduite des négociations. Les acheteurs devront lors de la préparation des négociations établir une liste de celles susceptibles d'être données aux candidats. Le plus difficile sera à gérer les réponses à leurs questions. Comment assurer une stricte égalité alors que chaque candidat aura ses propres questions à poser ?

CE, 29 avril 2002, Groupement des Associations de l'ouest parisien, CP-ACCP, n°13, juillet-août 2002, p.11 : **« La personne responsable de la passation du contrat de délégation de service public (peut) apporter, au cours de la consultation engagée sur le fondement des dispositions de l'article L.1411-1 du CGCT, des adaptations à l'objet du contrat qu'elle envisage de conclure au terme de la négociation lorsque ces adaptations sont d'une portée limitée, justifiées par l'intérêt du service et qu'elle ne présentent pas, entre les entreprises concurrentes, un caractère discriminatoire »**. Par conséquent, les modifications que peuvent apporter les acheteurs publics ne doivent pas conduire à favoriser un candidat par rapport à un autre. On pourrait considérer qu'il y a rupture d'égalité de traitement lorsqu'elles conduisent à demander un produit entrant dans la spécialité d'un candidat.

Le principe d'égalité de traitement a été défini comme suit par le Commissaire du Gouvernement Piveteau : **« Ce n'est pas parce que l'administration est tout d'un**

---

<sup>147</sup> Le code 2004 des marchés publics, Contrats Publics, numéro spécial de mars 2004, p.72

<sup>148</sup> *Manuel d'application du code des marchés publics, circulaire du 7 janvier 2004, pages 42*

*coup dispensée des termes les plus rigides de la mise en concurrence qu'elle échappe au respect du principe d'égalité. L'autorité publique ne peut absolument pas adopter, au cours de négociations qui impliquent deux candidats, une attitude discriminatoire à l'égard de l'un d'entre eux. Et pourtant l'habileté du négociateur doit pouvoir prendre appui sur quelques opacités soigneusement calculées : il faut pouvoir, par exemple, informer chacune des sociétés de certains éléments de l'offre concurrente, sans que ce soit forcément les mêmes choses que l'on dévoile à l'un et à l'autre, il faut pouvoir pousser en tête-à-tête certains avantages, sans devoir immédiatement dévoiler au concurrent le détail de ce qui a pu être obtenu. »*<sup>149</sup> Il est ainsi interdit de dire à un candidat le contenu de l'offre de son concurrent, alors que les acheteurs refusent cette information à l'autre. Ainsi, le manuel d'application du code des marchés publics explique que **« l'acheteur devra particulièrement veiller à (...)maintenir les candidats à un même niveau d'information. »**

Il est, de plus, interdit pour les acheteurs publics de négocier simultanément deux lots d'un même marché afin d'obtenir une remise sur l'un à la condition que l'entreprise se voit attribuer les deux lots. Cette attitude est contraire à la fois aux dispositions de l'article 10 du code des marchés publics, mais également au principe d'égalité. En effet, les entreprises ne soumissionnant qu'à un seul lots seraient alors désavantagées, puisque qu'elles seraient incapables de proposer les mêmes conditions.

De plus, constitue une atteinte au principe d'égalité de traitement le fait pour l'administration de se substituer dans la négociation à une entreprise et de modifier son offre. Cela est contraire d'une part à la règle de l'objectivité de la négociation et à la règle de l'égalité de traitement des offres : CE, 9 septembre 1994, Coenon, Lebon p.54

## **2-Le principe d'intangibilité des offres**

Ce principe interdit aux candidats de modifier leurs offres, une fois remises à la personne publique. Est-il applicable à la négociation ?

Il a été admis dans le cadre des délégations de services publics que les offres elles-mêmes puissent être modifiées pour satisfaire aux exigences posées par le dossier de consultation<sup>150</sup>. Toutefois, il est difficile d'estimer si cette jurisprudence est transposable aux marchés publics.

De plus, les offres définitives des candidats seront remises à l'administration par l'envoi d'un nouvel acte d'engagement après la fin de la conduite des négociations. Le principe d'intangibilité doit alors s'appliquer aux offres définitives des entreprises.

## **3-Le principe de confidentialité des offres**

Ce principe a été entériné dans l'AMP accord sur les Marchés Publics du 15 avril 1994,. Son article 14 dispose que **« les entités traiteront les soumissions de manière**

---

<sup>149</sup> *Conclusions du Commissaire du Gouvernement Piveteau sous :CE, 15 juin 2001, Syndicat intercommunal d'assainissement de Saint-Martin-de-Ré et La-Flotte-en-Ré, requête n°223481*

<sup>150</sup> CE, 14 mars 2003, Société Air Lib et a., req n°251610, cahier détaché n°1 p.464

**confidentielle. En particulier, elles ne donneront pas d'information destinée à aider des participants déterminés à porter leurs soumissions au niveau de celles d'autres participants. »**

Ce principe constitue une limite à la fourniture d'informations par les acheteurs aux candidats sur les offres concurrentes. Leur contenu n'est pas couvert entièrement par le secret commercial. Le prix ne recouvre pas cette qualité. Il semble ainsi possible de divulguer les prix des différentes offres sans donner le nom de l'entreprise ayant établi l'offre.<sup>151</sup> En effet, l'article 54.6 de la Directive 2004/18/CE du Parlement européen et du conseil du 31 mars 2004 relative à la coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, de fournitures et de services dispose que **« en aucun cas, les pouvoirs adjudicateurs ne peuvent divulguer l'identité des soumissionnaires pendant le déroulement des phases de l'enchère électronique »**. L'identité des concurrents ne peut, lors de la conduite des négociations, en aucun cas divulguée.

De plus, les candidats ne peuvent pas être tenus au courant de l'avancée des négociations avec un autre candidat, ni les points qui ont été abordés.<sup>152</sup>

Bien entendu, le dernier élément ne pouvant être dévoilé par les acheteurs aux autres candidats est constitué par **« les renseignements que les opérateurs économiques lui ont communiqués à titre confidentiel ; ces renseignements comprennent notamment les secrets techniques ou commerciaux et les aspects confidentiels des offres. »**<sup>153</sup>

#### **4- Le principe de transparence :**

**« Le recours à la négociation permet d'obtenir un meilleur achat dans le respect des règles de transparence »**<sup>154</sup>. Ainsi, les acheteurs doivent assurer la transparence des négociations. Le corollaire à ce principe est la traçabilité des échanges. Ainsi, **« Les acheteurs devront particulièrement veiller à la traçabilité des échanges effectués avec chacun des candidats. »**<sup>155</sup>

Sa mise en œuvre passe également par l'information des candidats. En effet, ils doivent pouvoir connaître lors de la lecture du règlement de la consultation les modalités de passation du marché (forme de la négociation, sur quoi va porter la négociation,...).

La transparence des procédures doit permettre de vérifier que les négociations ont été menées dans les règles de l'art et dans le respect des principes de la commande

---

<sup>151</sup> Le code 2004 des marchés publics, Contrats Publics, numéro spécial de mars 2004, p.111

<sup>152</sup> CE, 19 décembre 1969, Société Socosat, Rec. CE, p.594

<sup>153</sup> **Article 6 de la Directive 2004/18/CE du Parlement européen et du conseil du 31 mars 2004 relative à la coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, de fournitures et de services**

<sup>154</sup> **Manuel d'application du code des marchés publics p.38**

<sup>155</sup> **Manuel d'application du code des marchés publics p.42**

publique.

## **Chapitre 2- La mise en œuvre des principes fondamentaux de la commande publique**

Les principes de transparence et d'égalité de traitement des candidats obligent les acheteurs publics à prendre de nombreuses précautions pour la conduite des négociations.

Ils doivent ainsi préciser tous les aspects importants sur le déroulement des négociations. Le règlement de la consultation doit ainsi constituer une sorte de règle du jeu des négociations. Au plus il sera précis, au plus les acheteurs bénéficieront d'une sécurité juridique importante. Il est ainsi conseillé de déterminer la durée et le nombre de chaque séance de négociation, les points du cahier des charges pouvant être l'objet de discussion,...

Les acheteurs doivent également veiller à la transparence et à la traçabilité de la procédure. Ils établissent à l'issue de chaque entretien un procès verbal de négociation. Ce document doit permettre de reconstituer le cours de négociations et leur contenu. Un dispositif sûr et exhaustif doit être mis en place. Ainsi, les échanges entre les acheteurs et les candidats au cours des phases de négociation doivent faire l'objet d'un « reporting » dans un « registre des négociations » à chaque phase de négociation.

Le contenu de ces documents peut être varié :

- les renseignements relatifs aux candidats : nom de la société, adresse, nom et fonction de son représentant,...
- les renseignements concernant le ou les acheteurs
- la date, l'objet du marché,
- les points abordés dans la négociation,
- le contenu des échanges d'informations importantes...

Il me paraît important de faire signer les procès verbaux aux candidats. En effet, ceux-ci ne pourront plus contester leur contenu. L'écrit permet de s'assurer de la réalité des informations données par l'administration lors de la négociation <sup>156</sup> :

Le fait de bien préparer les négociations et de prévoir la rédaction de procès verbaux de négociation devraient permettre de limiter le risque juridique. Cependant, les acheteurs restent dans le brouillard quant au contenu-même que doit revêtir la négociation. Il convient d'attendre les premières jurisprudences pour cerner les limites de la négociation, le contenu précis des documents relatifs au contenu de la négociation...

---

<sup>156</sup> CE, 29 juillet 1998, Commune de Léognan, req. n°190452

## **Chapitre 3 : Les conséquences du non-respect des principes fondamentaux de la commande publique**

Le non-respect des règles et principes de la commande publique peut avoir de graves conséquences. En effet, les marchés passés en violation des dispositions du code des marchés publics peuvent être annulés par le juge administratif. Encore plus grave, les acheteurs publics peuvent voir leur responsabilité pénale engagée pour non-respect de ces dispositions.

### **1-L'annulation des marchés publics**

---

Le juge administratif peut être saisi à deux moments :

- avant la signature du contrat les candidats évincés peuvent saisir le juge administratif d'un référé précontractuel. Celui-ci pourra suspendre la signature du contrat, si l'auteur de la saisine démontre l'existence d'un doute sérieux sur la légalité des procédures et notamment le respect des principes fondamentaux de la commande publique.

Dans une ordonnance en date du 21 juin 2004, le juge des référés précontractuels s'est déclaré compétent pour sanctionner les éventuels manquements aux obligations de publicité et de mise en concurrence commis en matière de MAPA : TA Saint Denis de la Réunion, ord. 21 janvier 2004, SARL Technifrance, n°00125. De là, à se déclarer compétent pour la violation du principe d'égalité de traitement en cours de négociations dans les MAPA, il n'y a qu'un pas.

Après la signature du marché, les candidats évincés pourront demander l'annulation du contrat pour non respect des dispositions du code.

Le manuel d'application du code des marchés publics (page 34) annonce que « **la méconnaissance de ces règles est susceptible d'entraîner la nullité du marché public** ». L'annulation d'un marché a été admise sur le fondement de la violation du principe de confidentialité des offres.<sup>157</sup>

De plus, l'autorité habilitée à négocier ne peut adopter un comportement discriminatoire. La rupture d'égalité de traitement entre les candidats conduit à la censure de la procédure si un candidat lésé apporte la preuve du caractère discriminatoire des négociations : CE, 15 juin 2001, Syndicat Intercommunal d'Assainissement de Saint-Martin-en-Ré et de la Flotte-en-Ré, n° 228.856 et 229.824

Les acheteurs publics sont également soumis à un risque juridique important. Ils peuvent voir, en effet, l'engagement de leur responsabilité pénale pour le non-respect de

---

<sup>157</sup> TA Nantes, 2 août 1994, req n°93-2751



ces principes alors que leur contenu n'est pas clairement défini.

## 2- Le délit de favoritisme :

---

Les acheteurs publics sont les seuls négociateurs soumis à une telle pression. En effet, les acheteurs privés ne peuvent voir pour rupture abusive des pourparlers que leur responsabilité civile quasi-délictuelle engagée sur le fondement de l'article 1382 du code civil.

Au contraire, les acheteurs publics peuvent être poursuivis sur le fondement de l'article 432-14 du code pénal leur responsabilité pénale.

Le risque est de plus en plus important car les juges ont tendance à faire de ce délit un délit objectif. De ce fait, ils peuvent être condamnés pour favoritisme pour une infraction qu'ils n'avaient pas l'intention ou conscience de commettre. Le délit de favoritisme est, en effet, constitué sans que soit relevée une intention délictueuse. De plus, une simple faute de service de l'agent peut engager sa responsabilité pénale au regard du délit.<sup>158</sup> Les acheteurs ne bénéficient d'aucune protection contre cet état de fait.

L'égalité de traitement et la transparence des procédures ne peuvent pas être sacrifiées lors de la conduite des négociations. A ainsi été condamné à 4 mois d'emprisonnement avec sursis et 20 000 F d'amende, le maire d'une commune auvergnate qui, dans le cadre d'une procédure négociée, avait obtenu de l'une des entreprises un important rabais, sans offrir aux autres candidats la possibilité de revenir sur leur offre initiale : Cass.crim, 23 mai 2002, n°01-85715

Cet état de fait est d'autant plus grave que les acheteurs ne connaissent pas clairement les limites à ne pas franchir lors de la conduite des négociations. Ainsi, Marc Falize, vice président de l'Association des Acheteurs des Collectivités Territoriales souligne qu' **« il reste que les négociations ne sont pas assez encadrées. Outre que les acheteurs publics manquent de formation à ce sujet, la technique même des dites négociations n'est pas spécifiée, d'où les risques de délit de favoritisme involontaires commis en toute bonne foi...mais malgré tout pénalement dangereux »**.<sup>159</sup>

De plus, la Cour de discipline Budgétaire et Financière peut condamner les personnes « ayant procuré ou tenter de procurer à autrui un avantage injustifié, pécuniaire ou en nature, entraînant un préjudice pour le Trésor » à une peine d'amende pouvant aller jusqu'au double du montant du traitement brut annuel de l'agent. Ainsi, a été condamné un acheteur à une telle sanction pour avoir eu recours illégalement à une procédure négociée<sup>160</sup>. Il est alors tout à fait concevable qu'un acheteur puisse être

---

<sup>158</sup> La gazette des communes, n°1740 du 3 mai 2004, p.10

<sup>159</sup> Mémoire de fin d'études « La négociation est-elle antinomique des principes inhérents aux marchés publics et aux délégations de service public ? », DESS Management du secteur public : collectivités et partenaires de Boudjahfa Nardice, p.71

condamné sur ce fondement pour avoir donné des informations de manière discriminatoire en cours de négociation.

Les acheteurs sont exposés à un risque juridique important. Il n'est pas normal de pouvoir engager la responsabilité d'agents publics sur le non-respect de principes dont le contenu n'est pas clairement défini. Il est tout à fait intéressant de mettre un nouvel outil à leur disposition, mais celui devrait s'accompagner de garanties suffisantes pour leur mise en œuvre.

---

<sup>160</sup> CDBF, 26 janvier 1992, Loing et consorts JO, 25 juillet 1995, p. 11060.

## Conclusion

La négociation constitue un outil formidable pour pratiquer des achats d'un point de vue économique. Toutefois, les garanties nécessaires à leur généralisation ne sont pas offertes aux acheteurs publics. Les collectivités locales se montrent méfiantes quand à la mise en place d'une telle procédure. Ainsi, elles ont recours le plus possible à la procédure de droit commun de l'appel d'offres, assurant une plus grande sécurité juridique aux acheteurs.

Par ailleurs, la négociation est issue des pratiques d'achat privé. Les acheteurs publics doivent donc adapter cet outil aux contraintes des marchés publics que constituent notamment les principes fondamentaux de la commande publique que sont le principe de libre accès à la commande publique, d'égalité de traitement des candidats et de transparence des procédures.

La mise en place de la négociation dans les marchés publics devraient tendre à une révolution du processus achat. En effet, celui-ci devra intégrer de nouvelles méthodes de travail telles que celles de marketing achat, encore trop souvent étranger aux acheteurs publics.

Les attentes de gains sur achat risquent de ne pas être réalisées tout de suite. En effet, les acheteurs publics sont inexpérimentés en ce domaine. Il va falloir attendre qu'ils réalisent quelques négociation avant de saisir tous les enjeux et possibilités de cet exercice.

Par ailleurs, la négociation devrait tendre à la mise en place de partenariat avec les

fournisseurs mais celui-ci sera-t-il possible au regard des principes de la commande publique ?

# BIBLIOGRAPHIE

## Mémoires

Annie Celard, « La négociation d'achat », Maîtrise IAE LYON CAPFOR

Aymeric Both, « Les enjeux et l'optimisation d'un service achat »

Guy Benoist, « La négociation d'achat » extrait de groupe Ecully  
« Négociateur : Entreprises et négociations », Edition Ellipse, 1996

Nardice Boudjahfa, « La négociation est-elle antinomique des principes inhérents aux marchés publics et aux délégations de service public », DESS Management du secteur public collectivités et partenaires IEP Lyon III

## Classeur

« Réforme du CMP Contrats et marchés publics », édition du Juris-classeur, février

2004

## Documents de formation

« Introduction au métier d'acheteur, pour cadre entrant dans la filière »  
Denis Villenove, Cours de l'école de commerce Sup de Co de Montpellier  
Fiche Achat du 12/11/2002 :Recommandations pour la mise en œuvre du grand principe n°10 :négociation systématique jusqu'au point de rupture

## Textes de loi

Code des marchés publics édition 2001  
Code des marchés publics édition 2004  
Code pénal  
Code général des collectivités territoriales  
Directive communautaire 2004/18/CE du Parlement européen et du conseil du 31 mars 2004 relative à la coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, de fournitures et de services.  
Décret no 2001-846 du 18 septembre 2001 pris en application du 3o de l'article 56 du code des marchés publics et relatif aux enchères électroniques  
Circulaire du 7 Janvier 2004 :Manuel d'application du code des marchés publics  
Mission interministérielle d'enquête sur les marchés, Octobre 2003

## Sites Internet

[www.localjuris.com...001/guideMP/Proced/consimp/negcons.htm](http://www.localjuris.com...001/guideMP/Proced/consimp/negcons.htm) Le contenu de la négociation de mise en concurrence simplifiée. Article « Les marchés négociés après publicité préalable et mise en concurrence »  
<http://www.erwan.neau.free.fr> Article « La chaîne de la valeur interne. » Article « Le cycle de vie du produit » « La méthode MACTOR ou analyser les stratégies d'acteurs » Article « Cinq forces d'un secteur selon Porter. » Article « Les 4P du marketing mix (Kotler). »

---

<http://perso.wanadoo.fr/alain.sondaz/sld001.htm> cours sur les achats en entreprise.

[www.latribune.fr](http://www.latribune.fr) « Un achat public efficace et transparent. », rubrique Hommes et idées 9 janvier 2004

[www.observatoire-collectivites.org](http://www.observatoire-collectivites.org) « quand est-il permis de négocier ? » « Comment calculer les seuils ? »

[www.redpsy.com/infopsy/negociier.html](http://www.redpsy.com/infopsy/negociier.html) Négocier avec un partenaire.

[www.cnam.fr/lipsor/dso/articles/fiche/porter.html](http://www.cnam.fr/lipsor/dso/articles/fiche/porter.html) Mickaël Porter, « L'avantage concurrentiel » Les fiches de lecture de la chaîne D.S.O

[www.achatpublic.com](http://www.achatpublic.com) Jean-Paul Callens, président de la CAO de l'Oise Article « La négociation est une question de culture. Les élus chefs d'entreprise discutent naturellement des prix. » Article « Négociier ou pas, telle est la question. » Article « Le guide des bonnes pratiques des marchés publics de l'AMF sous la loupe de deux avocats » Article « Management de l'achat : Arcachon importe les méthodes du secteur privé » Article de Pierre-Henri Morand : « La dématérialisation de la commande publique est un jeu où tout le monde est gagnant si elle s'accompagne d'une réorganisation du travail » <http://lexinter.net/WEB7/negociation.htm>

[www.lagazettedescommunes.com](http://www.lagazettedescommunes.com) Article paru dans la gazette n° 1740 du 03/05/2004 « Les acheteurs jugent le code 2004 »

[www.cnrs.fr](http://www.cnrs.fr) Article : « Négociation dans les marchés publics » 25 Juin 2004

[www.legifrance.gouv.fr](http://www.legifrance.gouv.fr)

[www.minefi.gouv.fr](http://www.minefi.gouv.fr)

[www.acheteursinfo.com](http://www.acheteursinfo.com)

[www.finances.gouv.fr](http://www.finances.gouv.fr) Article : « Le délit de favoritisme et le code des marchés publics rénové du 7 Janvier 2004 »

<http://perso.wanadoo.fr/nathalie.diaz/html/qQualité%20et%20achar.htm>

## Ouvrages

Philippe Clouët, « Les achats, un outil de management », Les éditions d'organisation

Cyrille Emery, « Passer un marché public Principes Procédures Contentieux » 1<sup>ère</sup> édition, édition Delmas

Lionel Bellenger, « Que sais-je ? La négociation »

« Passer un marché public : la passation des marchés devant le juge pénal » 1<sup>ère</sup> édition, édition Delmas 2001

« Guide pratique du nouveau code des marchés publics »

« Guide des achats et des approvisionnements », Avril 1994, édition Les référentiels Dunod

## Revues

- « Technologie et Santé », Mai 2004, n°25 Article : « Guide de procédure interne des marchés à procédure adaptée »
- « Vade-mecum de l'acheteur public »
- « L'actualité de la Commande et des contrats publics », Janvier 2003, n°18
- Christophe Cabanes et Pierre Marty, respectivement avocat au barreau de Paris et juriste : « Passation du contrat : Conditions de la négociation en marché public : des précisions utiles »
- « L'association canadienne de la construction », Décembre 2001, Bulletin spécial
- Guide des mises aux enchères inversées à l'intention de l'entrepreneur
- « Mensuel du réseau commerce et distribution des missions économiques », Septembre 2003, n°9
- « Techniques Hospitalières », Mars-Avril 2004, n°684
- Article : « Quelle est la procédure de passation de marchés la plus efficiente pour l'achat des médicaments à l'hôpital »
- « Gestions hospitalières », Mars 2004
- Article : « Au cœur des réformes en cours et dans la perspective du plan Hôpital 2007. La négociation de l'achat de prestation de services »
- « Le Moniteur », Mars 2004, numéro spécial : Le code 2004 des marchés publics
- Article : « Contrats Publics. L'actualité de la commande et des contrats publics »
- « Contrats publics » n°31, Mars 2004
- « K-Buy L'expertise achat »
- Dossier n°1 Janvier 2000 : « Les acteurs de l'e-procurement »
- Dossier n°12 Juin 2001 : « L'avenir de l'e-procurement 1<sup>ère</sup> partie »
- Dossier n°13 Juillet 2001 : « L'avenir de l'e-procurement 2<sup>ème</sup> partie »
- Dossier n°16 Janvier 2002 : « L'enchère inversée »
- Dossier n°17 Février 2002 : « Rationalisation du panel fournisseurs »
- « K-Buy Newsletter »
- Numéro 6 Octobre 2000 : « Evaluation , sélection et suivi des fournisseurs »
- « EVA Consulting La Lettre », Avril-Mai 2004, n°1
- Article : « Négocier avec un fournisseur incontournable »
- « Lettre des achats », Septembre 2003, n°109
- Article : « Les acheteurs du public professionnalisent leurs achats »



## **Documents internes aux Hospices Civiles de Lyon**

R.Pignard directeur des affaires économiques : Rapport « Activités des Hospices Civils de Lyon

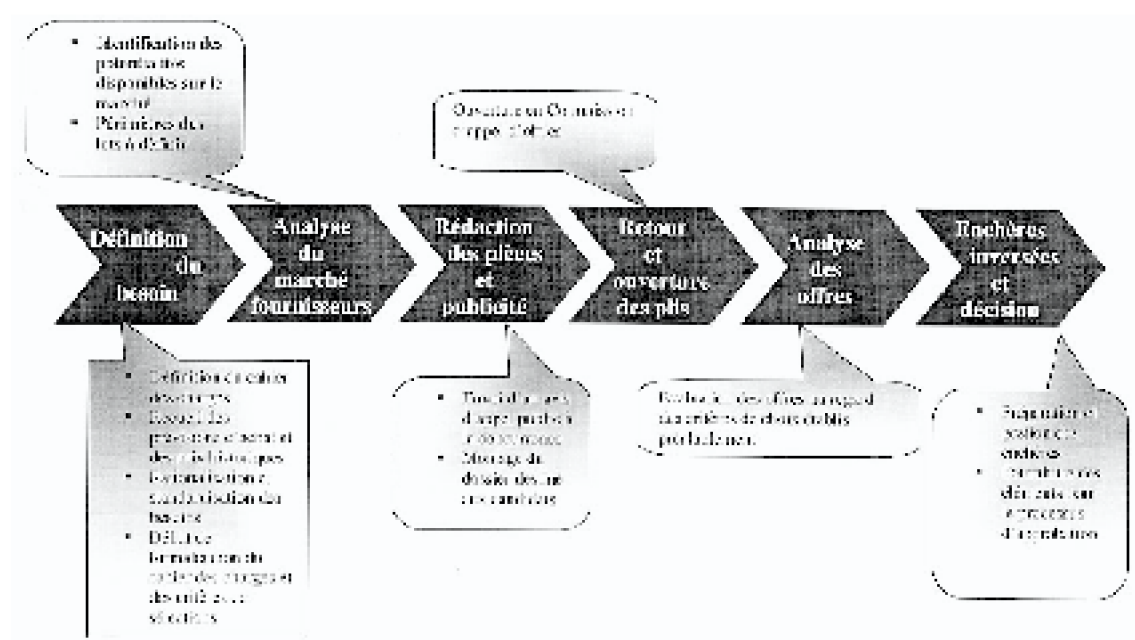
Guide des procédures Hospices Civils de Lyon



# ANNEXE

## DOCUMENTS NON COMMUNIQUE

Annexe 2 : Le processus avant enchères



## RESUME :

La négociation est un outil développé par le code des marchés publics de 2004 pour rendre l'achat public plus efficace. Percevoir les marchés publics comme un acte économique et non plus seulement comme un acte juridique bouleverse le processus achat des personnes publiques.

Les acheteurs publics doivent ainsi procéder à du marketing achat afin de réaliser une analyse fine du marché. Toutefois, les outils du processus achat privé doivent être adaptés pour être utilisés sans risque par les acheteurs publics

Mots Clés : Négociation, Marketing achat, Processus achat, Principes fondamentaux de la commande publique, Leviers d'achat, Modifications substantielles