



La négociation dans les contrats publics

Modalités de la négociation dans le cadre des marchés publics : conseils pratiques

La négociation dans les marchés publics devient un exercice incontournable, pas toujours maîtrisé par les acheteurs publics, qui peuvent le percevoir avec une certaine appréhension. La souplesse des textes sur les modalités d'organisation de la négociation offre toutefois des marges de manœuvre non négligeables qu'il serait dommage de ne pas exploiter, dans le respect, bien sûr, des principes de la commande publique.

Le recours à la négociation dans les marchés publics - certes toujours exclu de l'appel d'offres, procédure de droit commun des pouvoirs adjudicateurs - n'est plus exceptionnel. Admise dans les marchés à procédure adaptée, dans la procédure concurrentielle avec négociation, pour les pouvoirs adjudicateurs, et dans la procédure négociée, pour les entités adjudicatrices (procédure à laquelle celles-ci peuvent librement recourir^[1]), la négociation ne peut être plus être ignorée des acheteurs publics^[2].

Or, une fois qu'elle est admise dans son principe, elle relève d'un régime assez souple : hormis quelques rares prescriptions textuelles, les modalités d'organisation de la négociation sont plutôt libres^[3] et ne sont en définitive surtout contraintes « que » par l'application des principes structurants de la commande publique. Cet encadrement juridique succinct est tout à la fois source d'opportunités, pour les acheteurs et les candidats, qui pourront en soutirer tous les avantages par d'ingénieuses modalités de négociation, mais aussi source de pièges, donnant lieu à des manquements que le juge ne

Auteur

Laurent Sery
Avocat Associé

François Fourmeaux
Avocat,
Cabinet ADAMAS

Mots clés

AMO • Auditions • Définition des besoins • Égalité de traitement des candidats • Règlement de la consultation

[1] Ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015, art. 26.

[2] La procédure de dialogue compétitif reste un cas à part, qui ne repose pas à strictement parler sur la négociation d'offres mais sur des discussions qui conduiront à l'élaboration de celles-ci. Certains principes gouvernant l'organisation d'un dialogue n'en demeurent pas moins susceptibles de s'inspirer de ceux gouvernant l'organisation d'une négociation et réciproquement.

[3] Cette liberté est expressément posée à l'article 27 du décret n° 2016-360 du 25 mars 2016 pour les marchés à procédure adaptée.



manquera pas de censurer - souvent sur le fondement de la rupture d'égalité de traitement des candidats.

Seront donc formulées ci-après quelques recommandations pratiques sur l'organisation d'une négociation, avec deux précisions liminaires :

- premièrement, parce que les acheteurs publics sont peut-être moins rompus que les candidats à la négociation et, surtout, parce que c'est à eux qu'il incombe d'en organiser les modalités dans les documents de la consultation, les développements qui suivent leur seront davantage destinés. Ils intéresseront toutefois également les opérateurs économiques.

- deuxièmement, les initiatives et supports de formation à la négociation à destination des acheteurs publics se multiplient et l'on ne saurait que recommander à ces derniers d'y recourir pour éprouver leur pratique.

Ceci étant précisé, les conseils dispensés ci-après auront d'abord trait à la préparation de la négociation puis à son organisation même. Dans l'un et l'autre cas, un équilibre est à trouver entre la liberté offerte par les textes et le respect des principes de la commande publique.

Préparer la négociation

Pour être efficace et fructueuse, la négociation doit être anticipée, ce qui implique plusieurs précautions et mesures préalables.

Conseil n° 1 : définir ses besoins

Tout d'abord, le recours à une procédure faisant usage de la négociation n'est pas un palliatif à une imprécision des besoins. La tentation est grande pour l'acheteur - et s'observe souvent en pratique - de prétexter de la tenue d'une négociation pour relâcher son travail de définition des besoins. L'objet de la négociation est pourtant, avant toute chose, d'optimiser une offre, non de colmater les lacunes d'un DCE. Plus celui-ci sera abouti, plus l'acheteur identifiera les points sur lesquels la négociation constituera un véritable levier d'optimisation, et plus les offres des candidats seront pertinentes et comparables entre elles. À défaut, l'acheteur aura « un temps de retard » dans la négociation.

Conseil n° 2 : s'entourer de personnes qualifiées

Ensuite, l'exercice de la négociation suppose d'y mobiliser des personnes qualifiées et compétentes. À cet effet, l'acheteur doit, au besoin, savoir s'entourer. En effet, si l'on part du principe que la négociation est souvent réservée (MAPA mis à part) à la passation de marchés présentant un relatif niveau de complexité, il est d'autant plus recommandé de s'adjoindre les services d'assistants à maîtrise d'ouvrage (AMO technique, financier, juridique) pour équilibrer les rapports en présence lors des échanges avec les candidats. Ces appuis « extérieurs » appellent toutefois deux principaux points

de vigilance. Le premier est relatif au strict respect des règles de compétence (les AMO ne sauraient se substituer d'une manière ou d'une autre aux organes décisionnaires de l'acheteur). Le second est relatif au principe d'impartialité de la procédure, dont l'acheteur est garant tout au long de la procédure ; principe qui peut facilement être mis à mal par la présence d'AMO liés plus ou moins directement à des soumissionnaires. Ainsi a récemment été censurée une procédure négociée à l'occasion de laquelle l'AMO technique de la collectivité, qui avait pris « une part active aux réunions finales de négociation », se trouvait en situation de conflit d'intérêts avec l'un des candidats^[4].

Conseil n° 3 : Soigner la rédaction du (des) règlement(s) de la consultation

Par ailleurs, préalablement à la négociation, l'acheteur doit avoir pris soin de fixer des règles intangibles, et claires, sur les modalités d'organisation de la négociation.

Intangibles, tout d'abord, car l'acheteur étant par principe lié par les données de la consultation qu'il a lui-même édictées, il ne saurait être fait exception à cette règle s'agissant des modalités de la négociation (sauf cas exceptionnel dans lequel le principe d'intangibilité conduirait à enfreindre celui d'égalité de traitement^[5]).

Claires, ensuite, et ce dans un double objectif.

D'une part, par conformité aux quelques prescriptions textuelles régissant les modalités d'organisation de la négociation et qui exigent de l'acheteur l'indication, dans certains cas, de mentions spécifiques dans les documents de la consultation. Tel est le cas de la possibilité selon laquelle l'acheteur se réserve le cas échéant d'attribuer le marché sur la base des offres initiales, sans négociation^[6] ; de l'indication des exigences minimales que doivent respecter les offres et qui sont insusceptibles d'être négociées^[7] ; ou encore de l'instauration de phases successives de négociation^[8].

[4] TA Cergy-Pontoise 6 novembre 2018, Société Passavant Implants et autres, req. n° 1506515.

[5] En ce sens, dans le cadre d'une procédure de délégation de service public, s'agissant du choix de la collectivité de retenir, en substance, l'avant dernière offre des candidats, et non leur offre finale, suite à une méconnaissance du principe d'égalité par la communication à un candidat d'éléments de l'offre d'un concurrent : CE 8 novembre 2017, Société Transdev, req. n° 412859, *BJCP* 2018/116, p. 25, concl. O. Henrard.

[6] Voir respectivement pour les MAPA, les procédures concurrentielles avec négociation et les procédures négociées, les articles 27 al. 2, 73-I et 74 dernier alinéa du décret n° 2016-360 du 25 mars 2016.

[7] Cf. pour la procédure concurrentielle avec négociation, les articles 71 et 73 du décret n° 2016-360 du 25 mars 2016 ; et pour la passation des partenariats d'innovation, que ce soit en procédure négociée ou concurrentielle avec négociation, l'article 95.

[8] Cf. articles 73 et 95 du décret n° 2016-360 du 25 mars 2016.



D'autre part, la clarté s'impose pour pallier, précisément, le silence des textes sur les aspects non réglementés des modalités d'organisation de la négociation (à savoir presque tous). Les règles du jeu étant peu « balisées » sur le plan réglementaire, c'est à l'acheteur de les définir de manière lisible pour les candidats, et l'application du principe de transparence trouve ici toute sa place.

L'on pourrait prendre ici pour exemple la censure d'une procédure (de délégation de service public, certes, mais la logique est transposable aux marchés) dans laquelle la collectivité, qui avait autorisé la remise de variantes, n'avait pas clairement avisé le candidat du rejet de sa variante à l'issue d'une phase de négociation. Le juge, se fondant sur un original principe de « loyauté des relations processuelles », a relevé que le candidat, qui n'avait appris que bien après le rejet de sa variante, n'a pu « concentrer que très tardivement tous ses efforts à l'amélioration de son offre de base »^[9].

Ainsi, donc, autant les acheteurs disposent d'une relative liberté dans l'organisation de la négociation, autant ils doivent informer clairement et préalablement les candidats de ses modalités.

Conseil n° 4 : anticiper le périmètre de la négociation

La négociation ne peut être menée que dans les limites définies par les textes. L'article 42 de l'ordonnance précise que, dans la procédure concurrentielle avec négociation et la procédure négociée, l'acheteur négocie « les conditions du marché public ». L'article 73 du décret précise, pour la procédure concurrentielle avec négociation, que la négociation ne peut porter sur les « exigences minimales » que doivent respecter les offres, ni sur les critères d'attribution. Dans ces conditions, il est impératif que les acheteurs attirent clairement l'attention des candidats sur ces exigences minimales.

Pour faciliter le cadre de la négociation, l'acheteur pourra donc utilement fournir aux candidats des documents opérationnels et lisibles, par exemple, sous forme de grilles ou de tableaux, et organisés de manière à :

- récapituler les clauses non négociables (par exemple recenser les articles des projets de CCAP/CCTP qui constituent des exigences minimales) ;
- récapituler les aspects du contrat sur lesquels une proposition du soumissionnaire est expressément attendue (clauses de pénalité ; liste des « causes légitimes »...) ;
- permettre aux candidats d'indiquer les justifications des propositions d'ajouts ou de modifications qu'ils suggèrent.

Mener la négociation

Conseil n° 5 : se réserver la possibilité d'organiser plusieurs phases de négociation

Parce que la souplesse des textes le permet, il ne peut qu'être recommandé aux acheteurs, sinon de prévoir que plusieurs phases de négociation seront automatiquement menées (avec remise d'autant d'offres par les soumissionnaires), du moins d'indiquer dans les documents de la consultation qu'ils se réservent la possibilité de le faire. Même si les contraintes calendaires incitent parfois les acheteurs à ne pas multiplier les phases, il s'agit là d'une souplesse qu'il n'est jamais inutile de garder en réserve. Dans le cadre d'une procédure concurrentielle avec négociation, il est expressément prévu que ces phases successives soient menées « de manière à réduire le nombre d'offres à négocier en appliquant les critères d'attribution »^[10].

En pratique, il peut être utile - notamment pour alléger le règlement de consultation initial - de prévoir autant de lettres ou de règlements de consultation que de phases de négociation, ce qui permettra de préciser, pour chaque nouvelle phase, certaines modalités pratiques (organisation des auditions etc.).

Conseil n° 6 : préparer les auditions

À chaque phase de négociation, une ou plusieurs auditions avec chacun des soumissionnaires peut être envisagée, là aussi selon des modalités libres, tant qu'elles ont été annoncées clairement et qu'elles sont non discriminatoires. Les principales recommandations sont les suivantes (sachant que, pour être efficace, l'audition doit elle aussi être préparée ce qui nécessite de manière générale, de prévoir des laps de temps de préparation des réunions suffisamment longs) :

- procéder à un examen, préalable et approfondi, de l'offre du candidat ;
- préparer, à l'issue de cet examen, une liste de questions, structurée par thématique, à adresser à chaque candidat ;
- prévoir des plages horaires suffisamment longues pour échanger ;
- s'assurer par tout moyen approprié que les candidats ont bien pris connaissance des convocations aux réunions ;
- planifier l'organisation de la ou des réunions d'audition, par thématique (technique, juridique, financière...);
- prévoir en début d'audition un temps spécifiquement dédié au candidat pour présenter son projet et le contexte de son offre, sa compréhension du besoin etc.;

[9] TA Bordeaux 24 mars 2015, Société Transdev, req. n° 1500857.

[10] Cf. décret n° 2016-360 du 25 mars 2016, art. 73. Voir aussi l'article 95 spécifique aux partenariats d'innovation.



– mener les échanges dans la courtoisie et dans un esprit constructif, la négociation étant le préalable à une collaboration, non une confrontation.

Conseil n° 7 : garantir le respect du principe d'égalité de traitement des candidats

Le principe d'égalité de traitement des candidats s'applique naturellement à la négociation, et irrigue en filigrane presque tous nos propos. Déclinons-en simplement ici certains de ses corollaires, comme le rappelle expressément l'article 73-III du décret n° 2016-360 du 25 mars 2016 pour la procédure concurrentielle avec négociation, à savoir :

- l'obligation pour l'acheteur de s'abstenir de donner « toute information susceptible d'avantager certains soumissionnaires par rapport à d'autres » ;
- assurer une égale information des soumissionnaires sur les changements apportés aux documents de la consultation ;
- octroyer un délai identique à tous les soumissionnaires pour modifier ou présenter leurs offres^[11].

Conseil n° 8 : garantir la confidentialité des échanges

Les échanges avec les candidats au cours des négociations, et plus singulièrement lors des auditions, accroissent le risque de révéler certaines caractéristiques de l'offre d'un concurrent (voire son identité...). Dans les faits, et la jurisprudence se fait parfois l'écho de quelques situations rocambolesques, la prévention de ce risque n'est pas aisée, et la communication (par inadvertance^[12], ou non) à un candidat, par l'acheteur, d'infor-

[11] Voir aussi l'article 95 décret n° 2016-360 du 25 mars 2016, spécifique aux partenariats d'innovation.

[12] Dans une procédure de délégation de service public : CE 8 novembre 2017, Société Transdev, req. n° 412859, *BJCP* 2018/116, p. 25, concl. O. Henrard.

mations relatives au contenu de l'offre d'un concurrent ne constitue pas un cas d'école.

Au-delà du respect du principe d'égalité, assurer la confidentialité des échanges c'est aussi permettre à l'acheteur de se prémunir d'un risque de pratiques anti-concurrentielles de la part des soumissionnaires.

Un système de double vérification, en interne, du contenu de chaque communication avant qu'elle ne soit adressée aux soumissionnaires, est recommandée.

Conseil n° 9 : assurer la traçabilité de la négociation

Enfin, la traçabilité du processus de négociation s'avère indispensable, principalement dans la perspective d'un recours visant à contester la régularité de la procédure, mais aussi compte tenu de l'obligation d'information pesant vis-à-vis des soumissionnaires non retenus, puisque l'acheteur doit être en mesure de leur indiquer, à leur demande, « les informations relatives au déroulement et à l'avancement des négociations ou du dialogue [...] », lorsque ces négociations ou ce dialogue ne sont pas encore achevés^[13].

En pratique, il est recommandé de mettre régulièrement à jour un rapport de procédure recensant et résumant les phases de négociation et d'audition, ainsi que de conserver une trace écrite des diverses correspondances, invitations à remettre une offre (intermédiaire ou finale), listes de questions adressées en vue d'une audition etc..., qui ont été adressées aux candidats.

En définitive, jouissant d'une importante liberté pour définir ses modalités concrètes d'organisation, les acheteurs sauront tirer profit d'une négociation qui aura été soigneusement préparée, et dont les règles, claires, auront été communiquées préalablement aux soumissionnaires.

[13] Décret n° 2016-360 du 25 mars 2016, art. 99-II.