

L'élargissement de la place de la négociation dans l'achat public, une opportunité pour les collectivités locales ?

Réalisé par William TISSOT
Mémoire soutenu le 9 septembre 2005

Sous la direction de : Madame Anne BLANC-BOGE, **Maître de Conférences de Sciences de Gestion, à l'Institut d'Etudes Politiques de Lyon – Président du jury** Monsieur Christian DEBIEVE, **Consultant en management de l'achat public – CAIRN Conseil, Directeur du mémoire** Maître Henri-Pierre VERGNON, **Avocat au Barreau de Lyon, Directeur de stage**

Table des matières

REMERCIEMENTS .	1
INTRODUCTION .	3
<u>PREMIERE PARTIE : Le cadre juridique de la négociation : des conditions d'ouverture clairement définies, mais des modalités de déroulement délaissées par la réglementation</u> ..	11
CHAPITRE 1er LES CAS D'OUVERTURE A LA NEGOCIATION DANS LE CODE DES MARCHES PUBLICS DE 2004 . .	12
§1 : Distinguer la négociation des notions voisines présentes dans le Code .	12
§2 : Les possibilités de recours à la négociation offertes par le Décret du 7 janvier 2004 . .	16
CHAPITRE 2nd LE DEROULEMENT DE LA NEGOCIATION FACE AU SILENCE DE LA REGLEMENTATION DES MARCHES PUBLICS . .	21
§1 : Toujours organiser la négociation en respectant les principes régissant la commande publique... .	22
§2 : ... pour permettre à l'acheteur public de ne pas tomber sous le coup d'une inculpation pénale pour favoritisme . .	26
<u>SECONDE PARTIE L'acquisition d'une méthodologie des achats, garantie d'une utilisation judicieuse de la négociation .</u>	33
CHAPITRE 1^{er} LA PREPARATION DE L'ACHAT : CHOISIR ENTRE L'APPEL D'OFFRES ET LA NEGOCIATION .	34
§1 : Qui doit négocier ? .	34
§2 : Quelle stratégie d'achat adopter ? .	38
<u>CHAPITRE 2 LES PROCEDES DE NEGOCIATION, OU COMMENT ABORDER LA « CONFRONTATION » AVEC LE CANDIDAT AU MARCHE . .</u>	44
§1 : Les techniques de négociation du secteur privé : une véritable source d'inspiration pour l'acheteur public ⁴⁷ .	45
§2 : L'indispensable professionnalisation du métier d'acheteur public .	49
CONCLUSION .	53
BIBLIOGRAPHIE . .	55

⁴⁷ Le présent mémoire n'a pas pour prétention de dresser une liste exhaustive des techniques de négociation utilisées dans le secteur privé mais seulement de donner certaines pistes de travail aux acheteurs publics souhaitant négocier la plus efficacement possible. Nous vous invitons à vous reporter sur les ouvrages cités dans ce paragraphe pour de plus amples informations.

Ouvrages . .	55
Articles de doctrines .	56
ANNEXES .	59
ANNEXE 1 : .	59
ANNEXE 2 : .	59
ANNEXE 3 : .	60
ANNEXE 4 : .	60
ANNEXE 5 : .	60
Résumé .	77

REMERCIEMENTS

Je tiens en premier lieu à remercier Christian DEBIEVE pour avoir accepté en urgence de diriger le présent mémoire, pour tous les conseils qu'il m'a prodigués et pour sa patience devant les retards successifs qui ont jalonnés la rédaction de ce mémoire.

Je remercie également Henri-Pierre Vergnon, Philippe Schmidt et Dominique Deporcq pour m'avoir permis d'effectuer ces nombreux mois de stage au sein de leur cabinet d'avocats et pour la confiance qu'il m'ont accordé tout au long de ma présence dans leur cabinet.

Je souhaite plus largement remercier l'ensemble de l'équipe du cabinet Deporcq-Schmidt-Vergnon pour tous les moments que j'ai passés à leurs côtés dans une ambiance studieuse, chaleureuse et conviviale. Un grand merci donc à Annie, Karine, Sandrine, Sylvie, Laure, Henry-Pierre, Philippe, Dominique, Louis-Pierre, Arnaud et Rudolph.

Je remercie aussi Madame Anne Blanc-Boge qui a accepté de mener la présidence du jury et pour tous ses conseils méthodologiques pour la rédaction de ce mémoire.

Je remercie enfin Annie et Sandrine pour le temps qu'elles ont pris pour relire mon travail afin d'en traquer les moindres fautes et coquilles.

***« Il faut toujours être prêt à négocier mais ne jamais négocier sans être prêt »
Richard NIXON***

INTRODUCTION

1. Traditionnellement, l'action administrative, fut-elle d'origine étatique ou locale, était mise en oeuvre de manière unilatérale par les personnes publiques, ce qui ne laissait que peu de place au dialogue dans la relation avec leurs multiples interlocuteurs.

Pour autant, cette manifestation unilatérale de l'autorité fait aujourd'hui bien souvent place à des procédés contractuels généralement plus opérants.

En effet, **« l'évolution des hommes et des sociétés, des cultures et des méthodes fait que contraindre est de moins en moins efficace, convaincre est de plus en plus nécessaire¹ »**.

Ainsi, et si le recours à la voie contractuelle n'était pas non plus totalement absent de l'action administrative dès le 19^e siècle – particulièrement en matière d'occupation domaniale et d'organisation des services publics – l'élargissement de la contractualisation est venue imprégner bien d'autres domaines de l'action publique, comme par exemple l'aménagement du territoire avec les contrats de plans Etat-Région, ou plus récemment avec les contrats de partenariat public-privé.

Et cette montée en puissance de la contractualisation de l'action publique entraîne nécessairement un renforcement de la place de la négociation dans la sphère publique.

Le contrat peut en effet au terme de l'article 1101 du Code civil être défini comme

¹ Aurélien Colson et Alain Peckar Lempereur, *Contractualisation et techniques de négociation : l'indispensable formation, Contrats publics n° 45 p. 41*

« une convention par laquelle une ou plusieurs personnes s'obligent envers une ou plusieurs autres à donner, à faire ou à ne pas faire quelque chose ».

La relation contractuelle, qu'elle s'inscrive dans un cadre public ou privé, génère donc un certain nombre de droits et d'obligations réciproques pour les parties, qui sont déterminés par des négociations préalables à l'engagement contractuel et qui participent à la formation d'un contrat au sein duquel chacune des parties va tenter de faire prévaloir ses positions et son point de vue.

2. Cependant, tous les contrats publics ou privés ne répondent pas à cette logique de formation contractuelle négociée.

S'agissant plus particulièrement des marchés publics, qui créent une véritable relation contractuelle entre une personne publique cherchant à répondre à son besoin, et un prestataire public ou privé qui s'estime en mesure d'y satisfaire, cette genèse de l'élaboration du contrat par le procédé de la négociation doit être très largement nuancée.

En effet, dans la mesure où la loi MURCEF du 11 décembre 2001 a confirmé la qualification jurisprudentielle des marchés publics en contrats administratifs, les marchés publics peuvent donc être définis comme **« la manifestation d'une volonté prépondérante, à quoi une autre volonté se contente d'adhérer² »**, si l'on s'en tient à la définition la plus générale qui soit de ces contrats administratifs.

Les marchés publics seraient donc, selon cette définition, des contrats d'adhésion et non des contrats dont les clauses seraient négociées en vue d'aboutir à un document équilibré au regard des prétentions préalables de chacune des parties.

Ainsi, de la même manière qu'un particulier se contente d'adhérer aux clauses d'un contrat d'assurance précédemment rédigées par l'assureur, le candidat dont l'offre aura été retenue par le pouvoir adjudicateur ne pourra que signer l'acte d'engagement du marché qui est d'ailleurs le document par lequel le candidat **« adhère aux clauses que la personne publique a rédigées³ »**.

Les marchés publics, qu'ils relèvent de la procédure d'appel d'offres ou de la procédure négociée, ne permettent donc pas de concertation préalable entre la personne publique acheteuse et l'entreprise privée soumissionnaire afin que les conditions initiales de leur relation contractuelle fassent l'objet de pourparlers.

Il est en effet très clair que dans ces procédures, la définition du besoin de la personne publique relève de sa seule compétence et toute intervention à ce stade d'un candidat aurait inéluctablement pour effet de vicier l'ensemble de la procédure de passation du contrat en ce que cela créerait une rupture dans l'égalité de traitement des candidats.

Tout au plus, dans le cadre d'une procédure négociée, le besoin de la collectivité, formalisé dans le cahier des charges, pourra-t-il subir certaines évolutions légères, façonnées par la phase de négociation, mais qui n'interviendront en tout état de cause

² Georges Péquignot, *Théorie générale du contrat administratif*, Pedone, 1945, p. 260

³ Article 11 du Code des marchés publics du 7 janvier 2004

qu'après la remise des offres primaires des candidats et en aucun cas auparavant.

Finalement, il n'est guère que la procédure de dialogue compétitif qui vienne décloisonner la définition des besoins de la personne publique des offres formulées par les candidats, en permettant, sous certaines conditions, d'associer les candidats à la définition des besoins de la collectivité – jusqu'alors définis de manière fonctionnelle – en apportant une réponse technique au programme déterminé par la personne publique acheteuse.

Dans ces conditions, **la négociation au sens strictement entendu par le Code des marchés publics ne peut donc porter que sur une amélioration des offres faites par les candidats et en aucun cas sur la définition des besoins de la collectivité qui ne peuvent pour leur part que faire l'objet en amont d'un dialogue, d'une discussion lorsqu'on se place dans le cadre de la procédure de dialogue compétitif.**

Dès lors, on peut légitimement se poser la question de savoir si la négociation telle que retenue par le pouvoir réglementaire dans le Code des marchés publics répond aux mêmes critères de définition que la négociation appliquée à d'autres secteurs de la vie économique.

Doit-on véritablement parler de négociation dans le cadre des marchés publics ou au contraire sommes-nous en présence de tractations qui, de négociation, ne portent en fait que le nom ?

3. De manière classique, la négociation peut être définie comme « *un processus par lequel deux ou plusieurs parties interagissent dans le but d'atteindre une position acceptable au regard de leur divergence*⁴ », comme « *un ensemble de démarches entreprises en vue de parvenir à un accord, de conclure une affaire*⁵ » ou encore comme « *un processus de gestion des désaccords en vue d'une satisfaction contractuelle des besoins*⁶ ».

Quelque soit la définition retenue, la négociation suppose la réunion de plusieurs éléments qui sont les bases communes à toutes les négociations, qu'elles soient de nature commerciale, sociale ou encore diplomatique : plusieurs acteurs (au moins deux), un désaccord, un intérêt à échanger ainsi qu'une marge de manœuvre.

Le postulat de départ de toute négociation est, qu'avant celle-ci, **aucune des parties en présence n'est pleinement satisfaite de sa situation et espère pouvoir l'améliorer par un subtil jeu de tractations.**

En dehors de cette hypothèse, le recours à la négociation n'est pas pertinent.

Mais comment dès lors aborder la négociation ? Quelle attitude adopter face à son interlocuteur ? Existe-t-il une alternative au simple rapport de force qui caractérise trop souvent les négociations ?

⁴ *Encyclopédia Universalis*

⁵ *Marie-Eva De Villers, Multidictionnaire de la langue française, Québec Amérique, 1997*

⁶ *François Délivré, Le pouvoir de négocier, Inter-Editions, Paris, 1994, p.128-129*

En premier lieu, il est clair que la négociation n'est pas abordée de la manière similaire selon la culture dans laquelle on se trouve. Ainsi, et de manière souvent inconsciente, les traditions culturelles vont modifier l'approche qu'ont les protagonistes de la négociation.

Par exemple, le négociateur anglo-saxon aura plutôt tendance à considérer la négociation comme un processus successif où chacune des clauses d'un contrat sera négociée et entérinée les unes après les autres, alors que le négociateur de tradition latine considèrera pour sa part qu'aucun accord n'est valable jusqu'à l'accord global définitif.

De même, on peut opposer la négociation dans les pays de tradition musulmane où subsiste la « séance contractuelle » lors de laquelle une offre, même refusée, peut être ensuite acceptée tant que les parties en présence restent assises, alors que dans la culture occidentale, l'offre refusée devient nécessairement caduque.

En second lieu, et quelque soit la manière dont on aborde la négociation et les limites que l'on veuille bien lui fixer, celle-ci est « **inhérente à tout rapport humain et nous l'effectuons quotidiennement et souvent intuitivement sans prendre le temps d'y réfléchir** ⁷ ».

Or, lorsque l'homme se prive de toute réflexion dans le cadre d'une négociation, il a malheureusement trop souvent tendance à privilégier l'égoïsme sur l'altruisme, à vouloir faire prévaloir à tout prix son point de vue sans prendre la peine d'être à l'écoute et de s'interroger sur les désirs de son opposant.

On peut à cet égard distinguer plusieurs approches, diverses méthodologies de négociation que l'on peut synthétiser en deux grandes « philosophies », cependant diamétralement opposées :

la confrontation « adversariale » : c'est aborder la négociation comme une compétition où la seule importance est de gagner, quel que soient les moyens employés. Appliquée à la négociation, cette approche va nécessairement entraîner un rapport de force préjudiciable à un déroulement sain de la négociation.

les techniques de consensus : approche opposée, elle suppose une véritable coopération des deux parties à la négociation, une écoute active de l'autre, afin de préserver les relations à l'issue de la négociation. Cette approche n'assure pas le gain le plus élevé mais demande au contraire un « sacrifice » partagé.

La négociation « idéale » se trouve peut-être finalement quelque part entre ces deux approches antagonistes.

Il faut en effet que les deux parties se considèrent in fine comme gagnantes, qu'elles soient toutes deux satisfaites, mais pas nécessairement de manière équivalente, le tout en instaurant entre chacune d'elles une relation de confiance.

Il faut donc pour bien mener une négociation savoir rester ferme mais correct. D'ailleurs, la négociation s'inscrivant généralement dans le cadre d'une relation de longue durée entre les protagonistes, il faudra alors tenter de préserver une relation saine avec

⁷ Maurice A. Bercoff, *L'art de négocier, l'approche Harvard en 10 questions*, Editions d'Organisation, 2005, p.1

ses interlocuteurs par la nécessaire prise en compte du facteur humain, afin que le vendeur n'adopte pas, lors des négociations à venir, une position de méfiance qui aurait pour effet d'installer un rapport de force stérile qui rendrait inefficace la négociation.

Dans ce cadre, l'art de négocier peut s'analyser comme la « *capacité à modifier la perception que ses interlocuteurs ont des enjeux et intérêts respectifs en usant des techniques de la communication et de la persuasion* ⁸ ».

4. Au regard de ce qui précède, il semble que la négociation au sens du Code des marchés publics revête finalement les mêmes caractéristiques que la négociation dans le secteur privé.

D'une part, la négociation dans la réglementation des marchés publics répond effectivement aux quatre critères de la négociation précédemment évoqués.

Ainsi, la négociation entendue au sens du Code des marchés publics confronte au moins deux protagonistes (la collectivité et les entreprises candidates), qui ont tous un intérêt à négocier (l'acheteur pour satisfaire au mieux son besoin et le candidat en vue d'obtenir le marché), un différend opposant les deux interlocuteurs (sur le meilleur moyen de répondre au besoin de la collectivité) qui bénéficient chacun d'une marge de manoeuvre dans la mesure où l'entreprise soumissionnaire va nécessairement surévaluer son offre initiale en vue de la phase de négociation.

D'autre part, la négociation dans la réglementation des marchés publics permet la satisfaction réciproque, bien qu'inégale, des deux parties tout en améliorant leurs situations respectives : la collectivité acheteuse va finalement par la négociation obtenir une offre plus proche de son besoin par rapport à ce que proposait le candidat initialement et dans des conditions économiques plus avantageuses, alors que celui-ci, s'il mène habilement cette phase, pourra obtenir le gain du marché objet de la négociation.

Cependant, et contrairement à la négociation dans le secteur privé qui s'inscrit plus généralement dans des relations de longue durée entre les protagonistes, le principe de mise en concurrence des candidatures et des offres qui régit la commande publique ne permet pas au titulaire d'un marché, or cas d'ententes prohibées, d'être certain de retravailler un jour pour la collectivité locale, les offres concurrentes pouvant tout à fait supplanter la sienne pour l'obtention d'autres marchés.

La négociation dans la réglementation des marchés publics, si elle présente beaucoup de similitude avec son équivalent du secteur privé, semble donc s'inscrire dans le cadre d'une relation collectivité-entreprise plus ponctuelle que pour la négociation du secteur privé; ce qui ne doit toutefois pas laisser présumer à l'acheteur public que tout lui est permis pendant la négociation dès lors qu'il croit ne pas devoir nécessairement préserver de bonnes relations avec les candidats en vue d'hypothétiques négociations futures.

En effet, adopter une telle attitude de rapport de force entre la collectivité acheteuse et les entreprises soumissionnaires lors de la négociation ne pourra qu'être préjudiciable pour la personne publique, tant sur le court terme que sur le

⁸ Maurice A. Bercoff, *L'art de négocier, l'approche Harvard en 10 questions*, Editions d'Organisation, 2005, p.11

long terme.

Ainsi, sur le court terme, l'entreprise finalement titulaire du marché mais qui se serait vu totalement brimée pendant la négociation aura peut être tendance à ne pas exécuter au mieux le marché dans les conditions fixées par le cahier des charges.

De même, sur le long terme, la collectivité locale qui aborderait systématiquement la négociation comme un bras de fer serait « classée » par les entreprises susceptibles de répondre aux différents besoins de l'acheteur comme un négociateur abusant volontiers de son autorité, ce qui amènerait par la suite les futurs candidats à aborder la négociation de manière crispée, la rendant pour le moins improductive pour la collectivité locale.

On vient donc de le voir, la phase de négociation dans un marché public répond finalement à la même définition et peut être mise en oeuvre de manière similaire à la négociation purement commerciale ou sociale.

Et cette analogie n'est pas dénuée d'intérêt pour les collectivités locales dès lors que nous verrons par la suite que les techniques de négociations employées dans le secteur privé peuvent être très largement transposées aux achats négociés des personnes publiques locales.

Pour autant, malgré cette similitude avec la pratique privatiste, la négociation reste encore aujourd'hui une procédure que les collectivités redoutent à utiliser bien que son recours ait été ouvert largement avant sa consécration par le Code des marchés publics de janvier 2004.

5. La codification des règles relatives aux marchés publics s'est lentement façonnée avant de connaître, sous l'impulsion des transpositions des règles communautaires, une accélération spectaculaire avec le Décret du 7 mars 2001 puis celui du 7 janvier 2004, en attendant la nouvelle « mouture » normalement prévue pour le début de l'année 2006.

Après la première codification des textes réglementaires relatifs aux marchés publics issue du Décret du 17 juillet 1964, et avant l'adoption du Code des marchés publics de 2001 par Décret du 7 mars 2001, le Code des marchés publics n'avait en son texte connu que deux modifications réglementaires successives : en 1989 tout d'abord, puis le 18 septembre 1990 pour l'application de la directive du Conseil des communautés européennes portant coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux.

Cette codification en douceur s'est accompagnée d'une réglementation parallèle qui, si elle portait effectivement sur les marchés publics, n'était pas venue en modifier le texte : approbation par Décret des cahiers des clauses administratives générales, de la liste des pièces justificatives des paiements des collectivités locales....

Le Code des marchés publics a donc, jusqu'en 2001, fait preuve d'une certaine stabilité, et comptait déjà en ses articles la plupart des principes directeurs aujourd'hui encore tout à fait essentiels.

Ainsi, et si la réglementation de l'époque soulignait déjà la nécessité « de déterminer aussi exactement que possible les spécifications et la consistance des prestations avant tout appel à la concurrence et avant toute négociation ⁹ », ou connaissait par exemple des techniques des marchés à bons de commande ou de l'appel d'offres, la possibilité de

recourir à la négociation était elle aussi déjà ouverte.

En effet, la réglementation des marchés publics issue de la codification de 1964 prévoyait le recours à une procédure négociée qui permettait à la personne responsable du marché, dans des cas limitativement énumérés par le Code, d'engager « *librement les discussions qui lui paraissent utiles avec les candidats de son choix* » et **d'attribuer « le marché au candidat qu'elle a retenu ¹⁰ ».**

Selon l'article 104 du Code susmentionné, ces marchés négociés pouvaient être passés avec ou sans mise en concurrence.

Outre l'existence d'une véritable procédure négociée, la réglementation sous l'empire de la première codification prévoyait également la possibilité d'utiliser la négociation pour certains marchés, comme par exemple en matière de marchés de maîtrise d'oeuvre pour lesquels, après le choix du candidat à retenir, le marché était ensuite librement négocié.

Notons que dans cette codification, le pouvoir réglementaire utilisait alors indistinctement les termes de négociation et de discussion, qui ne bénéficiait en tout état de cause que d'une place résiduelle dans les procédures de passation des marchés publics, preuve que l'appel d'offres était alors encore considéré comme la procédure la plus sûre et la plus efficace pour la passation d'un marché public.

La réglementation du Code des marchés publics adoptée par le Décret du 7 mars 2001 est ensuite venue confirmer, renforcer même, la place de la négociation dans les procédures de passation des marchés publics, non pas sans soulever une problématique ambivalente au regard des dispositions du droit communautaire alors applicables ¹¹.

Ce sont d'ailleurs ces multiples contradictions avec les Directives communautaires relatives aux marchés publics qui ont amené le Ministère de l'Economie et des Finances à revoir sa copie et à adopter le 7 janvier 2004 un nouveau Code des marchés publics plus conforme aux exigences communautaires.

Bien que certaines carences de transposition persistent encore, le nouveau Code des marchés publics, dont l'entrée en vigueur est prévue pour le début du mois de janvier 2006, devrait toutefois résorber ces insuffisances.

6. Les collectivités locales disposaient donc de longue date de la possibilité d'utiliser la négociation dans le cadre des procédures de marchés publics ; ce qui semblait d'ailleurs répondre à la volonté des acteurs de la commande publique de disposer d'outils leur permettant « *de s'adapter plus aisément aux conditions et techniques de la vie moderne* » et de disposer « **d'un corps de règles permettant aux collectivités publiques de se montrer plus réactives et efficaces dans l'acquisition des biens, des travaux et des services nécessaires au bon fonctionnement des services publics ¹² ».**

⁹ Article 75 du Code des marchés publics en vigueur en 1999

¹⁰ **Article 103 du Code des marchés publics en vigueur en 1999**

¹¹ Voir à cet égard l'article de Stéphane Braconnier, *Les sources de contentieux dans les nouvelles procédures de passations des marchés publics*, ACCP n°14, septembre 2002.

Pour autant, et malgré au surplus l'ouverture accrue à la négociation opérée par le Code actuellement applicable, les collectivités restent frileuses devant l'utilisation d'une telle procédure.

Cette attitude de méfiance des acheteurs publics face à la négociation peut aisément se comprendre dans la mesure où le recours à la négociation implique un véritable bouleversement de la vision de l'achat public par les acteurs de la commande publique locale.

En effet, l'utilisation de la négociation suppose un « **renversement de la logique de l'achat des personnes publiques, dans la mesure où l'achat public a longtemps été fondé sur des procédures d'exclusion de la négociation** ¹³ ».

Ce « choc des cultures » n'est pourtant pas suffisant pour expliquer à lui seul la défiance des acheteurs publics envers la négociation.

Il existe en effet un contexte juridique à la négociation propre à favoriser le développement de contentieux pour l'acheteur public qui n'en maîtrise pas les tenants et aboutissants, dans la mesure où la phase de négociation en elle-même ne fait l'objet d'aucun encadrement juridique formel au sein du Code des marchés publics.

Dans ce cadre, il convient donc que l'acheteur public désireux de recourir à bon escient à la négociation, en premier lieu, développe une véritable maîtrise du cadre juridique de la négociation qui est le préalable nécessaire à la mise en oeuvre de procédures sécurisées (Première partie) et, en second lieu, acquiert une véritable méthodologie s'il veut garantir l'optimisation de ses achats (Seconde partie).

¹² Arnaud Cabanes, *La négociation dans le Code des marchés publics*, ACCP n°45, juin 2005

¹³ Yves-René Guillou, *Méthodologie de la négociation dans les marchés publics*, ACCP n°31 mars 2004

PREMIERE PARTIE : Le cadre juridique de la négociation : des conditions d'ouverture clairement définies, mais des modalités de déroulement délaissées par la réglementation

Le Code des marchés publics du 7 janvier 2004 offre à l'acheteur public une double liberté qui porte d'une part, sur la faculté de recourir à la négociation, et d'autre part, sur le déroulement même de ces tractations.

Liberté d'abord en ce que la réglementation actuelle des marchés publics permet à l'acheteur public, dans certaines hypothèses, de choisir les modalités de passation de ses achats, notamment grâce à la procédure adaptée prévue par l'article 28 du Code, afin de lui permettre d'optimiser l'efficacité des modalités de passation de la procédure au regard du montant de son achat, par exemple par l'insertion d'une phase de négociation dans la procédure.

Liberté ensuite du fait que le Code de marchés publics n'encadre pas en ses articles le déroulement de l'étape de négociation, laissant le soin à la personne publique d'en définir les modalités d'exécution.

Or, devant ces espaces d'autonomie, les acheteurs publics par crainte légitime de voir leur responsabilité engagée ont tendance à systématiser l'utilisation de la procédure d'appel d'offres qui, par un formalisme se révélant parfois excessif au regard de l'importance du marché concerné, ne se révèle finalement pas toujours la plus efficace pour la personne publique mais qui offre à l'inverse un cadre juridique clairement établi et sécurisé propre à rassurer l'acheteur.

Ainsi, l'utilisation résiduelle de la négociation empêche l'acheteur public de développer une véritable « expertise » sur la négociation ; cette accumulation d'expériences étant pourtant la seule à même de lui en faire retirer tous les bénéfices.

Il convient dès lors de « démystifier » les conditions de recours et d'utilisation de la négociation dans le cadre des marchés publics notamment en s'attachant à démontrer que la négociation peut s'avérer être pour l'acheteur une procédure tout aussi sûre que l'appel d'offres dès lors qu'on en maîtrise les règles qui en limitent les possibilités de recours (I) et qui en façonnent le déroulement (II).

CHAPITRE Ier LES CAS D'OUVERTURE A LA NEGOCIATION DANS LE CODE DES MARCHES PUBLICS DE 2004

Avant même d'étudier les possibilités de recours à la négociation offerte par le Code des marchés publics de 2004 (§2), il convient de distinguer la négociation de termes du Code qui s'en rapprochent (§1).

§1 : Distinguer la négociation des notions voisines présentes dans le Code

Le Code des marchés publics actuellement en vigueur contient des notions qui peuvent a priori sembler très proches de la négociation dans leur application.

Ainsi, le Code prévoit pour les acheteurs publics, dans le cadre de la procédure de dialogue compétitif, une phase de « discussion » ou de « dialogue », ces deux notions étant indistinctement utilisées par l'article 67 du Code pour identifier les tractations permettant notamment à la collectivité locale de définir, avec l'aide des candidats, les moyens susceptibles de satisfaire au mieux son besoin.

De même, les articles 59 et 64 du Code des marchés publics dans sa version actuellement en vigueur prévoit que la personne responsable du marché, lors de la passation d'une procédure d'appel d'offres, « peut, en accord avec le candidat retenu, procéder à une mise au point des composantes du marchés ».

Enfin, la réglementation des marchés publics, en cas d'appel d'offres, autorise les candidats retenus, sauf dispositions contraires prévues dans l'avis d'appel public à la

concurrence, à « **présenter une offre comportant des variantes par rapport aux spécifications des cahiers des charges** ¹⁴ ».

A) Les variantes et la mise au point : des pratiques finalement assez éloignées de la négociation

a) Négociation et variantes

Les variantes, qui ne peuvent qu'accompagner les offres initiales des candidats, sont des « **modifications de certaines spécifications techniques ou financières du projet de base demandées par l'acheteur public** ¹⁵ » dans le règlement de consultation.

1) Cette définition fait ressortir la portée des variantes qui peuvent donc être de deux ordres :

- technique d'une part, en proposant une alternative technique à la solution initiale retenue par l'acheteur public dans le cahier des charges (par exemple en faisant une proposition de revêtement différent dans le cadre de travaux), cette variante technique pouvant au surplus déboucher sur une nouvelle offre financière plus intéressante pour la collectivité que dans l'offre de base des candidats ;
- financière donc, qui peut soit accompagner une solution technique nouvelle, soit proposer des modalités de paiement innovantes au regard des prescriptions du cahier des charges (allotissement, paiement dégressif...).

Qu'elles soient techniques ou financières, les variantes doivent faire l'objet d'une mention expresse dans le règlement de la consultation qui doit en outre en poser les bornes, en précisant les clauses du cahier des charges qui peuvent faire l'objet de propositions nouvelles de celles qui restent intangibles.

En tout état de cause, une variante ne saurait conduire à un bouleversement du projet d'achat de base de la collectivité.

2) Si la technique de la variante présente certaines similitudes avec la négociation – notamment en ce qu'elle ne peut déboucher qu'à une modification mineure du cahier des charges ou en ce qu'elle ne peut porter également que sur les offres des entreprises – l'analogie ne saurait être poussée plus en avant.

En effet, la variante n'est pas fondée sur un différend entre l'acheteur public et le candidat mais résulte uniquement de la faculté laissée à chacun de ces protagonistes de vouloir faire évoluer les solutions apportées au besoin initialement déterminé par la collectivité.

En outre, les variantes interviennent au stade de la remise des offres initiales des entreprises alors que la négociation ne peut être ouverte une fois seulement ces offres initiales examinées par l'autorité compétente.

¹⁴ Article 50 du Code des marchés publics issu du Décret du 7 janvier 2004

¹⁵ Anne Bréville, *Le point sur les variantes après l'arrêt Traunfeller*, ACCP n°29, janvier 2004

Enfin, la rédaction de l'article 50 du Code des marchés publics en vigueur fait obstacle à ce que la variante soit utilisée dans le cadre d'une procédure autre que l'appel d'offres. Etonnante de prime abord, cette restriction peut être justifiée par la difficulté que pourrait connaître l'acheteur public de négocier efficacement sur une variante avec une offre de base construite sur un cahier des charges techniquement différent.

b) Négociation et mise au point

Aux termes des articles 59 et 64 du Code des marchés publics de 2004 portant respectivement sur les procédures d'appel offres ouvert ou restreint : **« la personne responsable du marché peut, en accord avec le candidat procéder à une mise au point des composantes du marché sans que ces modifications puissent remettre en cause les caractéristiques substantielles, notamment financières, du marché ».**

1) La mise au point correspond donc **« à un simple aménagement de l'offre destiné à en améliorer la valeur technique ou à corriger les anomalies qu'elle pourrait comporter, et non en une modification des documents de consultation, ni en une négociation. Elle se situe quelque part entre la simple retouche et la modifications des obligations contractuelles¹⁶ ».**

En ce sens, elle permet à l'acheteur public de demander au candidat de préciser certaines des modalités techniques que l'entreprise titulaire se propose de mettre en oeuvre dans le cadre de l'exécution du marché.

Il faut donc en comprendre que la mise au point intervient une fois le marché attribué et peut en conséquence être inscrite soit sur l'acte d'engagement lui-même après la signature des deux parties, soit sur un document annexé à l'acte d'engagement.

En tout état de cause, et de manière identique à la négociation et à la variante, les modifications apportées par une mise au point ne sauraient avoir pour effet de modifier de manière substantielle les conditions d'exécution du marché.

2) La mise au point ne répond donc pas à la même logique que la négociation.

En effet, si la première de ces deux techniques vise simplement à permettre au candidat de préciser la teneur technique de leur offre, elle ne peut en aucun cas aboutir à une véritable optimisation de l'offre retenue par rapport au besoin de la personne publique, au risque d'être requalifiée en négociation.

A ainsi été qualifiée comme illégale une mise au point ayant abouti à une réduction de 20 pourcents de l'offre retenue¹⁷.

En outre, tout comme la variante, la mise au point ne peut être utilisée que dans le cadre de la procédure d'appel d'offres et ne peut donc en aucun cas accompagner une procédure ouverte à la négociation. Cette exclusion semble logique dès lors que les précisions techniques nécessaires pourront être obtenues par l'acheteur public lors de la

¹⁶ Philippe Schmidt, *La personne responsable du marché*, Editions Le Moniteur, 2004, p.154

¹⁷ TA Clermont-Ferrand, 19 juin 1986, *COREP de la Région Auvergne c/ Président du Conseil Régional d'Auvergne, Société Equipement de l'Auvergne, Entreprise SOCAE*, AJDA 1986, p. 589

phase de négociation.

Enfin, la négociation intervenant entre l'examen des offres et l'attribution du marché, elle ne saurait valablement être assimilée à la mise au point qui ne peut pour sa part être mise en oeuvre qu'une fois le marché attribué.

B) La discussion du dialogue compétitif face à la négociation

L'article 1^{er} §10 de la directive 2004/18/CE du 31 mars 2004 portant coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, de fournitures et des services dispose que « *le dialogue compétitif est une procédure (...) dans laquelle le pouvoir adjudicateur conduit un dialogue avec les candidats admis à cette procédure, en vue de développer une ou plusieurs solutions aptes à répondre à ses besoins et sur la base de laquelle ou desquelles les candidats sélectionnés seront invité à remettre une offre* ».

L'article 67 du Code des marchés publics de janvier 2004 relatif à la procédure de dialogue compétitif utilise pour sa part indistinctement les termes de « discussion » ou de « dialogue » pour définir la phase d'identification et de définition des moyens propres à satisfaire au mieux les besoins de la collectivité locale à partir d'un programme fonctionnel.

Or, la discussion et le dialogue ont une signification très proche de celle de la négociation peut amener à s'interroger quant à la portée respective de ces termes.

a) Les particularismes de la phase de discussion du dialogue compétitif

La terminologie ambiguë ne doit pas masquer la différence essentielle entre la discussion et la négociation.

En effet, **la discussion du dialogue compétitif ne peut porter que sur la définition préalable du projet de la collectivité, alors que la négociation porte quant à elle sur les offres des candidats.**

En ce sens, la discussion du dialogue compétitif doit plutôt être rapprochée des pourparlers au sens que lui donne la pratique contractuelle privatiste.

Les pourparlers correspondent dans les contrats privés à « *la période précontractuelle exploratoire durant laquelle les futurs partenaires échangent leurs points de vue, tentent de déterminer les modalités de leur union, discutent des propositions afin de fixer les conditions de leur accord, sans être pour autant assuré de le conclure*¹⁸ ».

Ainsi, de manière identique au dialogue compétitif, le pourparler aboutit en quelque sorte à préciser la teneur des relations contractuelles futures entre les acteurs du marché sans pour autant certifier à chacun des participants par la suite l'obtention du marché, les offres des candidats ayant participé au dialogue compétitif étant nécessairement

¹⁸ Charles-Henry Chenut, *Marchés privés : la valeur juridique des pourparlers*, *Le Moniteur des travaux publics*, n°5301 du 1^{er} juillet 2005, p.90

départagées sur la base de la procédure d'appel d'offres.

Par ailleurs, la négociation au sens de la réglementation des marchés publics s'avère être plus contraignante juridiquement pour les entreprises que la discussion dans la mesure où elle porte sur le contenu des offres des candidats qui les engagent nécessairement par rapport à des discussions qui ne portent que sur un projet de contrat.

Cette différence d'objet et de portée de la discussion du dialogue compétitif par rapport à la négociation stricto sensu ne saurait toutefois totalement voiler la ressemblance de nature entre ces deux modalités de tractations.

b) Des particularités n'empêchant pas certaines similitudes avec la négociation

Certes, la discussion de la procédure de dialogue compétitif ne porte pas comme la négociation sur les offres des candidats mais elle peut tout de même s'analyser en quelque sorte comme une véritable négociation en amont.

Ainsi, les techniques de négociation que nous évoquerons dans la seconde partie de ce mémoire peuvent tout à fait être transposées à la phase de discussion susvisée (posture à adopter, moyens de communications, traitement des objections...).

A cet égard, on pourrait vouloir opposer discussion et négociation en ce que la première répondrait plutôt à une logique d'écoute alors que la négociation ferait plus appel à la seule force de conviction.

Pour autant, nous montrerons par la suite que l'aptitude à bien écouter son interlocuteur est un outil des plus efficaces pour mener à bien une négociation, et l'acheteur public ne saurait en outre se dispenser de la persuasion dans une discussion, par exemple pour faire « plier » un candidat trop certain de faire les meilleures propositions techniques et qui souhaiterait à tout prix les faire porter au cahier des charges du marché.

En outre, s'il est clair que les textes circonscrivent la discussion du dialogue compétitif au seul programme défini au préalable par la personne publique acheteuse, il semble qu'en pratique cette phase de dialogue soit susceptible de plus ou moins déborder sur le contenu des offres sans pour autant qu'à ce stade soient pris de véritables engagements¹⁹.

Les contours de la négociation au sens de la réglementation des marchés publics étant maintenant bien délimités, il convient de dresser un inventaire de la place de la négociation dans le Code des marchés publics de janvier 2004.

§2 : Les possibilités de recours à la négociation offertes par le Décret du 7 janvier 2004

¹⁹ Voir sur ce point Alain Ménéménis et Laurent Richer, *Dialogue et négociation dans la procédure de dialogue compétitif*, ACCP n°45, juin 2005

Le Code des marchés publics de janvier 2004 est venu, plus encore que par la réforme du 7 mars 2001, consacrer véritablement la négociation comme une procédure prépondérante dans la passation des marchés publics, qui est dorénavant considérée comme une phase de la procédure d'achat susceptible, dans certaines hypothèses, de répondre au mieux au besoin de la collectivité.

A cet égard, la circulaire d'application du Code des marchés publics ne laisse aucun doute sur le revirement opéré par la réglementation de 2004 : « ***L'acte d'achat efficace se caractérise 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. Au terme de la négociation, l'acheteur public aura à déterminer l'offre présentant le meilleur rapport qualité/prix, c'est à dire la meilleure offre susceptible d'être faite à ce moment en fonction des capacités économiques et techniques des entreprises***²⁰ ».

Certains y voient même la « *procédure de droit commun pour les achats en dessous des seuils des marchés formalisés* », c'est-à-dire pour les marchés dont le montant global n'excède pas le seuil communautaire de 230 000 euros²¹.

En tout état de cause, l'acheteur public qui décide de recourir à la négociation, ou qui se trouve dans le cadre d'une procédure pour laquelle une phase de négociation est obligatoire, devra faire mention dans le règlement de consultation de ce que la procédure de passation du marché comportera une phase négociée.

Dans ce cas, la personne responsable du marché sera tenue de procéder à une véritable négociation et ne saurait se contenter d'accepter une offre sans prendre la peine de négocier au risque de se voir condamner pour détournement de procédure.

A) Les procédures obligeant la personne responsable du marché à recourir à la négociation

La procédure de concours et les procédures négociées prévues par l'article 35 du Code des marchés publics semblent implicitement contraindre l'acheteur public à utiliser la négociation.

Mais ces procédures répondent dans leur ensemble à des conditions de circonstances bien particulières qui rendent finalement leur utilisation résiduelle au regard du nombre de marchés passés par une personne publique sur la base d'autres procédures, particulièrement l'appel d'offres.

a) Les marchés à procédure négociée

Au terme de l'article 34 du Code des marchés publics : « *une procédure négociée est une procédure par laquelle la personne publique choisit le titulaire du marché après consultation de candidats et négociation des conditions du marché avec un ou plusieurs*

²⁰ *Circulaire d'application du Code des marchés publics, ECO Z 0300024C, point 11.2 « Quels sont les avantages de la négociation ».*

²¹ Voir à cet égard, Yves-René Guillou, *Méthodologie de la négociation*, précité

d'entre eux ».

C'est l'article 35 du Code qui précise les cas d'ouverture à cette procédure négociée qui peut être mise en oeuvre selon les cas en s'affranchissant ou non de publicité et de mise en concurrence préalables.

Dès lors que les circonstances entourant le marché placent l'acheteur dans le cadre de cet article 35, il devra nécessairement mettre en oeuvre une négociation.

Les marchés négociés après publicité et mise en concurrence

En cas d'appel d'offre infructueux : nous sommes ici dans l'hypothèse où aucune offre n'a été déclarée acceptable ou recevable. Elle doit nécessairement suivre une procédure d'appel d'offres et la personne publique doit avoir organisé la consultation initiale dans des conditions permettant sa réussite.

Certains marchés de services : d'une part, lorsque la prestation à réaliser est d'une nature telle que les spécifications du marché ne peuvent être établies préalablement avec suffisamment de précision pour permettre le recours à l'appel d'offres. Ces difficultés doivent faire l'objet dans le rapport de présentation de motivations précises et circonstanciées. On y recourt dans ce cas principalement pour les marchés de prestations intellectuelles. D'autre part, quand il s'agit de service dont la nature ou les aléas qui affectent leur réalisation ne permettent pas d'en fixer globalement et préalablement le prix.

Certains marchés de travaux : en premier lieu, pour ceux conclus uniquement à des fins de recherche, d'essai, d'expérimentation, de mise au point, d'étude ou de développement sans finalité commerciale immédiate. En second lieu, des marchés de travaux dont le montant est compris entre 230 000 Euros HT et 5 900 000 Euros HT. Nous sommes ici en présence d'une des avancées majeures de la négociation dans le nouveau Code dans la mesure où cette fourchette de montant englobe la grande majorité des travaux que peuvent exécuter les collectivités locales.

Les marchés négociés sans publicité mais avec mise en concurrence

Cas d'urgence impérieuse : c'est-à-dire lorsqu'il existe des circonstances véritablement imprévisibles pour le pouvoir adjudicateur incompatibles avec les délais de publicité de l'appel d'offres ou du marché négocié avec publicité, notamment dans des situations d'urgence résultant d'une catastrophe naturelle ou technologique ou de mise en péril des biens et des personnes. Dans cette hypothèse, le juge vérifie de manière stricte si les conditions d'urgence et d'imprévisibilité sont respectées ainsi que l'incompatibilité avec les délais d'une consultation classique.

Certains marchés de fournitures : uniquement ceux qui sont conclus à des fins de recherche, d'essai, d'expérimentation, de mise au point ou de développement sans finalité commerciale immédiate. Il s'agit ici principalement d'acquisition de matériel à des fins scientifiques.

Les marchés négociés sans publicité ni mise en concurrence

Ce sont les marchés complémentaires ou similaires dans cinq hypothèses et à condition que le marché initial ait été passé après une mise en concurrence :

Pour le renouvellement partiel de fournitures ou d'installations d'usage courant : le

changement de fournisseur obligerait la personne publique à acquérir un matériel de technique différente entraînant une incompatibilité ou des difficultés techniques d'utilisation et d'entretien excessives.

Pour des prestations qui ne figurent pas dans le marché initialement conclu : mais ces prestations sont devenues nécessaires à la suite d'une circonstance imprévue, à l'exécution du marché tel qu'il y est décrit, à condition que l'attribution soit faite à l'entreprise qui exécute le marché.

Pour la réalisation de prestations de services et travaux similaires à celles d'un marché précédent exécuté par le même titulaire : il faut toutefois que le marché initial ait fait l'objet d'un appel d'offres et que le règlement de consultation de ce marché ait prévu la possibilité de recourir à la procédure négociée pour la réalisation de prestations similaires.

Pour les marchés de services devant être attribués à un ou plusieurs lauréats d'un concours : réservé au marché de services, on la retrouve généralement pour des marchés ayant donné lieu à remise préalable de prestations dans le cadre d'un concours. C'est la traduction de la possibilité offerte à la personne publique de recourir à la négociation par l'article 74 du Code relatif au concours de maîtrise d'oeuvre.

Confié à un prestataire déterminé pour des raisons techniques, artistiques ou pour la protection de droits d'exclusivité : en tout état de cause, un seul prestataire doit être en mesure de réaliser la prestation souhaitée.

b) Le concours

L'article 38 du Code des marchés publics définit le concours comme « **la procédure par laquelle la personne publique choisit, après mise en concurrence et avis du jury [...], un plan ou un projet, notamment dans le domaine de l'aménagement du territoire, de l'urbanisme, de l'architecture, et de l'ingénierie ou des traitements de données, avant d'attribuer à l'un des lauréats du concours un marché** ».

La procédure de concours, qui peut être ouverte ou restreinte, est menée par la personne responsable du marché qui dresse, après avis du jury, la liste des candidats admis à concourir.

Ensuite de quoi, elle va enregistrer les prestations de chacun des candidats et préparer les travaux du jury qui va devoir évaluer les projets des candidats, proposer à la personne responsable du marché un classement et un avis motivé retranscrits dans un procès-verbal.

Après examen des offres de prix, la personne responsable du marché décide du ou des lauréats du concours et « **négoce avec tous les lauréats**²² ».

Il est donc certain que la réglementation des marchés publics relative à la procédure de concours a érigé en véritable obligation pour la personne responsable du marché de procéder à une négociation avec les lauréats du concours.

Il n'est que le concours de maîtrise d'oeuvre qui offre, sous conditions, un choix à

²² Article 70 du Code des marchés publics

l'acheteur public entre cette procédure de concours, la procédure d'appel d'offres ou celle négociée.

Par contre, suivant cette logique, on retrouve tout au long du Code des marchés publics d'autres procédures qui laissent le choix à la personne publique d'utiliser ou non la négociation, dont elle pourrait estimer comme lui permettant d'obtenir *in fine* des offres plus intéressantes que par le seul recours à l'appel d'offres.

B) Les procédures laissant le choix à la personne responsable du marché de recourir ou non à la négociation

a) Les marchés à procédure adaptée

L'article 28 du Code considère les marchés à procédure adaptée comme ceux « *passés selon des modalités de publicité et de mise en concurrence déterminées par la personne responsable du marché en fonction de leur objet et de leur caractéristique* ».

Innovation majeure pour les acheteurs publics, cette procédure, applicable aux marchés de travaux, de services et de fournitures dont le montant est compris entre 1 Euro et 230 000 Euros, permet à la personne responsable du marché de choisir les modalités de passation du marché qu'elle estime les plus appropriées à son achat.

A cet égard, l'esprit du nouveau Code semble considérer que la négociation est toujours adaptée pour les marchés dont le montant ne dépasse pas le seuil de 230 000 Euros : « ***Lorsque le montant est inférieur aux seuils fixés à l'article 28, les marchés peuvent être passés selon une procédure de mise en concurrence adaptée par la personne publique en fonction de la nature et de l'étendue des besoins. Le recours à la négociation avec plusieurs fournisseurs potentiels est possible pour tous ces marchés, sans aucune conditions ni de circonstance, ni de montant*** ²³ ».

Contrairement à la procédure négociée de l'article 35 pour laquelle la personne responsable du marché doit justifier du recours à la négociation en démontrant la présence de certaines circonstances, l'acheteur public est ici libre de recourir à la négociation quelles que soient les raisons de ce choix.

b) Les marchés à procédure allégée

L'article 30 du Code des marchés publics prévoit en son premier alinéa 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 Euros HT*** ».

D'emblée, la rédaction de cet alinéa pose problème dans la mesure où il dispense ces marchés de toutes formalités préalables de publicité et de mise en concurrence, et ce en totale contradiction avec les principes directeurs de la commande publique énoncés

²³ Circulaire d'application précitée

par l'article 1^{er} du Code : égalité de traitement des candidats, transparence de la procédure et liberté d'accès à la commande publique.

C'est donc en toute logique que le Conseil d'Etat est venu annuler l'alinéa 1^{er} de cet article 30 en ce qu'il méconnaissait les trois principes susvisés en « **dispensant de façon générale la passation de tous ces contrats d'une procédure adéquate de publicité et de mise en concurrence** ²⁴ ».

Dès lors, reste la difficulté de déterminer la procédure applicable à ces marchés.

Le Ministère de l'économie et des finances conclut pour sa part que « **le Conseil d'Etat, qui se réfère aux principes fixés par l'article 1er du Code des marchés publics, n'en déduit pas pour autant l'obligation pour l'acheteur public de conclure un appel d'offres ou une autre des procédures formalisées prévues par le Code des marchés publics. Dans la mesure où les directives communautaires, n'imposent pas non plus pour ces types de marchés, le respect des procédures formalisées, il est donc possible de recourir à la procédure adaptée, quelque soit le montant du besoin à satisfaire** ²⁵ ».

Cette position, si elle soulève certaines difficultés concernant l'obligation de publicité et de mise en concurrence ²⁶, n'en reste pas moins pertinente en ce qu'elle ouvre aux marchés de l'article 30 la possibilité d'être conclus par la voie d'une négociation sans limitation de montant ; ce d'autant que la nature des prestations contenues dans l'article 30 semble être favorable au développement de la négociation.

Nous venons de le voir, les cas d'ouverture à la négociation dans la réglementation actuelle des marchés publics sont parfaitement délimités.

D'ailleurs, les choix des personnes publiques de recourir à la négociation emportent beaucoup moins de conséquences contentieuses en pratique que la phase de négociation elle-même qui, à raison du silence gardé par le Code quant à ses modalités de déroulement, présente un risque plus élevé pour l'acheteur public qui n'en maîtrise pas l'encadrement juridique.

CHAPITRE 2nd LE DEROULEMENT DE LA NEGOCIATION FACE AU SILENCE DE LA REGLEMENTATION DES MARCHES PUBLICS

²⁴ Conseil d'Etat, 23 février 2005, Association pour la transparence et la moralité des marchés publics et autres, Nos 264712, 265248, 265281, 265343

²⁵ Voir sur le site Internet du MINEFI / Direction des affaires juridiques / Marchés publics / arrêt du 23 février 2005.

²⁶ Particulièrement pour certains marchés de services pour lesquels la prestation requise n'entre pas dans le champ concurrentiel mettant aux prises des opérateurs économiques, comme par exemple pour des prestations d'action sociale.

La circulaire d'application du Code des marchés publics reconnaît en son point 11, « Quand peut-on négocier ? », que l'utilisation de la négociation permet « *d'obtenir un meilleur achat dans le respect des règles de transparence* ».

Or, du fait de l'absence de précision sur les contours de la phase de négociation dans le Code et la circulaire, tout comme dans les réglementations antérieures d'ailleurs, il est difficile pour l'acheteur public de mettre en oeuvre une négociation tout en étant certain de le faire dans le plus strict respect de la légalité.

Tout au plus, le Code précise que « *le nombre de candidat admis à négocier ne peut être inférieur à trois, sauf si le nombre de candidats n'est pas suffisant* », la circulaire précisant seulement les critères sur lesquels peut être basée la négociation.

Cette absence de réglementation pourrait être vécue par les personnes publiques comme une opportunité leur permettant d'organiser comme elles l'entendent chacune des étapes de leur processus de négociation ; un espace d'autonomie au sein duquel le négociateur pourrait laisser courir son imagination afin d'élaborer ses propres techniques de négociation.

Seulement, faute de fondement textuel clair encadrant la négociation, l'acheteur public se montre parfois hésitant pour cette raison à utiliser la négociation par peur de favoriser, malgré lui, l'un ou l'autre des candidats.

Le Code des marchés publics, couplé à la jurisprudence rendue en matière de délégation de service public, apporte tout de même un cadre certain à la négociation qui permet à l'acheteur public de mettre en oeuvre ses négociations de manière aussi sécurisée que s'il avait recouru à une procédure plus formalisée.

En effet, et bien que le texte du décret du 7 janvier 2004 et sa circulaire d'application laissent une grande liberté à l'acheteur public pour organiser la négociation, il n'en reste pas moins que cette étape de passation des marchés publics demeure régie par les grands principes applicables à l'achat public (I) permettant ainsi aux acheteurs publics et aux entreprises de se préserver des risques liés au délit d'octroi d'avantages injustifiés et aux délits connexes (II).

§1 : Toujours organiser la négociation en respectant les principes régissant la commande publique...

Outre le respect des principes directeurs de la commande publique énoncés par l'article 1er du Code, l'acheteur public doit également veiller à bien traiter les offres des candidats en en préservant la confidentialité et en éliminant les offres manifestement trop éloignées des prescriptions du cahier des charges.

A) Quel sort pour les offres soumises à la négociation ?

a) Le non bouleversement des offres initiales

Si l'on admet pour les marchés publics que la négociation puisse valablement conduire à

une évolution des offres des candidats, celle-ci n'est que relative dans la mesure où elle ne doit pas aboutir à rompre l'égalité de traitement des candidats.

En fait, il s'agit d'obtenir par la négociation un simple aménagement des offres et non leur bouleversement. L'acheteur public n'a en effet pas grand intérêt à négocier sur des offres qui présentent trop d'écart par rapport aux dispositions contenues dans le cahier des charges.

Par exemple, au stade de l'examen des offres initiales des candidats, mieux vaut ne pas retenir celles excédant trop largement l'estimation sincère et raisonnable que la personne publique a fait de son besoin ; ou encore, en cas d'appel d'offres infructueux, l'utilisation de la procédure négociée ne doit pas être envisagée alors qu'aucune offre n'était conforme sur le plan technique au cahier des charges et qui n'apportait pas de réponse au besoin de la personne publique.

Ces offres pourront logiquement être écartées par l'acheteur public qui devra plutôt ne retenir que les offres qui se rapprochent suffisamment de ses attentes par rapport à la manière dont il avait défini son besoin dans le cahier des charges.

b) Le principe de la préservation de la confidentialité des offres

L'Accord sur les marchés publics du 15 avril 1994²⁷ précise en son article 14 que « **les entités traiteront les soumissions de manière confidentielle. En particulier, elles ne donneront pas d'information destinée à aider les participants déterminés à porter leurs soumissions au niveau de celles d'autres participants** ».

Les rédacteurs de cet article ont semblé souhaiter qu'existe une véritable étanchéité entre les différentes négociations que la personne publique peut mener en parallèle avec chacun des candidats.

Pour autant, un tel cloisonnement paraît quelque peu excessif et pourrait priver en pratique la négociation de son efficacité.

Il convient seulement de se préserver de toute révélation d'éléments des offres des candidats qui leur appartiennent en propre comme par exemple les brevets, secrets commerciaux ou tout savoir-faire particulier.

« Il convient donc de circonscrire les interdictions de diffusion de données des différents candidats lors des négociation. Il est par conséquent possible à notre sens de rapporter par exemple les prix des différentes offres, dès lors que n'est pas divulgué le nom des candidats. De la même façon, il doit être possible de négocier avec certains candidats en exposant sous le sceau de la confidentialité un avantage compétitif proposé par un candidat, afin de déterminer la capacité des autres candidats à répondre à cet avantage compétitif²⁸ ».

La confidentialité des offres des candidats revêt donc une double portée.

D'une part, l'acheteur public ne peut que révéler les éléments d'une offre ne portant

²⁷ Annexé à l'accord de Marrakech instituant l'Organisation Mondiale du Commerce entré en vigueur le 1^{er} janvier 1996

²⁸ Yves-René Guillou, *Méthodologie de la négociation*, précité

pas sur un savoir-faire particulier relevant du secret industriel et commercial. Ce qui laisse finalement au négociateur la possibilité d'informer les candidats sur de très nombreux éléments d'offres concurrentes.

Cependant, et d'autre part, lorsque l'acheteur public dévoile certains éléments des offres des candidats, il doit veiller à en préserver la confidentialité au niveau nominatif en gardant l'anonymat des offres et en demandant l'accord préalable du candidat concerné afin de veiller à ce que ce la diffusion de certains éléments d'une offre ne porte pas atteinte à un savoir-faire propre au candidat.

On peut alors tout à fait imaginer que le représentant de la collectivité « s'approprie » en quelque sorte un élément d'une offre d'une entreprise qu'il juge intéressant pour en faire part aux autres candidats retenus pour la négociation afin de déterminer leur capacité à s'aligner sur ce qui est proposé.

En tout état de cause, le non respect de ce principe de confidentialité des offres entraînerait la nullité de l'ensemble de la procédure de passation du marché.

B) Le respect des principes généraux posés par l'article 1^{er} du Code

Tous les marchés publics, quelque soit leur montant, sont normalement soumis aux principes généraux de la commande publique posés par l'article 1^{er} du Code des marchés publics, tout particulièrement, en ce qui concerne la négociation, aux principes d'égalité de traitement des candidatures et de transparence des procédures.

a) Le principe de transparence des procédures

La transparence doit imprégner chacune des étapes de la procédure de passation d'un marché public. Elle est assurée en premier lieu par la publicité préalable permettant aux entreprises de connaître l'existence d'une procédure de passation d'un marché public et, le cas échéant, d'y participer.

Ensuite, la transparence doit être suffisante pour que chacun des candidats puisse prendre aisément connaissance des conditions du marché. Les documents de consultation doivent donc contenir de manière claire les règles du jeu de la procédure de sélection des candidatures et des offres.

Et la négociation n'échappe pas à cette obligation.

Ainsi, les candidats doivent être informés dès le lancement de la procédure que la personne publique recourt à une procédure négociée ou à une phase de négociation.

Cette obligation d'information implique que **la personne responsable du marché doit informer au préalable les candidats dans le règlement de consultations des conditions de déroulement de la négociation**, particulièrement s'agissant de la forme de la négociation (orale ou uniquement écrite par exemple), de sa durée (il convient d'en fixer un terme) et de certaines conditions (nombre d'auditions, durée des séances, personnes présentes...).

Il convient également que la phase de négociation fasse l'objet d'une transparence totale entre la personne publique et chaque entreprise invitée à négocier.

L'instruction d'application du Code des marchés publics de 2001 invitait ainsi la personne responsable du marché à retracer les étapes principales de la négociation par écrit.

La présence d'écrits, qui peuvent être consignés dans un registre de négociation, offre une certaine garantie juridique à la personne responsable du marché en lui permettant de fournir la preuve de la réalité des informations données par l'administration et de vérifier que les évolutions du cahier des charges en cours de consultation ont été portées à la connaissance de toutes les entreprises, assurant ainsi l'égalité de traitement des candidats.

b) Le principe d'égalité de traitement des candidatures

Ni le Code des marchés publics, ni sa circulaire d'application ne sont venus préciser aux acheteurs publics les moyens de développer une négociation tout en préservant un traitement équitable entre les entreprises.

1) Corollaire de la transparence des procédures, l'égalité de traitement des candidats ne peut être assurée que dans la mesure où chacun des candidats reçoit un niveau d'information de qualité équivalente tout au long de la procédure que ce soit avant ou courant la négociation.

Avant la phase de négociation, la personne publique doit donc organiser et veiller à la diffusion des mêmes informations dans des délais identiques et que ces informations permettent une concurrence réellement égalitaire entre les candidats en favorisant une compréhension identique des besoins de la personne publique.

Par exemple, sera considéré comme viciant la procédure de passation d'un marché public le fait pour une collectivité locale de ne proroger un délai nouveau de remise des offres au profit d'une partie seulement des entreprises participant à la négociation.²⁹

Par contre, cette obligation d'informer de manière équivalente chacun des candidats est plus difficile à mettre en oeuvre pendant la phase de négociation dès lors que la personne responsable du marché doit négocier avec chaque candidat de manière autonome tout en prenant garde de ne fournir aucune information qui n'avantage un ou plusieurs candidats au cours de la négociation.

Le Commissaire du Gouvernement Piveteau, dans ses conclusions dans une affaire relative à la régularité d'une procédure de délégation de service public d'assainissement³⁰ avait alors souligné toute la difficulté posée à la personne publique : **« L'autorité publique ne peut certainement pas adopter, au cours des 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, pousser en tête à**

²⁹ CE, 15 juin 2001, SIAEP de Saint-Martin-de-Ré, n° 223481

³⁰ Conclusions sous CE, 15 juin 2001 précité.

tête certains avantages, sans devoir immédiatement dévoiler au concurrent le détail de ce qui a pu être obtenu ».

Dans ce cadre, **il convient donc que le représentant de la collectivité s'attache à transmettre tout au long de la phase de négociation les éléments d'informations nécessaires à ce que chacun des candidats puisse présenter une évolution de son offre dans des conditions de stricte égalité.**

2) Il est en outre admis que la négociation puisse conduire à une évolution relative du projet initial dans la mesure seulement où cette évolution n'aboutit pas à un bouleversement de l'objet du marché et des conditions initiales de mise en concurrence³¹

En matière de délégation de service public, le Conseil d'Etat a ainsi été amené à juger que la personne responsable de la passation de la procédure pouvait apporter au cours de la négociation **« des adaptations à l'objet du contrat d'une portée limitée, justifiées par l'intérêt du service et qu'elles ne présentent pas, entre les entreprises concurrentes, un caractère discriminatoire**³² ».

La négociation semble donc pouvoir apporter un large remaniement aux modalités de réponse des entreprises candidates au besoin de la collectivité.

Pour autant, cette liberté ne peut être envisagée lorsque les modifications apportées au cahier des charges suite à des négociations auraient pour effet de bouleverser le cadre du marché de telle sorte que d'autres entreprises y auraient également soumissionné si la consultation avait été initialement lancée dans de telles conditions.

Le strict respect des principes de transparence et d'égalité de traitement des candidatures, dans le cadre de la passation d'une procédure de marchés publics et plus particulièrement lors de la négociation, peut permettre en outre à la personne responsable du marché ou à son représentant de se préserver du risque de favoriser tel ou tel soumissionnaire et ainsi de tomber sous le coup d'une incrimination pénale pour octroi d'avantages injustifiés.

§2 : ... pour permettre à l'acheteur public de ne pas tomber sous le coup d'une inculpation pénale pour favoritisme

Le délit de favoritisme a été créé pour tenter de préserver la liberté d'accès des entreprises à la commande publique en sanctionnant toute atteinte à l'égalité de traitement entre les candidats à un marché public, et même plus largement à la commande publique.

La pénalisation des pratiques des acheteurs publics n'est pas ancienne et repose à l'origine sur les délits de corruption et de prise illégale d'intérêt sanctionnés par le Code pénal.

³¹ CAA Marseille, 27 juin 2002, *Préfet des Bouches-du-Rhône*, n° 0001402, 0001513 et 0002530

³² *Conseil d'Etat, 29 avril 2002, Groupement des associations de l'Ouest parisien, ACCP n°13, Juillet-août 2002, p. 11.*

Cependant, *« le favoritisme ne semblait pas, à l'origine, digne d'une telle sévérité caractéristique du droit pénal. Cette pratique n'était effectivement pas liée à l'intérêt personnel des autorités adjudicatrices ³³ »*.

Pour autant, la volonté du législateur de moraliser la vie des activités économiques l'a amené à adopter la loi du 3 janvier 1991 relative à la transparence et à la régularité des procédures de marchés qui a créé en son article 7 le délit d'octroi d'avantages injustifiés dit « de favoritisme ».

Cette loi a d'ailleurs accompagné la création du délit de favoritisme d'une nouvelle structure, la Mission Interministérielle d'Enquête sur les Marchés publics (la MIEM), *« chargée de procéder à des enquêtes portant sur les conditions de régularité et d'impartialité dans lesquelles sont préparés, passés ou exécutés les marchés publics ³⁴ »* et qui est également chargée d'enquêter sur le délit de favoritisme pour le compte des autorités administratives et judiciaires compétentes

³⁵ .

Cette mission d'enquête dispose donc d'un large pouvoir et peut en outre transmettre au Procureur de la République les éléments qu'elle a recueillis au cours d'une enquête, sur le fondement de l'article 40 alinéa 2 du Code de Procédure pénale.

Le délit de favoritisme contenu à l'article 432-14 du Code pénal consiste à procurer ou à tenter de procurer à autrui un avantage injustifié par un acte contraire aux dispositions législatives et réglementaires encadrant les marchés publics et délégations de services publics, et est défini plus précisément comme *« le fait pour une personne dépositaire de l'autorité publique ou chargée d'une mission de service public ou investie d'un mandat électif public ou exerçant des fonctions de représentant, administrateur ou agent de l'Etat, des collectivités territoriales, des établissements publics, des sociétés d'économie mixte d'intérêt national ou local chargée d'une mission de service public et par toute personne agissant pour le compte de l'une de celles susmentionnées de procurer ou de tenter de procurer à autrui un avantage injustifié par un acte contraire aux dispositions législatives ou réglementaires ayant pour objet de garantir la liberté d'accès et d'égalité de traitement des candidats dans les marchés publics et délégations de services publics »*.

Le délit de favoritisme est un délit instantané dont la prescription triennale commence à courir à compter du jour où les faits incriminés ont été commis, à moins que ces actes aient été dissimulés auquel cas le départ du délai de prescription doit être reporté au jour où ils sont apparus.

³³ Patrice Reis, *Le délit de favoritisme dans les marchés publics : une régulation pénale des pratiques discriminatoires et de certaines pratiques anticoncurrentielles*, *Les Petites Affiches*, 4 juillet 2003, n° 133, p. 4

³⁴ Article 120 de l'ancien Code des marchés publics en date du 7 mars 2001

³⁵ Cass. crim., 5 mai 1999, D. Pénal, novembre 1999 p. 13

La sanction de l'atteinte à la liberté d'accès et à l'égalité des candidats prévue par l'article 432-14 du Code pénal est de deux ans d'emprisonnement et de 30 000 Euros d'amende, étant précisé que cette sanction représente le seuil maximal auquel le contrevenant peut être condamné, le juge modulant ensuite la peine en fonction de la gravité des malversations commises.

Cette sanction pénale peut également être assortie de peines complémentaires comme par exemple d'une interdiction d'exercer une fonction publique ou privation des droits civiques.

La première lecture de l'article 432-14 du Code pénal ne permet pas d'en apprécier toute la portée et il est donc nécessaire d'en préciser les éléments constitutifs, ce qui nous démontrera que c'est à juste titre que les acheteurs publics locaux craignent ce délit de favoritisme.

A cet égard, il n'est pas que du côté de la personne publique que la rupture d'égalité dans le traitement des candidats à un marché public devrait émouvoir, les entreprises soumissionnaires pouvant également tomber sous le coup des délits de corruption et de recel visant cette fois à sanctionner, non plus seulement des pratiques discriminatoires, mais des pratiques anticoncurrentielles par les offreurs qui ont bénéficiés en connaissance de cause d'un marché entaché de favoritisme.

Tout délit pénal est généralement constitué d'un élément matériel et d'un élément intentionnel et le délit de favoritisme n'échappe pas à ce principe.

A) Un élément matériel large composant le délit de favoritisme

L'élément matériel du délit de favoritisme connaît trois composantes : la qualité de l'auteur, l'octroi d'un avantage injustifié et la violation d'une disposition législative et réglementaire garantissant la liberté d'accès et l'égalité des candidats dans l'attribution d'un marché public.

a) Les personnes visées par l'infraction

L'énumération opérée par l'article 432-14 du Code pénal permet donc de faire tomber sous le coup d'une inculpation les agents publics, entendu ici au sens pénal du terme, c'est-à-dire dans une acception plus large que celle retenue par le droit administratif.

Le législateur a en fait cherché à dissuader les pratiques discriminatoires en permettant la mise en cause la plus large possible des personnes disposant d'un véritable pouvoir d'influence sur la procédure de passation des marchés publics.

Sont ainsi visés par ce texte l'ensemble des acteurs associés à l'achat public comme par exemple les architectes et les administrateurs de bureaux d'études qui pourraient définir des marchés sur mesure pour certaines entreprises.

Dans ce cadre, ce sont donc l'ensemble des fonctionnaires publics qui sont visés par le délit de favoritisme, mais également les élus, les personnes chargées d'une mission de service public (par exemple les délégués de service public) et plus largement toute

personne agissant pour le compte de l'une d'elles, typiquement ici les maîtres d'oeuvre.

b) Les actes susceptibles de caractériser le délit

L'élément matériel du délit de favoritisme suppose la réunion de deux conditions : d'une part, l'octroi d'un avantage injustifié et, d'autre part, la violation des textes relatifs à la préparation, à la passation et à l'exécution des marchés publics.

S'agissant de l'octroi d'un avantage injustifié, celui-ci doit s'analyser comme un profit quelconque procuré à autrui, ici le bénéficiaire du marché.

Cet avantage indûment fourni peut être provoqué par le manque d'impartialité des agents administratifs ou des divers acteurs intervenants au cours de la procédure. Ceux-ci ayant en effet connaissance de certaines informations relatives au marché, ils peuvent être tentés de les transmettre à certains candidats avec lesquels ils nourrissent des contacts privilégiés.

Dans ce cadre, il n'est guère surprenant de constater que, dans la pratique, la forme la plus courante de favoritisme soit obtenue par la divulgation d'informations privilégiées.

Par exemple, la circulaire d'application en date du 4 juin 1992 donne comme exemple d'avantage injustifié le fait pour un acheteur public de procéder à une modification du dossier de consultation en cours de procédure sans pour autant en avertir chacune des entreprises soumissionnaires.

Concernant l'acte contraire aux dispositions régissant les marchés publics, l'acheteur public doit avoir pleinement conscience que le délit de favoritisme est applicable à l'ensemble des marchés publics, quels que soient leur nature et leur montant.

Un tel acte peut ainsi recouvrir l'hypothèse d'une violation directe d'un texte législatif et réglementaire, comme par exemple le recours à la procédure négociée alors même que les conditions prévues par l'article 35 du Code ne sont pas réunies.

De même, on peut imaginer la tentative d'une personne de détourner les prescriptions d'un texte, par exemple en sous-estimant volontairement le coût estimatif des prestations afin de pouvoir déclarer l'appel d'offres infructueux et ainsi de pouvoir choisir le candidat privilégié par la procédure négociée.

L'aspect matériel du délit de favoritisme englobe donc un très grand nombre d'hypothèses qui peuvent amener la personne publique à avantager tel ou tel candidat. Mais ce n'est qu'une fois averti de la facilité avec laquelle l'élément intentionnel de ce délit peut être caractérisé que l'acheteur public prendra conscience de la nécessité de mettre en oeuvre les procédures de passation dans un contexte juridique sécurisé propre à assurer le respect de l'égalité de traitements des candidats.

B) Un élément intentionnel aisément constitué

En matière de droit pénal, l'article 121-3 du Code pénal énonce qu'il ne peut avoir de crime ou de délit sans intention de le commettre.

Dès lors, il paraît logique que la jurisprudence ne sanctionne le délit de favoritisme que s'il est commis en pleine connaissance de cause³⁶.

Le juge devra alors analyser la situation de la personne intervenant dans la procédure de passation du marché pour déterminer si elle avait conscience de sa méconnaissance des règles relatives aux marchés publics.

Dans ce cadre, le juge déduira l'intention de la gravité des faits, du nombre des manquements relevés, de l'ensemble des manœuvres, des expériences et de l'ancienneté des prévenus dans l'exercice de leurs fonctions³⁷.

Ainsi, le juge a pu condamner un prévenu en prenant en compte le fait qu'il était énarque et qu'il avait donc « **bénéficié d'une formation on ne peut meilleure en matière de droit public et de marchés publics** »³⁸.

On se rend finalement compte que l'intention coupable découle de la nature même du délit de favoritisme et le seul fait pour un agent d'avoir transgressé une règle qu'il est censé connaître sera suffisant pour démontrer l'intention coupable et ainsi caractériser le délit d'octroi d'avantages injustifiés.

On comprend alors mieux la véritable crainte engendrée par ce délit de favoritisme pour les acteurs locaux de la commande publique.

=====

L'acheteur public se trouve donc confronté, dans le cadre de la passation d'un marché public et notamment pour une procédure faisant appel à la négociation, à un certain nombre de règles d'ordre juridique dont la lisibilité n'est pas toujours facilitée par la rédaction du Code des marchés publics.

Plus particulièrement visée, la phase de négociation elle-même ne fait pas l'objet d'une réglementation fournie et la personne responsable du marché doit donc procéder par renvoi aux principes directeurs de la commande publique énoncés par l'article 1^{er} du Code s'il veut assurer une négociation équitable qui préserve l'égalité de traitement entre chacun des candidats à la négociation.

Mais ce n'est qu'au prix d'une maîtrise certaine de chacune de ces règles que les personnes publiques pourront mettre en oeuvre des procédures sécurisées, pouvant dans certains cas épargner à la collectivité publique l'infamie d'une condamnation pénale pour délit de favoritisme ou encore la lourdeur d'avoir à relancer une nouvelle procédure après l'annulation de la précédente.

De plus, en laissant dans la grande majorité des cas le choix à l'acheteur d'user de la procédure d'appel d'offres ou d'une procédure faisant appel à une phase de négociation, la réglementation actuelle des marchés publics n'a finalement que modestement contribué à l'essor de la pratique de la négociation dans la commande publique.

Les acheteurs publics préfèrent avoir recours à la procédure d'appel d'offres, considérant cette procédure comme plus sécurisée qu'une procédure négociée.

³⁶ Tribunal Correctionnel de Strasbourg, 19 janvier 1996, RCC n°88, novembre-décembre 1995, p. 97

³⁷ Cass. Crim. 15 septembre 1999, arrêt n° 5174

³⁸ Tribunal correctionnel de Strasbourg, 31 mai 1996, RCC, mars-avril 1997, p. 31

Pour autant, nous nous sommes attachés à démontrer dans cette première partie que la négociation dans le processus de passation d'un marché public s'avérait être une étape tout aussi sûre d'un point de vue juridique dès lors qu'on en avait parfaitement cerné les contours.

La réticence des personnes publiques à utiliser la négociation lors de la passation de marchés publics ne saurait donc résulter de la seule complexité juridique de la matière.

Et il serait d'ailleurs utopique de croire que les marchés publics ne répondent qu'à une logique juridique alors que les aspects organisationnels et économiques y sont tout aussi prépondérants.

Certaines collectivités locales ont déjà pris la mesure de cette dichotomie en se dotant d'une véritable méthodologie d'achat tendant à favoriser la plus grande efficacité de leur processus de commande publique.

SECONDE PARTIE L'acquisition d'une méthodologie des achats, garantie d'une utilisation judicieuse de la négociation

Passée l'interrogation juridique, l'acheteur public qui hésiterait à recourir à la négociation plutôt qu'à un appel d'offres ne devra pas se lancer à corps perdu dans la négociation sans s'être a priori posé un certain nombre de questions.

La négociation lui permettra-t-elle d'obtenir une réponse finale plus en adéquation avec son besoin que ce qu'il aurait pu obtenir par le recours à l'appel d'offres ? S'il décide d'utiliser la négociation, quels sont les moyens à sa disposition pour en retirer le maximum de bénéfices ?

Autant de question auxquelles l'acheteur public devra répondre avant de choisir d'utiliser la négociation plutôt que l'appel d'offres, typiquement dans le cadre d'une procédure adaptée.

« La nature des biens, la structure de la concurrence, l'existence de monopoles ou duopoles dans le secteur, le degré de centralisation et de massification de l'achat et la nature des contrats sont des éléments parmi d'autres à prendre en considération afin d'opérer ce choix stratégique³⁹ ».

D'un point de vue strictement organisationnel, il semble d'ailleurs que les personnes

³⁹ Yves-René Guillou, *Pourquoi et quand recourir à la négociation ? ACCP n°45, juin 2005*

publiques commencent véritablement à prendre conscience de la pluridisciplinarité des marchés publics qui font appel tant à des compétences juridiques, qu'économiques ou financières que le « commun » des acheteurs publics ne peut pas toutes connaître.

Ainsi, à coté d'un pôle juridique des marchés publics qui s'attache à s'assurer du bon choix de la procédure au regard des règles applicables aux marchés publics et plus généralement à vérifier la conformité des actes juridiques permettant l'achat, les collectivités locales mettent de plus en plus souvent en place un véritable service achat qui développe sa compétence dans l'optimisation de l'achat, notamment par le recours à la négociation.

Il est donc essentiel pour les acheteurs publics de développer une véritable méthodologie de l'achat public en prenant le temps de préparer en amont leurs marchés afin d'être en mesure de déterminer la procédure la plus efficace (Chapitre 1^{er}) pour pouvoir ensuite mettre en oeuvre au cours des négociations un véritable panel de techniques de négociation issues de la pratique privée des achats (Chapitre 2nd), ces techniques pouvant amener l'acheteur public, au prix d'une pratique répétée, à développer une certaine « science » de la négociation susceptible d'apporter par la suite une réponse plus adéquate aux besoins de la collectivité par rapport à ce qu'aurait pu donner une offre retenue dans le cadre d'une procédure d'appel d'offres.

CHAPITRE 1^{er} LA PREPARATION DE L'ACHAT : CHOISIR ENTRE L'APPEL D'OFFRES ET LA NEGOCIATION

De même que du point de vue juridique, l'acheteur public a tendance à aborder « économiquement » la négociation sur un postulat de départ erroné.

En droit, nous avons démontré que le sentiment des acheteurs publics selon lequel l'utilisation de la négociation serait juridiquement moins sûre que l'appel d'offres n'était pas fondé dès lors que le Code des marchés publics et la jurisprudence offrent à l'acheteur divers outils pour en encadrer le déroulement.

Sous l'aspect économique maintenant, les collectivités locales ont tendance à considérer que l'appel d'offres est une procédure plus efficace que la négociation et qui favorise la performance économique. Or, un certain nombre d'études a démontré que cette croyance n'était pas toujours fondée selon les circonstances entourant le marché.

Avant d'exposer les raisons qui pourraient amener l'acheteur public à préférer la négociation à l'appel d'offres, il convient dans un premier temps de faire le point sur les personnes qui, au sein de la collectivité, sont habilitées à mener les négociations.

§1 : Qui doit négocier ?

Selon l'article 20 du Code des marchés publics, **« la personne responsable du marché est chargée de mettre en oeuvre les procédures de passation et d'exécution des marchés publics. Elle signe les marchés. La personne responsable du marché peut se faire représenter dans l'exercice de ses fonctions, sauf pour le choix de l'attributaire et la signature du marché. L'autorité compétente pour conclure les marchés désigne, le cas échéant, d'autres personnes responsables des marchés en tenant compte du choix opéré en application du II de l'article 5. Les délégations de compétence ou de signature qu'elle donne à cette fin précisent les catégories et les montants des marchés pour lesquels elles sont attribuées ».**

Originellement, la personne responsable du marché est l'exécutif de la collectivité. Pour autant, il serait difficile en pratique pour le maire d'une Commune ou pour le Président d'une Région de prendre en charge l'ensemble des tâches inhérentes à la mise en oeuvre d'une procédure de marché public.

L'exécutif, personne responsable du marché, aura donc tout intérêt à utiliser pleinement les possibilités de déconcentration de l'activité administrative offertes par le Code des marchés publics et le Code général des collectivités territoriales.

A) Les mécanismes de la représentation et de la délégation

La qualité de représentant de la personne responsable du marché peut être octroyée aux élus titulaires de délégations de fonction ou aux agents agissant dans le cadre de leurs fonctions et des instructions qui leurs sont données, ainsi qu'aux cocontractants de la personne publique investis d'une mission de représentation, comme les maîtres d'ouvrage délégués ou les maîtres d'oeuvre.

« La représentation peut ainsi couvrir l'ensemble des tâches matérielles afférentes à la préparation et à l'exécution du marché qui ne donnent pas nécessairement lieu à des actes formellement rattachés à une personne identifiée : ainsi, la définition du besoin et la préparation du DCE demeurent des actions « orphelines », élaborées par la collectivité sous la responsabilité non matérialisée des organes de celles-ci⁴⁰ ».

Il s'agit en fait de l'ensemble des actes matériels non décisifs qui n'engagent pas la collectivité.

Ces actes décisifs impliquent en revanche l'intervention d'une personne spécifiquement habilitée par une délégation de signature et de fonctions qui permet aux élus et à certains agents de prendre part au processus de décision en matière de marchés publics.

Le délégataire peut donc profiter de nouvelles responsabilités de personne responsable du marché pour mener l'ensemble des actes décisionnels engageant la collectivité en matière de marchés publics : choix de l'attributaire, ordres de services et signature du marché principalement.

Dans ce cadre, il semble que la mise en oeuvre d'une négociation ne nécessite pas d'habilitation particulière par la voie de la délégation dès lors qu'à l'issue même de la

⁴⁰ Philippe Schmidt, *La personne responsable des marchés*, Editions le Moniteur, 2004

négociation, la collectivité n'est en aucun cas engagée jusqu'au moment où elle désignera l'attributaire du marché.

Le représentant de la personne responsable du marché peut donc tout à fait conduire les négociations et même plus largement s'occuper de la préparation et de l'analyse a posteriori de la négociation.

B) Comment choisir au mieux le représentant de la personne responsable du marché

Les achats d'une collectivité locale peuvent être scindés en deux grandes familles en fonction de la place qu'ils occupent au sein de l'activité de la personne publique.

On peut ainsi distinguer entre les achats spécifiques et les achats transversaux d'une collectivité pour lesquelles les représentants de la personne responsable du marché ne seront pas forcément les mêmes.

Pour les marchés spécifiques, répondant au besoin d'un seul service d'une collectivité (par exemple un marché de service passé pour l'entretien des chaudières ne pourra que concerner par exemple que le Service de la Gestion des Bâtiments d'une collectivité), il convient que soit désignée comme représentant de la personne responsable du marché la personne de ce service qui ait la meilleure connaissance technique du produit ou de la prestation et du secteur concurrentiel dans lequel ils s'inscrivent.

Et en cas de recours à une phase de négociation pendant la passation du marché, ce représentant de la personne responsable du marché sera alors plus à même de mettre en oeuvre une négociation « d'experts » avec les entreprises candidates qui, elles, ont une parfaite maîtrise du produit et de son environnement.

S'agissant des marchés à vocation transversale qui concernent des besoins propres à l'ensemble des services d'une collectivité (fournitures de bureau, véhicules, vêtements...) ou à seulement quelques uns, la pratique montre que les collectivités locales désignent pour ces achats un « service pilote » qui aura la charge de mener la procédure de marché public.

Ce service sera par exemple choisi en fonction de l'importance de son besoin par rapport au montant global de l'achat pour toute la collectivité ou encore en fonction des caractéristiques techniques du produit ou de la prestation demandée.

Mais il nous semble plus logique, dans le cadre d'une procédure négociée, de choisir ce « service pilote » par rapport à la compétence technique plutôt qu'au montant du besoin.

En effet, si l'on prend par exemple le cas d'un achat de véhicules automobiles destinés à plusieurs services d'une collectivité, peut-être serait-il plus opportun de confier la conduite de la procédure au service de la maintenance des véhicules ou « garage » – si la collectivité en est doté – alors même que ce service n'est pas forcément le plus gros demandeur en nouveaux véhicules

Le représentant du marché désigné dans ce service, qui a priori bénéficie d'une

bonne connaissance technique des automobiles, sera en effet en capacité de mieux négocier avec les entreprises que le représentant de la personne responsable du marché que l'on a désigné par exemple au sein de la Direction de l'enfance qui est le service le plus demandeur et qui n'a reçu aucune formation sur la mécanique automobile.

Parfois même, la gestion des marchés les plus transversaux qui ne font pas appel à des considérations techniques complexes est confiée directement à la Direction des achats de la collectivité comme pour les vêtements par exemple.

L'expertise normalement développée par ce service achats en matière d'optimisation du processus d'achat et tout particulièrement en matière de négociation peut alors s'avérer des plus bénéfique pour obtenir un achat au plus proche des besoins réels définis par la collectivité.

En toute état de cause, le manque de compétence technique de la personne responsable du marché ou de son représentant peut être pallié par la possibilité qui lui est offerte de se faire assister pendant la négociation par des personnes extérieures à l'acheteur public ou des services techniques de la ville pour recueillir un certain nombre de conseils utiles.

Un arrêt rendu dans le cadre d'une délégation de service public a ainsi reconnu **« qu'aucune disposition législative ou réglementaire ni aucun principe général du droit n'interdisent à l'autorité responsable de la personne publique délégante de s'adjoindre, pendant la négociation, les conseils de personnalités qualifiées ⁴¹ ».**

Cependant, la participation à la négociation des services de la collectivité, de personnes qualifiées dans le domaine du marché, de la Commission d'appel d'offres ou même d'association d'usagers ne doit pas avoir pour conséquence de vider la compétence de la personne responsable du marché qui reste la seule personne habilitée pour clôturer les négociations.

Mais le recours à ces personnalités extérieures ayant un certain coût pour la collectivité, et par souci d'efficacité, il convient que l'acheteur public limite en nombre ces intervenants extérieurs.

C) La répartition des compétences entre la personne responsable du marché et la Commission d'appel d'offres

Avec le nouveau Code des marchés public du 7 janvier 2004, la Commission d'appel d'offres perd une importante prérogative dans les marchés négociés dès lors que la personne responsable du marché n'a plus la nécessité de recueillir son avis préalable sur le recours à la négociation, et elle n'intervient plus qu'en aval pour attribuer le marché.

La clef de répartition des compétences entre la personne responsable du marché et la Commission d'appel d'offres varie selon la procédure dans laquelle on se place (*voir ANNEXE n° 1 Tableau retraçant l'organisation d'une collectivité, Yves-René Guillou, Méthodologie de la négociation dans les marchés publics, ACCP n° 31 de mars 2004, p. 109*).

⁴¹ CE, 21 juin 2000, Syndicat intercommunal de la Côte d'Amour et de la presqu'île Guérandaise

Dans le cadre des marchés passés selon la procédure négociée et selon la procédure de concours, le Code des marchés publics, respectivement en ses articles 66 et 70 alinéa 8, ne laisse pas le choix à la personne publique et c'est la personne responsable du marché qui devra nécessairement conduire la négociation.

Par contre, la procédure adaptée laisse la faculté à l'acheteur public de déterminer en toute liberté la répartition des compétences entre la personne responsable du marché et la Commission d'appel d'offres. Dans ce cadre, il semble toutefois plus logique que la phase de négociation soit confiée à la personne responsable du marché ou à son représentant préalablement choisi pour ses compétences techniques qu'à la commission d'appel d'offres.

Une fois définie la personne la mieux à même de mener la procédure au sein de l'organisation de la collectivité, cette personne aura alors notamment la charge de déterminer les modalités pratiques de son achat pour en déterminer la procédure la plus efficace et, dans l'hypothèse du recours à la négociation, d'en préparer les modalités d'exécution.

=====

§2 : Quelle stratégie d'achat adopter ?

Lorsque le choix de la procédure de passation du marché public est laissé à l'appréciation de la personne responsable du marché, dans le cadre des procédures adaptées particulièrement, il semble que le recours à l'appel d'offre peut, sous certaines hypothèses, s'avérer plus efficace que la négociation, et inversement (A).

En tout état de cause, dès lors que l'acheteur public se trouve dans le cadre d'une procédure faisant intervenir la négociation, il est nécessaire qu'il prépare au mieux son achat en déterminant de la manière la plus précise qui soit son besoin, ce qui lui permettra ensuite de définir au plus près sa marge de manoeuvre (B).

Enfin, il convient que la personne responsable du marché ou son représentant prennent le soin de bien préparer en amont la phase de négociation pour en maîtriser chacun des éléments endogènes ou exogènes (C).

A) Quand est-il judicieux de négocier ?

Traditionnellement, portée par les Directives communautaires, la réglementation des marchés publics a toujours privilégié d'un point de vue juridique le recours à l'appel d'offres et n'a laissé qu'une place résiduelle à la négociation.

En pratique, les collectivités locales se sont faits le relais de la réglementation, préférant de loin, quand la possibilité de choisir leur est offerte, l'utilisation plus formalisée de l'appel d'offres à celle plus nébuleuse de la négociation.

L'appel d'offres a ainsi longtemps été considéré comme la procédure permettant la meilleure optimisation de l'achat.

Pourtant, la nouvelle réglementation des marchés publics apporte à l'acheteur public

une nouvelle approche de l'achat public grâce à la reconnaissance du principe de l'adaptation de la procédure à l'achat : « ***c'est la nature de l'achat ainsi que son montant qui sont les critères essentiels de choix de la procédure adaptée. On ne peut qu'en déduire que l'appel d'offres ne forme plus par excellence la procédure de principe. La personne publique doit arbitrer, selon des critères qui ne sont pas visés par le Code, entre plusieurs procédures afin de conformer ses achats aux exigences de transparence, de concurrence et d'efficacité***⁴² ».

Dans ce cadre, l'acheteur public se doit de connaître les cas pour lesquels il est préférable de recourir à la négociation plutôt qu'à l'appel d'offre. (voir Annexe 2 Tableau de présentation de hiérarchisation des procédures les plus adaptées, Yves-René Guillou, ACCP n° 45 juin 2005, p. 25).

a) Avantages et limites de l'appel d'offres

L'appel d'offres présente un double avantage.

En premier lieu, elle représente une technique de sélection des offres suffisamment sécurisée dans la mesure où cette procédure ne permet pas aux soumissionnaires, hors cas d'ententes prohibées, de connaître les offres des autres candidats, ni à la collectivité acheteuse de fournir certaines informations propre à rompre la dynamique concurrentielle.

Le second avantage, corollaire du premier, est que le secret gardé sur la teneur des offres de chacun des concurrents favorise une optimisation des offres primaires des entreprises qui doivent se risquer à faire immédiatement une « bonne » proposition devant l'incertitude qui pèse sur la teneur des offres des autres candidats qui seraient susceptibles de supplanter la sienne.

Enfin, l'appel d'offres va offrir aux entreprises, placées dans des conditions de concurrence identiques et disposant d'une parfaite connaissance des besoins de la collectivité, les conditions optimales pour présenter leurs offres sans pouvoir volontairement les surévaluer par crainte de la concurrence.

L'appel d'offres semble donc présenter diverses avantages qui viendraient a priori justifier son utilisation massive par les acheteurs publics au détriment de la négociation.

Pourtant, la technique de l'appel d'offres montre rapidement ses limites dès lors que le marché ne concerne pas un secteur véritablement concurrentiel.

« La première situation relève par exemple de l'existence d'un monopole de fait ou de droit, ou bien de la primauté pour des raisons économiques, technologiques, etc., d'un acteur. [...] La déformation du « process » de l'appel d'offres est alors totale et ruine les qualités intrinsèques de cette procédure⁴³ ».

b) Avantages et limites de la négociation

La négociation est dorénavant reconnue comme une procédure efficace et est

⁴² Yves-René Guillou, *Pourquoi et quand recourir à la négociation*, ACCP précité

⁴³ Même source.

encouragée par le Code des marchés publics de 2004 et sa circulaire d'application.

Mais elle ne doit pas pour autant être considérée comme une procédure qui satisfasse toujours au mieux à l'exigence d'efficacité nouvellement promue par le Code des marchés publics.

Pour reprendre a contrario la logique applicable à l'appel d'offres, dans le cadre d'un marché passé pour un besoin clairement déterminé auquel beaucoup d'entreprises sont susceptibles de pouvoir répondre, et pour lequel il existe donc une véritable pression concurrentielle, la négociation va pousser les entreprises à survaloriser leurs premières offres en vue de s'accorder une marge de manoeuvre pour la négociation.

Et au final, la collectivité publique aboutira dans le meilleur des cas par la négociation à l'obtention d'offres qui ne s'avéreront pas plus intéressantes que si elle avait directement recouru à l'appel d'offres.

A l'inverse, lorsqu'il existe une incertitude pour les entreprises sur les modalités précises de réponse aux besoins de la personne publique, cela peut amener les candidats à présenter des offres différenciées et originales.

Et la circonstance que les autres entreprises ne connaissent pas la stratégie et la teneur technique des offres des autres candidats, que seule la collectivité connaît progressivement, place l'acheteur public en position de force pour négocier avec l'ensemble des candidats.

La négociation présente donc ici l'avantage d'aboutir à une diversité des offres des entreprises qui permettra à l'acheteur public de connaître des réponses différenciées à son besoin.

Mais dès lors que le choix de l'acheteur public s'est porté sur une procédure intégrant une étape de négociation, il est nécessaire pour ce dernier de connaître a priori les points du marché qui pourront ou non faire l'objet d'une négociation.

B) Comment définir la marge de manoeuvre de l'acheteur ?

A la différence d'avec le secteur privé, la réglementation des marchés publics oblige la personne publique à définir avec précision son besoin, qui n'est pas négociable et qui répond souvent aux nécessités de service public qui ne permettent pas la souplesse des besoins privés.

Pour autant, si le besoin est constant, ses modalités de définition au règlement de consultation peuvent permettre à la personne publique de disposer d'une certaine latitude devant les offres émises par les entreprises.

a) Une marge de manoeuvre conditionnée par une définition préalable des besoins de la collectivité

Tout marché public doit faire l'objet d'une étape préalable de définition des besoins de la collectivité sauf hypothèse où la personne publique n'est pas en mesure de les déterminer avec suffisamment de certitudes.

Véritable exigence d'un achat efficace et sécurisé, la définition préalable et précise

des besoins de la personne publique permettra de mettre sur pied un marché qui répondra au mieux aux attentes de la collectivité.

Mais **« l'étendue des besoins d'une collectivité varie en fonction de sa taille, de son budget, de son niveau d'équipement, de ses compétences. Il n'est donc pas possible de modéliser la procédure de définition de besoin mais des pistes de travail peuvent être indiquées en fonction de la nature du besoin ⁴⁴ »**.

Toutefois, il ne faut pas confondre la détermination préalable des besoins de sa « formalisation » dans le règlement de consultation et plus particulièrement au cahier des charges.

Ainsi, comme nous l'avons souligné précédemment, la négociation sera plus efficace dans le cadre d'un marché où l'information sur le besoin de l'acheteur public par les entreprises candidates n'est pas parfaite.

En fait, ce sont plutôt les modalités de réponse précise au besoin de la collectivité qui ne doivent pas toutes être connues des offreurs. Devant cette inconnue, les entreprises seront poussées à proposer des solutions différentes, qu'elles estiment chacune les plus appropriés, ce qui aura pour effet de favoriser l'émulation des offres et de permettre à la personne responsable du marché de choisir grâce à la négociation une autre modalité de satisfaction à son besoin de ce qu'elle aurait pu imaginer seule.

Cette technique rédactionnelle est d'autant plus intéressante que le choix d'une autre solution pour la résolution de son besoin peut également permettre à la personne publique de faire des économies en ce que cette nouvelle solution pourra se révéler plus intéressante financièrement que celle initialement retenue par l'acheteur.

Dès lors, il convient de par la rédaction du cahier des charges de laisser une certaine latitude aux entreprises candidates pour exprimer leurs savoir-faire dans leurs réponses, à défaut de quoi la négociation se réduira surtout à l'aspect financier.

La circulaire d'application du Code des marchés publics est d'ailleurs claire quant à une rédaction plus large du cahier des charges en matière de négociation : **« Si cette procédure [la négociation] ne permet pas de modifier les caractéristiques principales du marché tels, notamment l'objet du marché ou les critères de sélection des candidatures et 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 alors que dans une procédure d'appel d'offres, le cahier des charges est fixé de manière unilatérale et intangible avant le lancement de la consultation ⁴⁵ »**.

Attention toutefois, il ne faut pas non plus formaliser son cahier des charges de telle sorte qu'il ne représente finalement pour les entreprises que la formulation d'un

⁴⁴ Christian Debieve, *La détermination préalable des besoins dans l'achat public local : simple exigence juridique ou véritable enjeu organisationnel ? Mémoire Master 2 Management du Secteur public, IEP Lyon, 2004.*

⁴⁵ *Circulaire d'application du Code de 2004, point 11.2, précitée*

programme fonctionnel dont les moyens seront totalement définis par elles, comme c'est le cas pour la procédure de dialogue compétitif.

Tout au plus, la rédaction du cahier des charges devra laisser aux offreurs une certaine marge de manoeuvre tout de même limitée.

La rédaction optimale du cahier des charges pour une négociation efficace se trouve donc quelque part entre la rédaction du cahier des charges d'un appel d'offre, défini par la seule personne publique et intangible, de la rédaction pour un dialogue compétitif d'un cahier des charges purement fonctionnel.

Par exemple, dans le cadre d'un marché de travaux, il pourrait être opportun que la rédaction du cahier des charges laisse une certaine latitude aux entreprises sur la nature des matériaux à utiliser.

Mais cette logique de marge laissée à l'offreur va bien souvent à l'encontre de la logique administrative qui prédomine dans le cadre des marchés publics selon laquelle c'est la collectivité qui définit son besoin et l'entreprise qui répond.

b) Une marge de manoeuvre reposant sur la précision des critères de sélection retenus

A titre liminaire, rappelons que les modalités de la négociation doivent être définies au préalable par la personne publique et portées au dossier de consultation afin d'informer les candidats des éléments du marché qui sont intangibles et ceux sur lesquels la négociation peut être mise en œuvre.

En principe, la négociation peut porter sur l'ensemble des éléments du marché : **« Même si la personne publique ne peut modifier les conditions du marché telles qu'elles ont été définies pour le lancement de la procédure, elle dispose avec le marché négocié d'une marge de manoeuvre importante. Il est ainsi possible de négocier sur : - le prix : comment diminuer le prix d'une prestation en agissant par exemple sur le coût d'acquisition, sur le coût de stockage, ou de transformation, sur le prix des accessoires, des options, des garanties, de l'entretien, de l'assurance, du transport, etc. ; - la quantité : vérification de la quantité nécessaire pour répondre exactement à l'étendue du besoin de la PRM public, fréquence des commandes, structure des remises accordées, etc. ; - la qualité : vérification de l'adéquation au besoin exprimé, du niveau de qualité proposé, incidences sur le prix de l'éventuelle modification de ce niveau de qualité, part du transport et des formalités diverses, etc. ; - les garanties de bonne exécution du marché : pénalités, résiliation...⁴⁶ ».**

Outre les règles de la négociation, le règlement de consultation doit également contenir l'ensemble des critères sur lesquels la personne publique se fondera pour apprécier l'offre économiquement la plus avantageuse.

L'article 53 II du Code des marchés publics énonce ainsi que la personne publique peut se fonder sur **« divers critères variables selon l'objet du marché, notamment le**

⁴⁶ Circulaire d'application du Code de 2004, point 11.2, précité.

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 [...] ».

Ces critères de sélection des offres sont déterminants pour la phase de négociation en ce qu'ils permettront à la personne responsable du marché de détecter les forces et les faiblesses des offres des candidats et ainsi d'optimiser chacune de ces offres par la négociation sur ces critères en fonctions des carences particulières qu'elles contiennent (Voir Annexe n° 3, *Conduite d'une stratégie de négociation pour un « petit » marché de travaux*, Yves-René Guillou, ACCP n° 45, juin 2005 p. 31).

La personne publique connaissant des conditions idéales de recours et de mise en oeuvre de la négociation, il convient de lui donner certaines pistes qui lui permettront d'optimiser a priori le déroulé de la négociation.

C) Comment s'assurer a priori de bien aborder la négociation ?

En premier lieu, la personne qui représentera la collectivité pendant la négociation se devra au maximum de connaître le secteur d'activité concerné par l'achat.

Il convient alors que soient identifiées les grandes entreprises dominantes sur le secteur d'activité, quels sont les prix généralement pratiqués, quelles sont les innovations technologiques récentes, etc.

En second lieu, le négociateur devra connaître son ou ses interlocuteurs : quelle est sa place sur le secteur, sa réputation, les prix qu'il pratique habituellement, etc., afin de pouvoir le replacer dans son secteur d'activité et bénéficier ainsi d'arguments solides lors de la négociation.

Cette expertise peut s'acquérir idéalement en se rendant sur les foires, expositions et autres salons qui intéressent l'acheteur public en fonction de ses besoins ou en se procurant les divers catalogues des fournisseurs potentiels de la collectivité.

Ensuite, et c'est une étape trop souvent oubliée des négociateurs, qu'ils exercent leur talent dans le secteur public ou privé d'ailleurs, il est nécessaire pour la personne souhaitant négocier efficacement de bien se connaître elle-même, de réfléchir ses points forts et ses points faibles afin de travailler dessus pour aborder avec une certaine assurance, mais pas trop quand même, la phase de négociation.

Dans ce cadre, il faudra également définir a priori les modalités de déroulement de la négociation (date et durée de la réunion, son lieu, les participants, etc.), particulièrement par la tenue de divers tableaux de bord de préparation à la négociation (Voir Annexe n° 4, *Fiche pratique de négociation*, Yves-René Guillou, ACCP n° 31, mars 2004, p. 113).

Une fois passée cette étape de préparation de la phase de négociation, la personne chargée de négocier pour le compte de la collectivité va alors entrer dans le vif du sujet et se retrouver en « tête à tête » avec chacune des entreprises ayant présentée une offre et admises à négocier.

Dans cette hypothèse, le négociateur public devra mettre en oeuvre une véritable

stratégie de négociation afin de pouvoir contrecarrer la stratégie de l'entreprise privée qui est pour sa part en général rompue à la pratique de la négociation dans le cadre de son activité commerciale.

L'acheteur public pourra alors trouver de nombreux outils dans la pratique privatiste de la négociation qu'il pourra sans difficulté faire siens dans le cadre d'une négociation dans les marchés publics.

CHAPITRE 2 LES PROCEDES DE NEGOCIATION, OU COMMENT ABORDER LA « CONFRONTATION » AVEC LE CANDIDAT AU MARCHE

La personne responsable du marché n'a pas le réflexe « culturel » de recourir à la négociation dans le cadre de la passation d'un marché public, quand bien même les conditions de sa pleine efficacité seraient réunies.

En découle un manque de pratique de la négociation qui ne permet pas à la personne en charge de négocier les conditions du marché pour le compte de la collectivité d'être en position privilégiée face à l'interlocuteur habilité par l'entreprise.

Les négociateurs envoyés par les entreprises ont l'avantage de souvent bien mieux connaître que le négociateur de la collectivité les caractéristiques du produit et de son environnement économique; à juste titre tout de même car ils ont subi des formations poussées concernant le produit en lui-même et sur les meilleures techniques pour le vendre.

Face à cet interlocuteur aguerri, le négociateur public pourra se retrouver aisément déstabilisé s'il ne peut pas soutenir qualitativement les tractations.

Le représentant de la collectivité qui ne dispose pas de toutes les clefs lui permettant de rivaliser à armes égales avec le négociateur privé devra donc nécessairement passer par une période de formation pour élargir sa gamme de technique de négociation.

La connaissance du produit et de son secteur concurrentiel, l'expérience acquise par la répétition des réunions de négociation et une formation appropriée sont autant d'éléments qui peuvent permettre à la personne publique d'optimiser l'efficacité de son processus de négociation.

Par exemple, l'expérience démontrera à l'acheteur public que la négociation individuelle avec chacune des entreprises invitées à négocier s'avérera beaucoup plus efficace qu'une négociation en groupe qui est beaucoup plus difficile à maîtriser pour l'acheteur public et qui pourra en outre favoriser les ententes.

De même, la négociation purement écrite mise en oeuvre par l'échange répété de courriers entre les entreprises privées et la personne publique ne sera jamais aussi efficace qu'une réunion orale en face à face avec le candidat.

(Voir Annexe n° 5, « Chat » de Dominique Legouge et de Florence Piquet, Achatpublic.com en date du 16 décembre 2004)

§1 : Les techniques de négociation du secteur privé : une véritable source d'inspiration pour l'acheteur public ⁴⁷

L'achat dans le secteur public répond d'une logique différente de celle des achats des personnes privées dans la mesure où « **il existe une spécificité de l'achat public qui rend cet achat partiellement irréductible aux achats des personnes privées. L'emprunt aux techniques de négociation privées est par conséquent intéressant mais pas exclusif d'une réflexion endogène sur les spécificités de l'achat public** ⁴⁸ ».

Là où une entreprise privée va raisonner principalement en terme de rationalité économique pour ses achats, la personne publique pourra elle trouver d'autres raisons pour privilégier tel ou tel achat, dictées par des impératifs de service public auxquels échappent les entreprises du secteur privé.

Il n'en reste pas moins qu'il existe une étape du processus d'achat des personnes publiques préservée ou presque des spécificités du secteur public, à savoir la phase de négociation.

De nombreuses études se sont ainsi penchées sur les moyens dont disposent les protagonistes d'une négociation pour en retirer le maximum de bénéfice tout en en préservant un cadre apaisé.

L'acheteur public qui souhaiterait profiter de toutes les opportunités offertes par la négociation devra donc garder en tête pendant toute la durée des tractations un certain nombre de principes tirés de la pratique privée, qui lui permettront de gérer toutes les éventualités qui pourront se présenter à lui pendant les négociations.

A) Comment se placer face à son interlocuteur ?

Dès le premier contact avec la ou les personnes mandatées par les entreprises pour négocier, l'acheteur public devra prêter grande attention à la psychologie de son interlocuteur.

Cela permettra à l'acheteur public de déterminer la psychologie d'approche de la négociation de l'offreur, de percevoir les points sensibles sur lesquels ce dernier sera plus difficile à convaincre, etc.

⁴⁷ Le présent mémoire n'a pas pour prétention de dresser une liste exhaustive des techniques de négociation utilisées dans le secteur privé mais seulement de donner certaines pistes de travail aux acheteurs publics souhaitant négocier la plus efficacement possible. Nous vous invitons à vous reporter sur les ouvrages cités dans ce paragraphe pour de plus amples informations.

⁴⁸ Yves-René Guillou, Pourquoi et quand recourir à la négociation ? ACCP n°45, juin 2005

Le comportement à adopter par le représentant de la personne publique qui souhaiterait préserver une relation de confiance et une certaine efficacité lors de la négociation sera alors conditionné par celui de son interlocuteur.

a) Quelle attitude adoptée ?

En premier lieu, il convient de prendre certaines précautions quant aux dispositions pratiques pour rendre le contexte de la négociation favorable à son épanouissement. Ainsi, les modalités d'accueil, le lieu, l'organisation voire certains gestes d'attentions de confort pourront mettre d'emblée le négociateur privé dans des conditions favorable au bon déroulement de la négociation.

De même, la posture empruntée par le négociateur public aura une influence certaine sur l'attitude du vendeur.

L'acheteur devra donc toujours tenter de piloter l'entretien de négociation avec tact et courtoisie.

« Votre comportement reflète la puissance, la sérénité, la sûreté de [la collectivité]. La courtoisie exprime la force. Même vis-à-vis de quelqu'un de désagréable, restez courtois et d'humeur constante ⁴⁹ ».

Dans ce cadre, l'acheteur devra en outre démontrer une véritable « solidarité » envers la collectivité pour laquelle il négocie tant pour ses erreurs que ses succès ; et rejeter une erreur sur les autres membres ou services de la structure serait nuisible à l'image dégagee par l'acheteur public et même plus largement pour celle de la collectivité.

Dès lors, le négociateur public devra faire preuve d'une écoute attentive des attentes de l'offreur, véritablement scruter son comportement, afin de déterminer l'attitude idoine à adopter pour ne pas que le contexte de la négociation se crispe et qu'elle aboutisse à une impasse.

Car la négociation confrontent des Hommes au sens large du terme, avec toutes les forces et les faiblesses qui les caractérisent et qui peuvent parfois amener la négociation vers une tournure inattendue, voire surprenante.

b) Comment garder le contrôle de la négociation ?

En premier lieu, le moyen le plus efficace de maîtriser une négociation est d'en clarifier les contours.

Le négociateur public ne saurait se lancer dans une négociation sans en avoir défini au préalable les enjeux tant pour la collectivité que pour les entreprises candidates admises à négocier : Comment les entreprises abordent-elles le différend ? Quel serait pour les deux parties un résultat acceptable ? Que peut envisager l'acheteur pour faire évoluer la situation ?

L'acheteur public devra alors parfaitement connaître les intérêts et objectifs qu'il souhaite satisfaire ainsi que ceux qu'il estime avoir perçu chez le ou les candidats.

⁴⁹ René Moulinier, *Pratique de l'entretien de vente, Les Editions d'organisation, 1984, p. 21*

Ensuite, le négociateur public devra s'attacher à dénoncer d'emblée les attitudes déloyales susceptibles de « vicier » le déroulement serein de la négociation **« avant que ne s'installent des « jeux » et échanges toxiques qui ne peuvent que déstabiliser et accentuer le rapport de force, favoriser les comportements problématiques et faire glisser l'échange de la bonne réciprocité (bienveillance) à la mauvaise (menace, déni, indifférence) et donner ainsi naissance au conflit⁵⁰ ».**

Et ce n'est qu'une fois le cadre et le contexte de la négociation éclairés, que l'acheteur public pourra se focaliser sur la négociation même de l'offre de chacun des candidats.

A ce stade, il serait opportun pour le négociateur public de **« prendre la main »** afin **« d'ancrer la discussion au niveau qui correspond à ses inspirations...à condition que l'on soit capable de la justifier par des critères objectifs⁵¹ ».**

Ainsi, et grâce aux critères de choix des offres transformés pour l'occasion en critères de négociation, l'entretien est placée d'emblée dans le domaine du raisonnable et permet d'éviter que les prétentions de la collectivité ne soient rejetées car en dehors des limites de l'acceptable.

D'où l'intérêt d'utiliser des critères de références clairs pour les entreprises car **« celles des parties qui saura utiliser les référents habituels de l'autre pour argumenter son offre aura marqué un avantage décisif. En faisant ressortir le caractère légitime, raisonnable, qui répond aux attentes de son interlocuteur et qui apporte un plus par rapport à toute alternative, elle aura placé ce dernier dans ses conditions normales d'évaluation et d'appréciation. Ce faisant, elle aura évité les réticences éventuelles issues de l'effort d'adaptation au raisonnement et aura ainsi préparé l'autre à acquiescer plus facilement⁵² ».**

Cet encadrement de la négociation par des critères précis permettra donc à l'acheteur public de traiter efficacement l'argumentation et les objections du candidat qui participe à la négociation.

Pour autant, adopter le « langage » de son interlocuteur implique au préalable qu'on le maîtrise, ce qui n'est pas toujours le cas des acheteurs publics concernant les produits ou services vendus par les entreprises commerciales, et ceci n'est en tout état de cause pas suffisant pour s'assurer que l'interlocuteur de la personne publique sera dans de meilleures dispositions pour répondre plus favorablement aux propositions de la collectivité.

Certaines subtilités de communication et plus particulièrement de persuasion devront dès lors être utilisées par le négociateur public afin de faire « plier » son interlocuteur à ses exigences⁵³.

En tout hypothèse, le négociateur public devra veiller à ne pas surestimer sa position

⁵⁰ Maurice A. Bercoff, *L'art de négocier, l'approche Harvard en 10 questions*, Editions d'Organisation, 2005, p.117

⁵¹ Maurice A. Bercoff, *L'art de négocier, l'approche Harvard en 10 questions*, Editions d'Organisation, 2005, p. 59

⁵² Maurice A. Bercoff, *L'art de négocier, l'approche Harvard en 10 questions*, précité p. 60

dans le face à face avec le négociateur de l'entreprise et ainsi accorder au vendeur une véritable marge de manoeuvre pendant l'entretien pour qu'il puisse faire des propositions qui pourraient se révéler véritablement intéressantes pour la collectivité.

B) Comment clôturer la négociation ?

Dans le cadre des marchés publics, la fin de la phase de négociation entre la collectivité locale et la ou les entreprises privées doit bien évidemment répondre aux exigences d'égalité et de transparence imposées par la réglementation des marchés publics.

a) Gérer la fin des tractations

Les candidats dont l'offre n'a pas été retenue à l'issue de la négociation devront être avertis dans les mêmes conditions du rejet de leur offre et de l'obtention du marché par l'entreprise retenue par la personne publique.

Il convient à cet égard de différencier la fin d'une réunion de négociation qui en appelle une ou plusieurs autres, de la fin de la négociation elle-même qui aboutira au choix d'une entreprise par la collectivité.

La tenue de plusieurs réunions de négociation est d'ailleurs conseillée dans la mesure où elle permettra à l'acheteur public de revenir « à froid » sur les points abordés lors de cette réunion, de comparer les différentes évolutions ou efforts particuliers consentis par chacune des entreprises et ainsi d'aborder une nouvelle réunion de négociation en connaissant les points forts et points faible des dernières propositions faites par les entreprises.

En tout état de cause, qu'on se place dans le cadre de la fin d'une réunion ou dans celui de la véritable clôture des négociations, l'acheteur public veillera à prendre congé de manière courtoise et brève.

Car il faut toujours garder à l'esprit que la collectivité sera probablement un jour amenée à travailler avec une entreprise avec laquelle elle a eu un contact lors d'une phase de négociation et que la mise en place de relation bienveillante sera peut-être un jour profitable à la personne publique en cas de nouveaux contacts avec ces entreprises.

b) Evaluer à posteriori l'efficacité de sa négociation

Au terme de la négociation, l'acheteur public devra nécessairement en mesurer l'efficacité pour s'assurer que les efforts qu'il a mis en oeuvre pour optimiser son achat par la négociation ont été véritablement payants.

Il ne faut en effet pas oublier que la phase de négociation représente un certain coût pour la collectivité en moyens humains et matériels – et donc en terme financier – et son évaluation s'impose afin de vérifier si il a finalement été opportun pour la personne publique de recourir à la négociation plutôt qu'à l'appel d'offres.

⁵³ A cet égard, voir M. Chozas, C. Julien, P. Gabillet, 1989, *Force de vente, négociation et communication*, Editions Foucher, « Les techniques de persuasion », p. 102

Ainsi, l'acheteur public pourra créer un fichier, véritable « mémoire » de la négociation, qui retracera chacune des étapes de la phase de négociation avec tous les candidats.

Ce fichier devra donc faire la synthèse du déroulement de l'entretien de négociation – prise de contact, propositions, argumentation, réponse aux objections, conclusions, prise de congé – afin de faire ressortir les évolutions des offres de chacun des candidats entre chaque réunion de négociation ainsi qu'à l'issue de l'étape de négociation.

Cette évaluation a posteriori permettra sur le long terme à l'acheteur public de développer une véritable expertise sur la négociation en lui permettant de recouper les informations obtenues sur divers marchés et ainsi de mettre en place une véritable stratégie d'achat et de négociation en fonction de la nature du marché et des entreprises avec lesquelles la collectivité peut être amenée à négocier.

=====Mais
ces techniques de négociation ne relèvent pas pour l'acheteur public de l'intuitif et procèdent au contraire d'une véritable expertise que celui-ci peut acquérir grâce à l'expérience mais également par des formations adaptées.

§2 : L'indispensable professionnalisation du métier d'acheteur public

Ce n'est que très récemment que les collectivités locales ont pris la mesure de la pluridisciplinarité inhérente au métier d'acheteur public.

Cette constatation a donc amené les collectivités territoriales à distinguer les compétences juridiques nécessaires à la passation de procédures sécurisées de celles, plus économiques, permettant à l'acheteur public de déterminer la procédure la plus efficace.

En pratique, chacune de ces compétences ne relève pas d'un seul et même agent ou service qui serait en charge de la totalité de la procédure de passation d'un marché public.

Les compétences nécessaires à l'efficacité pleine et entière d'un achat sont au contraire « éclatées » entre plusieurs services et divers agents.

Ainsi, à côté du juriste pure en charge des marchés publics placé au sein du service juridique de la collectivité, on trouvera bien souvent une « cellule achat » indépendante chargée d'optimiser l'efficacité des achats de la collectivité, particulièrement pour ceux transversaux, et d'aide à la passation des marchés spécifiques à chaque service ; alors qu'en parallèle, la compétence technique nécessaire à une véritable négociation est détenue par les agents techniques chacun dans leur corps de métier respectif.

Chacun à leur niveau, ces acteurs de la commande publique détiennent donc la clef d'un achat efficace et sécurisé.

Pour autant, la pierre angulaire de l'achat d'une collectivité locale reste sa « cellule achat » au sein de laquelle les acheteurs publics seront amenés à conseiller la ou les personnes responsables de marchés dans le cadre de procédure de passation de marché publics et plus particulièrement en matière de négociation.

Il convient donc que ces acheteurs publics au sens strict du terme soient de véritables professionnels ou en tout cas que la collectivité qui les emploie leur donne la possibilité de le devenir.

A) Un recrutement pertinent des acheteurs par les collectivités locales...

Le responsable du recrutement d'une collectivité locale peut se trouver bien embarrassé devant le choix d'un agent destiné à devenir acheteur public au sein de sa structure.

La pluridisciplinarité de la matière soulève en effet la question de la compétence du candidat au poste à prendre en compte.

Bien évidemment, son choix devra porter sur un agent motivé par le métier d'acheteur public.

Mais un recrutement original « de commerciaux du privé dont le premier métier relève de la gestion de la relation commerciale ⁵⁴ » peut finalement s'avérer très intéressant pour la collectivité.

Bien souvent, à l'heure actuelle, les acheteurs publics des collectivités locales ne disposent de telles compétences qui s'avèrent pourtant des plus appréciables dans le cadre des relations de la personne publique avec le secteur privé.

En outre, les compétences des acheteurs publics sont aussi souvent contestées en interne par les agents des autres services qui voient d'un mauvais oeil cette « cellule achat » venir remettre en cause leurs besoins et leur donner des conseils qui ne sont malheureusement pas toujours perçus comme tels.

Dès lors, devant cette méfiance, la meilleure réponse que peut apporter l'acheteur public est qu'il développe dans son métier une véritable expertise qu'il pourra tout particulièrement affûter grâce à des cycles de formations adaptées à ses carences professionnelles.

B) ... Soutenu par une politique de formation ambitieuse

A titre liminaire, il convient de préciser que ces formations des acheteurs publics ne sont pas exclusives de formations pour les autres acteurs de la commande publique d'une collectivité locale.

Par exemple, la personne responsable du marché qui a été choisi pour ses compétences techniques pourra-t-elle compléter cette qualité par des formations en matières juridique et économique voire même en techniques de négociation afin qu'elle puisse mener au mieux chacune des étapes de la procédure de passation d'un marché public.

Pour autant, dans les collectivités dotés d'une « cellule achat », une telle politique de « tout formation » s'avérerait au final pour elle plus chère que productive dès lors que celle-ci est dotée d'un service capable de conseiller les personnes responsables des

⁵⁴ Voir l'interview d'achatpublic.com en date du 25 novembre 2004, « Annick Duribreux, chef des achats de Lille Métropole, s'inspire de la culture du privé ».

marchés.

Dans ce cadre, il semble donc plus opportun que la politique de formation en marchés publics de la collectivité se focalise plutôt sur les acheteurs publics de la « cellule achat » que sur l'ensemble des acteurs de la commande publique de la collectivité.

Ainsi, l'acheteur public de la « cellule achat » qui a reçu des formations complémentaires à son expérience initiale en matière juridique, économique ou en négociation, et dont l'achat public constitue la véritable profession, sera plus à même de percevoir tous les enjeux de la matière qu'un représentant de la personne responsable du marché, quand bien même ce dernier aurait reçu une formation en matière de marchés publics.

Et cette véritable expertise de l'achat public ne pourra par la suite qu'être reconnue par ses pairs, favorisant la pleine intégration, encore aujourd'hui difficile, des acheteurs publics au sein de l'organigramme des collectivités locales.

CONCLUSION

Au regard de tout ce qui précède, la négociation dans les marchés publics présente donc pour l'acheteur public une double difficulté :

- juridique d'une part, en ce que les collectivités locales hésitent à utiliser la négociation dans le cadre de leurs procédures de passations des marchés publics de peur de favoriser bien involontairement l'un ou l'autre des candidats et ainsi de se voir inculper du délit d'octroi d'avantages injustifiés ;
- organisationnelle et économique d'autre part, car les collectivités locales ne disposent pas toujours actuellement de personnels en mesure d'apprécier toutes les subtilités que cachent le recours à la négociation et l'utilisation de l'appel d'offres.

Pour autant, nous nous sommes attachés à démontrer tout au long de ce mémoire que, sur ces deux plans, le recours à la négociation s'avérait tout aussi juridiquement sécurisé et économiquement efficace que l'appel d'offres, dès lors qu'elle est utilisée à bon escient.

L'élargissement opéré par le Code des marchés publics concernant les possibilités d'utilisation de la négociation représente donc pour les collectivités une véritable opportunité que certains outils tout à fait à leur portée leur permettront de maîtriser.

Finalement, il semble que les réticences des personnes publiques à utiliser la négociation soient plutôt dues à un problème culturel que juridique ou économique.

Les acteurs de la commande publique locale doivent donc prendre conscience qu'il est impérieux de modifier leur approche des achats publics, certes très

ancienne mais aujourd'hui dépassée.

Et ce d'autant, que les nouveaux outils offerts aux collectivités locales par la dématérialisation des procédures – les enchères inversées – ou par le futur Code des marchés public de 2006 – avec les accords cadres par exemple – offrent une place privilégiée à la négociation dans le cadre de la commande publique locale.

BIBLIOGRAPHIE

Ouvrages

M. Chozas, C. Julien, P. Gabillet, *Force de vente, négociation et communication*, Editions Foucher, 1989.

Maurice A. Bercoff, *L'art de négocier, l'approche Harvard en 10 questions*, Les Editions d'Organisation, 2005.

Joseph Stanford, *La négociation : redéfinir le succès*, Les pratiques de gestion, Centre canadien de gestion, juin 1994.

René Moulinier, *Pratique de l'entretien de vente*, Les Editions d'Organisation, 1984.

M. Chozas, C. Julien, P. Roussel, *Force de vente, l'entretien de vente*, Editions Foucher, 1992.

Philippe Schmidt, *La personne responsable du marché*, Editions le Moniteur, 2004.

Christophe Cabanes, *La délégation de service public*, Groupe Moniteur, décembre 2004.

Articles de doctrines

Arnaud Cabanes, Aurélien Colson, Denis Didierlaurent, Yves-René Guillou, Loïc Hilaire, Alain Ménéménis, Alain Pekar Lempereur, Yves Olivier et Laurent Richer, *Dossier : NEGOCIATION MODE D'EMPLOI*, Actualité des Contrats et de la Commande publique (ACCP), n° 45, juin 2005.

Yves-René Guillou, *Méthodologie de la négociation dans les marchés publics*, ACCP, n° 31, mars 2004.

Christian Debiève, *La détermination préalable des besoins dans l'achat public local : simple exigence juridique ou véritable enjeu organisationnel ?* Mémoire Master 2 Management du Secteur public, IEP Lyon, année universitaire 2003-2004.

G. Tessier, *Comportement organisationnel, Module de négociation*, Cours à l'ENAP, mai 1998.

Stéphane Braconnier, *Les sources de contentieux dans les nouvelles procédures de passation des marchés publics*, ACCP n° 14, septembre 2002.

Anne Bréville, *Le point sur les variantes après l'arrêt Traunfeller*, ACCP n° 29, janvier 2004.

Charles-Henry Chenut, *Marchés privés : la valeur juridique des pourparlers*, Moniteur des travaux publics, n° 5301 du 1^{er} juillet 2005.

Patrice Reis, *Le délit de favoritisme dans les marchés publics : une régulation pénale des pratiques discriminatoires et de certaines pratiques anticoncurrentielles*, Les Petites Affiches, n° 133, 4 juillet 2003.

Jean-Pierre Gohon, *Comment se prémunir contre le délit dit « de favoritisme »*, ACCP n° 12, juin 2002.

Serge Rampa, *Un maître mot : la négociation*, Moniteur des travaux publics, n° 5299 du 17 juin 2005.

Michel Cambournac, *Une procédure négociée banalisée sans être dûment formalisée*, Moniteur des travaux publics, n° 5247 du 18 juin 2004.

Mireille Berbari, *Favoritisme : l'octroi d'un avantage injustifié*, ACCP n° 30, février 2004.

Jérôme Michon, *Code des marchés publics 2004 – Fiche n° 12 : l'encadrement des procédures négociées*, Moniteur des travaux publics, n° 5239 du 23 avril 2004.

C. Cabanes, B. Neveu, *Délégation de service public : l'épreuve de la négociation*, Moniteur des travaux publics, n° 5220 du 12 décembre 2003.

Yves-René Guillou, *Négociation et protection de la propriété intellectuelle et des secrets industriels et commerciaux*, ACCP n° 35, juillet/août 2004.

Christophe Cabanes et Pierre Marty, *Conditions de la négociation en marché public : des précisions utiles*, ACCP n°18, janvier 2003.

Alain Jossaud, *Piloter la procédure de dialogue compétitif*, ACCP n° 36, septembre

2004.

Achatpublic.com, Annick Duribreux, chef des achats de Lille Métropole, s'inspire de la culture du privé, interview de Christophe Belleuvre, 25 novembre 2004.

Achatpublic.com, Négociation et marchés publics, Chat en ligne avec Florence Piquet et Dominique Legouge, 16 décembre 2004.

ANNEXES

ANNEXE 1 :

Tableau retraçant l'organisation d'une collectivité, Yves-René Guillou, Méthodologie de la négociation dans les marchés publics, ACCP n° 31 de mars 2004

DOCUMENTS CONSULTABLES en version papier au Centre de Documentation Contemporaine de l'Institut d'Etudes Politiques de Lyon

ANNEXE 2 :

Tableau de présentation de hiérarchisation des procédures les plus adaptées, Yves-René Guillou, ACCP n° 45 juin 2005, p. 25

DOCUMENTS CONSULTABLES en version papier au Centre de Documentation Contemporaine de l'Institut d'Etudes Politiques de Lyon

ANNEXE 3 :

Conduite d'une stratégie de négociation pour un « petit » marché de travaux, Yves-René Guillou, ACCP n° 45, juin 2005 p. 31

DOCUMENTS CONSULTABLES en version papier au Centre de Documentation Contemporaine de l'Institut d'Etudes Politiques de Lyon

ANNEXE 4 :

Fiche pratique de négociation, Yves-René Guillou, ACCP n° 31, mars 2004, p. 114

DOCUMENTS CONSULTABLES en version papier au Centre de Documentation Contemporaine de l'Institut d'Etudes Politiques de Lyon

ANNEXE 5 :

« Chat » de Dominique Legouge et de Florence Piquet, Achatpublic.com en date du 16 décembre 2004

Négociation et marchés publics

Pour finir l'année 2004 en beauté, achatpublic.com avait organisé le jeudi 16 décembre, un chat sur la négociation et l'achat public. Innovation majeure du Code 2004, la négociation demeure une terra incognita pour les responsables de la commande publique française.

Photo : Florence Piquet et Dominique Legouge : voir version papier au Centre de Documentation Contemporaine de l'Institut d'Etudes Politiques de Lyon

Pour preuve, Dominique Legouge, directeur d'hôpital, praticien et formateur reconnu, auteur de six ouvrages sur les marchés publics, et coordinateur scientifique du guide de l'acheteur public qui vient de paraître aux éditions Weka, et Florence Piquet, ancienne acheteuse dans le privé et le public, depuis 1988 consultante spécialisée dans la négociation, co-auteur de deux ouvrages sur la négociation, ont répondu à plus de soixante-dix questions. Si de nombreuses interrogations ont porté sur le cadre juridique (quelles mentions insérer dans l'avis de publicité ou dans le règlement de consultation), certaines ont abordé la méthode, l'organisation et les techniques : comment définir ses objectifs, identifier les points négociables, comment encadrer le temps de parole des entreprises, organiser des réunions d'info à destination des candidats... Autant de sujets, qui lorsqu'ils seront maîtrisés, amélioreront la performance de l'achat public !

Il est souvent recommandé de ne négocier que par écrit sans jamais rencontrer les candidats de manière à respecter le plus strictement possible l'égalité de traitement. Or, cette méthode porte peu ses fruits et la négociation en tête à tête est beaucoup plus efficace. Qu'en pensez-vous ?

Une vraie négociation selon les règles de l'art nécessite, pour être pleinement efficace une véritable rencontre entre l'organisme acheteur et les fournisseurs en concurrence.

Peut-on prévoir plusieurs rencontres avec les entreprises ?

Bien évidemment. Et cela est souvent nécessaire pour la réussite de la négociation.

Qui négocie ? Faut-il négocier avec une ou plusieurs entreprises ? La négociation peut-elle porter uniquement sur le prix global du marché OU sur le prix unitaire de la prestation ?

C'est la PRM ou son représentant (délégation de signature pas forcément nécessaire) qui a la compétence pour mener les négociations.

Il est nécessaire, que plusieurs entreprises, lorsque cela est possible, participent aux négociations. Dans le cas d'une procédure négociée, le nombre minimum est de trois. La négociation peut porter sur tous les éléments financiers du contrat et les aspects qualitatifs ne doivent, si possible, pas être oubliés.

A t-on l'obligation d'envoyer un courrier aux candidats les informant de la fin des négociations ?

Il faut toujours avertir les candidats en lice du moment où la négociation sera close, l'envoi d'un courrier n'est pas obligatoire mais peut être utile comme mode de preuve que l'information a bien été faite. S'agissant du résultat positif ou négatif, il faut bien évidemment en prévenir chacun des participants.

Dans le cadre de la procédure de consultation négociée, est-il possible d'envisager une réunion d'information réunissant l'ensemble des concurrents ?

Cette réunion stipulée dans le RC est organisée à l'issue de la remise des candidatures, et la remise du DCE.

Bien évidemment, sous réserve que cela n'incite pas les candidats à s'entendre. Cela peut être utile dans certains cas. Par ailleurs il est souhaitable, comme en appel d'offres, de permettre aux candidats qui le souhaitent de poser les questions qui leur paraissent nécessaires.

Quels sont les outils de la traçabilité ? Quelles formations pour une bonne négociation : connaissance des secteurs d'activités, du prix du marché, psychologie manageriale, microéconomie ?

S'agissant de la traçabilité c'est la qualité de l'expression initiale du besoin (CCTP, critères de choix) qui la conditionne pour l'essentiel. Il est souhaitable, chaque fois que c'est possible, d'établir une fiche même sommaire d'entretien résumant le résultat de chaque négociation. Enfin l'utilisation d'une grille de critères de choix pondérés aide énormément à la lisibilité et la traçabilité des négociations.

Il est souhaitable d'avoir une formation juridique (procédure et rédaction performante du contrat) mais aussi une formation à la négociation en terme de méthodologie et de psychologie. Des connaissances économiques de base sur le fonctionnement des entreprises sont aussi essentielles pour atteindre une parfaite efficacité.

Doit-on fixer un temps de parole , une durée maxi de l'entretien ?

Cela dépend des négociations.

Par contre, si vous décidez d'attribuer un temps de parole limité pour des raisons particulières, il convient de l'annoncer à l'ensemble des candidats et le respecter.

Doit-on indiquer au cours des négociations qu'il s'agit de la dernière offre demandée aux soumissionnaires ?

Oui. Il faut toujours indiquer à l'ensemble des candidats qui restent en lice, le terme exact de la fin des négociations. Cette information peut être donnée soit au début de la procédure (mais ce n'est pas toujours souhaitable), soit pendant celle-ci.

Lorsque le montant du marché fixé initialement est dépassé (marché à procédure adaptée), peut on prévoir au contrat une remise additionnelle de fin d'année?

Quel lien établissez vous entre le début de votre question et la remise de fin d'année ?

Mes questions concernant la négociation dans les marchés publics sont les suivantes: 1°) Jusqu'où peut-on aller dans la négociation ?

2°) Comment s'assurer du respect des principes de la commande publique en phase de négociation ?

1°) Jusqu'à l'offre qui répond parfaitement au besoin exprimé, et cela aux meilleures conditions économique possible.

2°) Pour ce qui est de la transparence, l'essentiel est d'exprimer le mieux possible le besoin à satisfaire afin de fixer sans ambiguïté les objectifs à atteindre dans la négociation. Une fois encore la grille de critères de choix pondérés est un outil de travail recommandable. Pour ce qui est de l'égalité de traitement des candidats, le formalisme qui lui est associé doit être proportionnel à l'enjeu de l'achat.

La méthode et les règles à mettre en œuvre varient bien évidemment selon que l'on négocie un marché de travaux de 5 Millions € ou un Mapa de 1000 €.

A l'issue de la négociation, des offres très différentes peuvent être remises. comment est-il possible de les comparer et analyser ?

Le fait de recevoir des offres difficilement comparables et insuffisamment homogènes est souvent le signe d'une définition insuffisante du besoin et d'une négociation qui a été menée de façon inefficace dans le cas d'un achat concurrentiel.

Dans le cas d'une consultation pour la réalisation de travaux (qu'il s'agisse d'un AO ou procédure négociée), si on constate à la remise des offres l'absence de pièces demandées dans le RC (exception faite de l'AE) peut-on, malgré tout, considérer la conformité de l'offre ? Etant entendu que l'entreprise aura obligation de fournir ces pièces avant la notification de son marché. Il faut absolument distinguer l'hypothèse de l'appel

d'offre et celle du marché négocié. Il n'est pas interdit par exemple dans un règlement de consultation de marché négocié d'indiquer que la PRM pourra demander, en cas d'éléments manquants dans l'offre, de la compléter selon un mécanisme comparable à celui existant pour les candidatures pour les appels d'offre.

Peut-on envoyer au préalable une liste de questions aux entreprises ?

Oui. Mais il est fondamental de garder une marge d'initiative dans le questionnement pour les entretiens de négociations. La négociation implique forcément, dans sa démarche même, une souplesse et un pouvoir d'initiative de l'acheteur ou du vendeur. Tout cela bien sûr dans le respect de la transparence et de l'égalité.

Bonjour. lorsqu'une société demande des renseignements complémentaires pour établir son offre, doit on communiquer la réponse qui lui est faite à l'ensemble des candidats ou seulement à la société demandeuse ?

Il est souhaitable, dans la mesure où cela est possible bien évidemment, de diffuser à tous les candidats participants aux négociations les réponses aux questions qui ont été posées dès lors qu'elles sont susceptibles d'avoir un impact sur la compréhension de l'expression du besoin. Par contre, il n'est pas question de diffuser le contenu exhaustif des entretiens aux candidats.

Je voudrais savoir dans quelles procédures et à quelle étape de passation de marchés, la négociation est autorisée : la question se pose notamment pour l'appel d'offres.

La négociation est interdite en appel d'offres et en dialogue compétitif (pour ce dernier une fois le cahier des charges établi).

La négociation est obligatoire en cas de recours à une procédure de marché négocié (art. 35). Elle est facultative en procédure adaptée ou allégée, mais on ne peut que la conseiller. La négociation conduisant à plus d'efficacité. Nous encourageons d'ailleurs les acheteurs de travaux qui souhaitent augmenter la performance de leur mise en concurrence à utiliser le marché négocié pour les opérations d'un montant de moins de 5.900.000 € H.T.

Peut-on confirmer le cadre juridique de la négociation, c-a-d les art. 35 et 84, ce qui exclut la négociation en MAPA ?

Non. Il est tout à fait possible de négocier en Mapa et en procédure allégée. C'est même recommandé si l'on souhaite être efficace.

Quand on utilise des critères hiérarchisés et qu'un classement est possible à l'issue du 1er critère doit on prendre en compte le 2ième et, si oui, comment établir un classement global intégrant les classements des deux critères ?

Il est souhaitable d'utiliser la grille de critères pondérés selon les règles de l'art. Une formation ou initiation aux techniques de pondération des critères est souvent très utile.

Est-il possible de négocier, en procédure adaptée, lorsque la négociation n'a pas été expressément prévue dans le règlement de la consultation du marché ?

Il est souhaitable, dans la lettre de mise en concurrence d'indiquer que l'acheteur aura la possibilité de négocier s'il l'estime utile. Cette formule, qui n'oblige pas l'acheteur à

négocier, a l'avantage de maintenir une pression suffisamment forte sur la compétitivité des premières offres.

Quelles sont les différences entre négociation et marchandage ?

La négociation en achat public se différencie de la négociation en achat privé par le fait que tous les coups ne sont pas permis. Le respect des grands principes de la commande publique garantit de fait une déontologie rigoureuse. Le marchandage n'est pas forcément la technique de négociation la plus gagnante, car il se caractérise par un manque de professionnalisme et donc d'efficacité. Dans le marchandage, on discute, en effet, souvent de façon affective (du prix par exemple) sans argumentation objective et sans véritable connaissance du segment d'achat sur lequel on intervient.

Peut-on négocier sur des éléments de la première offre n'ayant pas de lien avec le contenu de l'appréciation des critères de choix fixés dans le règlement de la consultation ?

Non. Les critères de choix définissent le cadre exclusif de la négociation. Il ne paraît pas interdit cependant, une fois que la meilleure offre a été identifiée, d'inclure dans le contrat des clauses favorables résultant, par exemple, de l'initiative du fournisseur (ex une prolongation de garantie).

Le fait de réunir, pour des négociations, plusieurs candidats de façon simultanée ne favorise-t-il pas le risque d'ententes entre fournisseurs ?

C'est une pratique que l'on rencontre dans des secteurs tels que la grande distribution où la concurrence s'avère féroce. Elle ne paraît interdite par le code pour les Mapa ou les procédures allégées. Son utilisation doit sûrement être réservée aux secteurs très concurrentiels

La négociation uniquement écrite est-elle illégale ?

Il paraît très difficile de ne négocier que par écrit, mais ce n'est pas bien sûr illégal. Mais il s'agit plutôt d'une procédure où on peut remettre plusieurs offres successives et non une négociation. Cela ressemble à une procédure d'enchères inversées.

Pour l'achat d'un appareil scientifique très spécifique, un seul fabricant est susceptible de répondre. Peut-on utiliser sans danger la procédure de l'article 35.III 4° (marché négocié sans publicité ni mise en concurrence) ?

La procédure de marché sans mise en concurrence présente toujours un risque, car il n'existe malheureusement pas d'agence nationale certifiant l'impossibilité de mettre en concurrence. Tout repose sur l'argumentation développée dans le rapport de présentation et de la façon dont elle sera perçue par le contrôleur.

En matière de travaux, le NCMP permet une négociation jusqu'à 5 900 000 €. Pour des montants aussi importants la négociation semble risquée, quels conseils donneriez-vous ?

La négociation comporte toujours une part de risque, mais ses résultats (financiers ou qualitatifs) compensent très largement cet inconvénient.

Côté conseil, il paraît important de s'entraîner sur des achats d'importance moindre avant d'attaquer les sommets de la négociation ! Cela permet de définir progressivement

des règles sûres et performantes en tenant compte de l'évaluation des procédures de négociations déjà menées. Il revient en effet aux acheteurs d'inventer une méthodologie de négociation qui soit adaptée à chaque situation et aux risques de recours qu'elle génère.

Bonjour, lors de l'établissement du cahier des charges, doit-on préciser, dans le CCTP, que les candidats peuvent proposer une variante aux points listés ou bien suffit-il, dans le règlement de la négociation, de préciser les points qui feront l'objet de la négociation ?

La négociation peut porter sur 3 axes qui peuvent être utilisés de front : - Encourager le fournisseur sous la pression concurrentielle à améliorer son offre sur les plans qualitatifs et financiers.

- Etablir avec chaque fournisseur la meilleure réponse possible aux besoins (cela implique un CCTP "léger" et une grille de critères de choix "lourde")

- Accepter à l'initiative du fournisseur de modifier son cahier des charges par le biais de variantes. Ce dernier axe est d'ailleurs autorisé dans l'appel d'offre.

Dans le cas d'un "négocié" après appel d'offres "infructueux", la PRM peut négocier uniquement avec les candidats précédents et est dispensée de pub mais pas de mise en concurrence. Comment s'organise cette mise en concurrence ?

Il s'agit d'un cas de négociation spécifique, car l'axe de négociation visant à accepter d'éventuelles variantes n'est pas utilisable. Reste essentiellement à encourager le fournisseur sous la pression concurrentielle à améliorer son offre.

La négociation peut-elle s'étendre aux pénalités ou à la clause de révision de prix ?

Bien évidemment. Beaucoup d'acheteurs ont tendance à trop négliger ces aspects qui sont essentiels en terme de performance.

Quels sont les points sur lesquels il est interdit de négocier ?

Il est interdit de prendre en compte, pour le classement des offres, des avantages qui ne rentrent pas dans les objectifs de négociations fixés sous forme de critères de choix, si possibles pondérés. Ceux-ci doivent par ailleurs rester intangibles tout au long de la procédure. La prise en compte d'un critère oublié nécessite de relancer la procédure.

Par ailleurs, il n'est pas possible de négocier les éléments d'ordre public parmi lesquels figurent notamment le délai maximum de paiement et les garanties minimales en travaux (décennale etc...)

J'ai prévu un C.A de 50.000 €. J'envisage la possibilité qu'il atteigne 60.000 €. Le fournisseur peut-il s'engager sur une remise complémentaire si le seuil de 50.000 est atteint et atteindra les 60.000 € ?

Il est possible de négocier des remises qui varient en fonction de tranches de commandes. Il faut cependant se rapprocher de son comptable pour veiller à ne pas entrer en contradiction avec la réglementation qu'il doit appliquer (principe de non contraction des dépenses et des recettes en comptabilité publique).

Bonjour, préconisez-vous plutôt de réunir tous les candidats pour négocier, ou plutôt

des négociations successives, et confidentielles !

Plutôt pour des négociations successives, confidentielles et si possible dans la même période (même semaine, même quinzaine). Cela n'exclue pas, dans certains cas, le premier cas de figure.

Après chaque entretien, doit-on faire contresigner le compte-rendu par les entreprises ?

Non, on n'est pas le cabinet d'un juge d'instruction !!!

Il peut par contre être utile de demander au fournisseur de confirmer, par exemple par mail, le contenu de ses propositions et, en cas de distorsions avec ce que l'on a soi-même noté, lui signaler afin de clarifier la situation.

Il est enfin recommandé dans les négociations significatives de demander aux fournisseurs de formaliser leur dernière offre dans un acte d'engagement.

Peux-t-on négocier à la hausse c'est à dire sur des prestations de meilleure qualité que celles proposées dans la première offre, quand bien même cela entraîne une inflation ?

Oui dès lors que la grille de critères de choix donne une importance prépondérante à la qualité sur le prix.

Ce n'est pas forcément le cas de figure le plus courant.

Au cours de la négociation, peut-on demander au candidat de modifier la solution technique de son offre ? Si oui, dans quelle proportion par rapport à sa proposition initiale ?

Il n'y a pas de limite pour un candidat, (si ce n'est le ridicule) au pouvoir de modifier de fond en comble son offre.

Doit-on fixer préalablement en interne le résultat précis souhaité pour une négociation ?

Oui. Il faut toujours se fixer des objectifs dans une négociation et même les quantifier. Ex: je veux obtenir une remise de prix d'au moins 5%.

Ces objectifs doivent s'appuyer sur la définition du besoin (critères de choix et respect du CCTP).

Vous indiquez qu'il est possible de négocier dans le cadre d'un appel d'offres. Pourtant, le NCMP précise qu'"il ne peut y avoir de négociation avec les candidats" et que l'on "ne peut que leur demander de préciser ou de compléter la teneur de leur offre". Merci de m'éclairer, je suis perdue !!!

Vous avez du mal lire. Il va de soi que l'on ne peut pas négocier en appel d'offres, procédure qui exclut par définition la négociation. Vous avez peut être confondu avec la capacité que l'on a, en appel d'offres ,d'accepter les variantes qui ont toujours la caractéristique d'être contraires au cahier des charges.

Peut-on restreindre la négociation aux candidats qui se situeraient dans une certaine fourchette financière, par exemple à ceux dont l'offre n'excéderait pas un pourcentage défini de dépassement de l'estimation financière ? Si oui, doit on-indiquer ce pourcentage

dans la publicité ou le cahier des charges ?

Oui. On peut toujours restreindre le nombre de candidats qui peuvent participer à une négociation. (Minimum 3 , par contre, en procédure négociée).

Mais il n'est pas obligatoire pour autant d'indiquer à l'avance la barre d'admissibilité. La sélection des candidats se faisant en fonction du classement des premières offres reçues et de leur niveau de performance.

Dans le cadre d'un marché de maîtrise d'oeuvre, la négociation est obligatoire. Comment peut-elle s'organiser ? Entretiens individuels, audition par une commission ?

La MICQ a élaboré sur ce sujet un très bon guide qui, compte tenu de la complexité du sujet, peut être recommandé.

Une collectivité locale peut-elle donner mandat, à un maître d'oeuvre privé, de mener la négociation ?

Oui. Rien de l'interdit. La négociation (à l'exclusion du choix et de la signature du marché) pouvant donner lieu à représentation pour la PRM. Il convient cependant d'être très vigilant sur le contenu du mandat. La représentation ne supprime pas, en effet, la responsabilité de la PRM sur le processus de négociation qui reste entière.

Une condition nécessaire à une bonne négociation est sans nul doute une bonne connaissance préalable et actualisée des pratiques, mode de raisonnement, "vocabulaire" des fournisseurs. Ne pensez-vous pas que nos fonctions publiques restent trop cloisonnées ? Ne faut-il pas inciter les acheteurs publics à s'ouvrir aux compétences "du privé" ? La fonction "achat" dépasse le strict cadre des tâches administratives et juridiques confiées aux services marchés. Comment jugez-vous ces évolutions ?

Il est évident que l'acheteur public va voir le contenu de ses fonctions et compétences profondément évoluer. Il faut associer à la culture juridique, qui reste essentielle, une culture économique et managériale. Les bonnes pratiques professionnelles d'achat public, qui incluent un recours systématique à la négociation chaque fois qu'elle est possible, restent pour beaucoup à définir. Même proches de celles du secteur privé, elles doivent s'en différencier, l'acheteur public ayant à sa charge de faire respecter la démocratie d'achat : égalité, transparence, libre accès. Sans oublier l'efficacité !

Nous savons tous que les sociétés ont coutume de tenir des rendez-vous d'affaires au restaurant. Conseillez-vous aux fonctionnaires chargés des achats d'accepter les invitations des fournisseurs pour des repas de "négociation"... ?

Non. Il s'agit d'un sujet important qui mérite une réflexion collective en interne. Il paraît fondamental en tout cas que l'expression du besoin soit suffisamment claire pour que les fournisseurs n'aient pas la tentation d'inviter les acheteurs au restaurant pour en savoir plus (budget prévu..., préférences techniques etc...)

Au sens du CMP, c'est la PRM qui mène les négociations. Pour les collectivités locales, c'est donc l'élu. Si celui-ci se fait représenter par un agent, faut-il obligatoirement un arrêté habilitant l'agent à procéder aux négociations avec les entreprises pour le compte de la PRM ? Concrètement, selon l'importance de la collectivité, peut-il s'agir d'un technicien (marché de travaux), de l'agent chargé du magasin (en fournitures), ou

uniquement des DGS/DGA ?

Le fait de négocier n'implique pas obligatoirement (et heureusement) d'avoir une délégation de signature. Celle-ci devient par contre nécessaire dès qu'il faut signer, c'est-à-dire pour les actes les plus importants. Tout agent peut donc être amené à participer à la négociation.

Afin de respecter le principe d'égalité de traitement des candidats, la procédure suivante est-elle conforme ?

J'annonce dans mon support de pub, quel qu'il soit, que la personne publique se réserve le droit de négocier avec les candidats une fois la 1ère analyse des offres faite. J'adresse à chaque candidat avec lequel je souhaite négocier le périmètre de la négo, à savoir les points sur lesquels je souhaite échanger. En sachant que ce périmètre pourra être différent pour chaque candidat selon leur offre.

C'est correct sauf pour ce qui est du périmètre de négociation. Il semble en effet souhaitable que l'ensemble des objectifs exprimés sous forme de critères de choix soit inclus du début à la fin dans la négociation. Tous les critères de choix sont liés et il est difficile d'en exclure un pour un candidat sous peine de transformer l'expression de besoin.

Dans le cadre des marchés publics, à votre avis peut-on, pour des raisons justifiables de standardisation d'un parc de matériel, souhaiter (sans imposer) une marque ? D'autre part quel est votre sentiment sur les critères de choix faisant appel au subjectif : confort, esthétique, coloris...

Deux critères sont souvent importants :

- l'intégration du nouvel achat dans l'existant
- l'esthétique (pour certains équipements ou par ex pour un projet architectural)

Leur maniement requiert cependant beaucoup d'expertise de la part de l'acheteur (choix et pondération des critères d'appréciation).

L'ergonomie d'une solution (le confort) est aussi important.

Par ailleurs, il faut souligner que tout choix comporte inévitablement une part de subjectivité, que l'acheteur doit assumer. Part de subjectivité qui n'est sanctionnée en général par le juge administratif qu'en cas d'erreur manifeste d'appréciation.

Peut-on intégrer le concept de négociation dans une procédure adaptée et, si oui, quelles mesures introduire au cahier des charges pour assurer un stricte égalité des candidats ?

Il est très souhaitable, si l'on veut être pleinement efficace, de recourir à la négociation dans les procédures adaptées et allégées. Il est bon d'annoncer que l'on se réserve la possibilité de négocier dans le courrier lorsqu'il y en a un de mise en concurrence. L'objectif de la négociation étant d'améliorer la réponse au besoin (cahier des charges + critères de choix).

Quel peut être l'objet des négociations dans le cadre d'une procédure négociée menée en application de l'article 35 III 4, c'est à dire sans mise en concurrence ?

D'obtenir la meilleure réponse possible au besoin, dans les meilleures conditions économiques. Il s'agit en fait de trouver un accord sur le contenu du contrat (marché) avec le fournisseur, sachant que celui-ci étant, par définition, en situation de monopole, le seul pouvoir qu'a l'acheteur réside dans la faculté de renoncer à son achat (ce qui est souvent impossible).

Conclusion, il faut tout faire pour éviter de se trouver dans cette position d'infériorité et anticiper sur ses situations de dépendance futures (maintenance, prestations complémentaires, etc...) pour les éviter.

Quelle est la différence fondamentale entre négociation et marchandage ?

On réserve en général le terme de marchandage à la négociation lorsqu'elle est menée de façon plus affective que rationnelle. L'acheteur professionnel, s'il souhaite être efficace, doit dans toute la mesure du possible fonder sa négociation sur un véritable argumentaire et une bonne connaissance du segment d'achat sur lequel il intervient.

Dans un appel d'offre si l'offre remise est incomplète (par manque de plans) doit-on la considérer comme non conforme ?

Oui, l'offre doit, automatiquement, être déclarée irrecevable si la production de l'information a été exigée dans le règlement de la consultation

L'acheteur public peut-il "tordre" ses fournisseurs comme le ferait son homologue du secteur privé ?

Il est souhaitable d'aboutir, à la fin de la négociation, à un contrat équilibré qui est souvent le gage d'une bonne prestation. Tout le problème est pour, l'acheteur, de savoir où se situe ce point d'équilibre. Beaucoup de commerciaux ont tendance, par stratégie bien compréhensible, à crier bien avant que leur marge de négociation ne soit atteinte. L'acheteur public doit être un « mur de mousse » : bienveillant mais ferme sur le principe d'efficacité de la commande publique.

Comment négocier en respectant l'égalité des candidats, en ne dévoilant pas les avantages de l'un par rapport à l'autre ? Comment ne pas niveler les offres ?

Le traitement égalitaire des candidats est assuré par une expression, intelligible pour tous, du besoin à satisfaire (cahier des charges+critères de choix, interdiction ou autorisation des variantes) et la définition de règles du jeu communes (date identique de fin des négociations, méthode de comparaison et de sélection des offres, etc...).

Il n'est pas souhaitable (sauf à recourir à un système d'enchères inversées qui n'est pas une négociation) de dévoiler, au fur et à mesure des discussions et négociations, les positions respectives précises des uns et des autres. Il peut être, par contre, intéressant d'indiquer à chacun le sens de l'effort à accomplir pour améliorer son classement (meilleur prix, délai garantie, etc..). De façon générale, il n'est pas souhaitable d'établir de règles trop détaillées de façon préalable à la négociation, mais plutôt de faire preuve de bon sens et d'équité dans la mise en oeuvre des grands principes de la commande publique. Tout cela, sous le contrôle du juge administratif qui, jusqu'à présent lorsqu'il a été confronté à la mise en oeuvre de principes, à toujours veillé à permettre l'efficacité de l'action publique en ne sanctionnant que les pratiques manifestement inégalitaires.

Comment savoir conclure une négociation ?

En fixant, une date de fin des négociations variable suivant les cas. Cette date peut être fixée, soit dès le début, soit pendant la mise en concurrence.

Bonjour, en marché à procédure adaptée, doit-on préciser dans la lettre de consultation ou dans le règlement de la consultation que la personne publique se réserve le droit de négocier ?

Cela ne semble pas obligatoire car la procédure adaptée implique par définition même la possibilité de négocier. Il est souhaitable, afin de ne pas surprendre les fournisseurs lorsque la procédure adaptée fait l'objet d'une mise en concurrence écrite, d'indiquer que l'acheteur pourra, s'il l'estime utile, engager des négociations.

En MAPA, respecte-t-on le principe de transparence si on négocie par téléphone et qu'on communique les infos aux autres candidats ? Ou bien est-il nécessaire de procéder par mail pour envoyer copie à tout le monde ?

La négociation est susceptible de recouvrir des cas extrêmement variés et l'acheteur doit adapter son comportement aux enjeux. Il paraît tout à fait envisageable, dans les cas simples, de négocier par téléphone avec confirmation par écrit de leurs nouvelles offres par les entreprises. Dans les négociations importantes (grosse opération de travaux, important marché de formation, etc.), la rencontre acheteur-vendeur dans un cadre méthodologique rigoureux semble incontournable.

Bonjour. Qu'en est-il de la négociation dans le cadre de l'article 30 (peut-on imposer des délais de retour pour la réponse, faut-il négocier avec tous les candidats,)

La problématique de la négociation en procédure allégée est la même qu'en procédure adaptée, à une différence près cependant : le montant des achats susceptibles d'être négocié (entretien des espaces verts d'une ville par exemple)

Peut-on rencontrer toutes les entreprises et décider de ne négocier qu'avec une seule ?

Non s'il s'agit d'une procédure négociée (minimum 3 sauf impossibilité). Oui, s'il s'agit de négocier uniquement avec l'entreprise qui a fait la meilleure offre initiale. Il faut, par ailleurs, bien distinguer la négociation (objectifs = faire changer les positions initiales) de la discussion (mieux se comprendre). La rencontre avec une entreprise donne lieu aux 2 opérations.

Le code stipule dans son article 66: "la PRM conduit les négociations avec les candidats de son choix. Le nombre de candidats admis à négocier ne peut être inférieur à 3 sauf si le nombre de candidats n'est pas suffisant.". Que se passe-t-il si 4 candidats ont remis une offre mais que 2 voire 3 d'entre elles sont non conformes ou trop éloignées ? Peut-on conduire la négociation avec le seul candidat "valable".

Il est possible de négocier avec un seul candidat lorsqu'il est seul à avoir fait une offre recevable. Lorsque les autres offres sont recevables mais trop éloignées, il faut inviter les fournisseurs à améliorer leur offre avant de ne renégocier au final qu'avec le meilleur candidat.

Dans la mesure où les négociations se déroulent lors de réunions différentes, les

candidats ne disposent pas tous du même délai pour modifier leur offre. Doit-on préciser un délai sur la lettre de consultation ou de remise de nouvelles offres ? Ou préciser une date, ce qui ne laisserait pas le même délai aux soumissionnaires ?

S'il semble souhaitable de veiller à laisser au dernier candidat reçu un délai raisonnable pour retravailler son offre, l'égalité est assurée par le fait que tous les candidats sont soumis au même délai entre le moment où le besoin est exprimé et la date limite de remise de la dernière offre. Il va de soi que l'expression du besoin ne peut pas être modifiée lors des rencontres avec les candidats.

Le compte rendu de la négociation doit-il être fourni avec le RCAO, dans le RCAO ou en annexe ? Où peut-on trouver un modèle ? Doit-il être détaillé entreprise par entreprise ?

Il n'est ni obligatoire, ni toujours utile, d'établir un compte rendu de négociation, la nouvelle offre d'un fournisseur remise suite à négociation assurant suffisamment de traçabilité. Il n'est pas interdit pour autant, si vous êtes confrontés à des accros du formalisme, de recourir à un enregistrement vidéo des négociations ou au service d'un huissier !!

Sachant qu'il est souvent impossible de recevoir toutes les entreprises le même jour pour négocier, comment concilier date limite de réception et délai identique pour la remise d'une nouvelle offre ?

La date de remise possible d'une dernière offre (et non le délai entre rencontre et nouvelle offre) doit être la même pour tous. La négociation doit donc être close pour tous à cette date. La ou les rencontres avec un fournisseur ne sont, en effet, que des moments parmi d'autres du processus global de négociation. Elles ne peuvent pas conduire à modifier l'expression initiale du besoin.

lorsqu'on attribue le marché à l'issue de la négociation, si les candidats non retenus le demandent, doit on leur indiquer le résultat et l'étendue de l'offre finalement retenue et les points sur lesquels a porté la négociation ?

Le droit à information du candidat dont l'offre a été rejetée est le même en procédure négociée et en appel d'offres.

Il n'existe par contre pas de règles dans le code pour les procédures adaptées et allégées. Seule s'applique la loi relative à l'accès aux documents administratifs.

Si on estime qu'un candidat est trop loin de nos attentes, doit-on malgré tout l'impliquer dans les négociations ?

Non, sauf cas d'une procédure négociée (minimum 3).

Dans un marché d'achat de matériel informatique, une liste d'équipements est précisée, que doivent renseigner les candidats en terme de prix et de délais de livraison. Est-il possible lors de la négociation de modifier cette liste si aucun candidat par exemple ne peut fournir tel matériel ?

Oui si la lettre de mise en concurrence prévoit cette possibilité (exhaustivité de l'offre non exigée par exemple) ou bien si les variantes sur ce point ont été autorisées. Cela mériterait d'être mieux expliqué et argumenté mais il reste de nombreuses questions à

traiter.

Peut-on, pour un achat de photocopieurs, faire installer gracieusement du matériel dans nos services, successivement par les différents fournisseurs, en vue de tests pour une durée déterminée, puis négocier avec les différents fournisseurs sur la base des résultats de ces essais (et non uniquement sur un coût/copie) ?

Il est toujours souhaitable de faire des essais dont les résultats peuvent bien sûr être pris en compte.

Avant une négociation, est-il de bonne pratique d'examiner les offres et d'établir un premier classement sur la base des critères d'attribution du marché ?

Oui, c'est même incontournable.

Dans le cadre d'un marché négocié suite à AOO infructueux, un cahier des charges (non modifié par rapport au 1er) a été adressé aux candidats, ouvrant la possibilité de remettre des variantes. L'article 66 indique que la PRM engage les négociations avec les candidats de son choix ayant présenté une offre. Cela signifie t-il que l'on doit obligatoirement solliciter préalablement une offre de toutes les sociétés sélectionnées et qu'on ne poursuit ensuite la négociation qu'avec au moins les 3 sociétés les mieux placées ?

Oui c'est ce que l'on comprend à la lecture de l'article 66. La nouvelle directive, elle, ne fixe un nombre minimum que pour les candidatures et non pour les offres.

Est-il possible, au cours de la négociation, qu'une entreprise introduise de nouvelles variantes, par rapport à l'offre remise avant négociation (les entreprises ayant des réticences à dévoiler, dès la remise des offres, l'ensemble de leurs variantes) ?

Attention, tout ce qui varie n'est pas variante. Une variante est forcément contraire au cahier des charges. Il est tout à fait possible, sauf interdiction dans le règlement de consultation, à un fournisseur de proposer une variante à tout moment du processus de mise en concurrence dans une négociation.

Vous indiquez qu'il est possible de modifier son cahier des charges en appel d'offre si la demande provient du fournisseur. Cela doit être forcément à la marge ?

Il s'agit, tout simplement, de la mise en oeuvre du concept juridique de variante dont la seule limite (hors l'hypothèse d'un règlement de consultation plus restrictif) est de ne pas conduire à modifier l'objet du marché.

Une variante est, par définition même, une offre contraire au cahier des charges proposée à l'initiative du fournisseur.

Les règles de comparaison offres conformes et variantes sont par ailleurs clairement exprimées par le code. Si votre méthodologie de comparaison est rigoureuse, il est rare qu'elle vous conduise à retenir une variante (sauf le cas où elle émane du fournisseur déjà classé numéro 1 en offre conforme).

La PRM dresse la liste des candidats invités à négocier. Faut-il indiquer, dans la publicité, les critères de sélection des candidats ? Si un candidat non retenu demande des explications est-on obligé de les lui fournir ?

Il est souhaitable d'indiquer le « niveau » de capacité professionnelle et financière exigé en marché négocié. Il faut, bien sûr, informer les candidats non retenus comme en appel d'offres (mêmes règles applicables).

Le dossier de consultation doit-il comporter des critères de jugement des offres, ou simplement les éléments sur lesquels portera la négociation ? Dans les 2 cas doivent-ils être pondérés ? Peut-on ne pas indiquer les éléments de la négociation en laissant la porte ouverte sur tous les aspects du marché ?

Dans les procédures négociées, il semble indispensable d'afficher les critères de choix avec leur pondération afin de définir sans ambiguïté les objectifs et le champ de la négociation.

LA PRM engage les négociations avec les candidats de son choix : doit-elle se justifier sur ce choix et répondre à une éventuelle demande d'une entreprise non retenue pour la négociation ?

OUI. Le choix doit être justifié et il ne concerne, selon nous, que la phase de négociation et non celle de la mise en concurrence initiale à laquelle tous les candidats dont la candidature a été jugée recevable et acceptable doivent être invités.

Peut-on préciser la part écrite de la négociation de la part «rencontre» et dialogue en direct dans une négociation ?

Ce qui doit être écrit c'est l'offre du fournisseur et son évolution sous la pression de la concurrence et de la négociation. C'est en fait le fournisseur qui assure la traçabilité de la négociation dans ses offres successives ou dans le refus de modifier son offre initiale.

Suite à un appel d'offres déclaré infructueux par la CAO et dans le cas où la négociation s'engage avec les sociétés admises à l'ouverture de leur seconde enveloppe, quelle forme doit prendre le début du marché négocié ?

a/ Renvoi du DCE complet aux entreprises avec l'indication d'une nouvelle consultation par voie de MN 35 - I -1 et, éventuellement, ajout d'options dans le CCTP (sans modifier les conditions initiales du marché) et demande d'une nouvelle remise d'offre qui, ensuite, fera l'objet d'une négociation.

Ou alors

b/ Envoi d'un simple courrier à chaque prestataire, en exposant les conditions de la consultation MN 35-I-1, les éventuels ajustements du DCE initial (options par exemple), les points (quantités, prestation, matériaux, prix unitaires) sur lesquels il doit porter son attention compte tenu de l'analyse faite de l'offre initiale, et convocation à une réunion de négociation avec le Maître d'Ouvrage et le Maître d'Oeuvre au cours de laquelle sa nouvelle proposition sera débattue.

L'hypothèse b permet de gagner du temps et de bien faire comprendre aux concurrents sur quels points en particulier, va s'orienter la négociation.

Dans un MN 35-I-1, il ne semble pas possible de rajouter des options (lorsqu'il y en a, elles doivent être en effet annoncées dès l'avis de marché au JOUE).

Par ailleurs pour débiter les négociations le plus simple est de convoquer les candidats à un entretien afin de faire le point sur les éléments qui ont rendu leur offre

inacceptable.

Dans le cadre d'une négociation peut-on, sans encourir de reproche de vouloir "conformiser" une offre, attirer l'attention d'un candidat sur des oublis ou erreurs dans sa proposition (Vous comptez X éléments de telle nature alors que le CCTP en prévoit Y) ?

Il est essentiel, pour garantir l'égalité, d'adopter la même attitude vis à vis des fournisseurs afin d'intensifier la concurrence et aboutir à la meilleure offre possible.

Voici ma question portant sur l'article 35.II.2°) du Code des marchés publics, importante pour tous les établissements (notamment d'enseignement supérieur) ayant des activités de recherche :

L'art. 35.II.2 du CMP (ex- art 35.I.3 du code 2001, pour la partie FOURNITURES) prévoit l'utilisation de la procédure négociée sans publicité préalable mais avec mise en concurrence pour l'acquisition de "fournitures acquises à des fins de recherche, d'essai, d'expérimentation, de mise au point, d'étude ou de développement sans finalité commerciale immédiate". Peut-on en conclure que toutes les fournitures relevant de la recherche achetées par les laboratoires des établissements sont concernés par cet alinéa,

OU doit-on avoir une vision réductrice du champ d'application de cet alinéa en concluant qu'il s'agit uniquement de fournitures de type "marché industriel" (visant à la fabrication puis à la vente d'une fourniture, destinée aux fins énumérées = recherche fondamentale) ? Cette dernière vision semblant étayée par :

- la directive européenne Fournitures, art. 6 3 b) : ["lorsque les produits concernés sont fabriqués uniquement à des fins de recherche, d'expérimentation, d'étude ou de développement, cette disposition ne comprenant pas la production en quantités visant à établir la viabilité commerciale du produit ou à amortir les frais de recherche et de développement"], - le Guide UE Directive Fournitures, point 3.3.2 : ["lorsque les produits concernés sont fabriqués uniquement à des fins de recherche, d'expérimentation, d'étude ou de développement. Cette disposition ne concerne pas la production en quantité visant à établir la viabilité commerciale du produit ou à amortir les frais de recherche et de développement. Elle ne concerne pas non plus les biens d'équipement destinés à des laboratoires de recherche ou d'expérimentation;"]

La France n'ayant pas très bien transposé sur ce point et l'instruction du 28 aout 2001 (qui précisait ces limites, du temps du code 2001) ayant été abrogée, devons-nous donc nous limiter à la vision réductrice de la réglementation européenne, ou considérer que toutes les fournitures relevant de la recherche achetées par les laboratoires des établissements sont concernées par cet alinéa 2 de l'art. 35.II du CMP ?

Je vous remercie d'avance bien vivement de votre réponse à une question que nous nous posons depuis bien longtemps maintenant et qui est capitale pour les établissements de recherche scientifique en fonction de la lecture réductrice ou non à avoir de cet alinéa. Au vu de ce flou juridique; en fonction de la marge de manoeuvre juridique autorisée pour utiliser la procédure du 35.II.2, les conséquences diffèrent énormément pour nos établissements quant à l'acquisition des matériels scientifiques de nos laboratoires, et notamment les achats de matériels scientifiques lourds.

Nous penchons malheureusement pour la vision réductrice, mais il serait plus sûr d'interroger directement la direction des affaires juridique du MINEFI qui détient la clef de la réponse à votre question.

A l'issue d'un appel d'offres déclaré infructueux pour lequel nous avons eu des offres qui ont été jugées irrecevables ou inacceptables, la PRM peut-elle se permettre de choisir d'utiliser d'office, sans condition particulière (si ce n'est celle relative au maintien des conditions initiales du marché), la procédure négociée proposée par l'art. 35.I.1 en son dernier alinéa qui mentionne "Si la PRM 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", ce qui permet ainsi aux acheteurs publics de passer outre le long délai de publicité imposé par le choix d'une procédure négociée mais avec mise en concurrence ?

Oui sur un plan juridique qui n'est ni celui de l'opportunité ni de l'efficacité

Une entreprise non retenue pour un MAPA me demande, par courrier, de lui transmettre le bordereau de prix du candidat retenu. Ai-je le droit de refuser ? Comment formuler ma réponse ?

C'est la loi d'accès au document administratif qui s'applique et la Commission d'accès aux documents administratifs (CADA) a toujours donné un avis favorable à la communication de ce document. Le mieux est de la saisir, vous même, de la demande de l'entreprise afin qu'elle vous donne un conseil sur l'attitude à adopter. Sur les démarches à suivre allez sur le site : cada.fr

Résumé

Traditionnellement, les acheteurs publics ont tendance à privilégier dans le cadre de la passation de leurs marchés publics le recours à l'appel d'offres plutôt que l'utilisation de la négociation, sans pour autant que cette préférence soit justifiée par des critères clairs et précis.

Avec le Code des marchés publics issu du Décret du 7 janvier 2004, la réglementation des marchés publics est venue renforcer la place de la négociation au sein du processus de passation des marchés publics.

Pour autant, les personnes publiques restent méfiantes devant l'utiliser d'une telle procédure.

Dès lors, on ne peut que s'interroger sur les divers motifs qui poussent inlassablement les acheteurs public à se tourner vers l'appel d'offres.

Cette méfiance envers la négociation est-elle justifiée ? Son utilisation est-elle effectivement plus risquée que le recours à l'appel d'offres ? Existe-t-il un cadre juridique fiable pour mettre en œuvre la négociation ? Quand doit-on privilégier l'appel d'offres à la négociation ? Existe-t-il des outils permettant à l'acheteur public de mener à bien une négociation ?

Autant d'interrogations auxquelles les acheteurs publics devront se soumettre s'ils souhaitent véritablement optimiser leurs achats publics, et auxquelles le présent mémoire va tenter de répondre.

MOTS CLES : Marchés publics, passation, négociation, appel d'offres, personne

responsable du marché, concurrence, techniques de négociation