

L'ART DE NÉGOCIER DANS LES MARCHES PUBLICS

GUIDE À L'ATTENTION DES NEGOCIATEURS



Sommaire

Objet et champ d'application du présent guide

Chasser les idées fausses

Qu'est-ce que la négociation et quels sont ses enjeux ?

Pourquoi négocier ?

Le cadre réglementaire

- **Les principes généraux à respecter**
 - **Égalité de traitement des candidats à chaque étape du processus**
 - **Confidentialité des offres lors des échanges**
 - **Transparence et traçabilité de la procédure**
- **Les différentes situations donnant lieu à négociation**
 - **Le cas spécifique et dérogatoire de la procédure négociée**
 - **Le cas général de la procédure adaptée**
 - **La négociation d'un avenant**
 - **La négociation d'une transaction**

Qui peut négocier ?

- **Désignation des négociateurs**
- **Professionalisme et Responsabilité**
- **Constitution de l'équipe de négociation : avec ou sans élus ?**

Le Processus de négociation

- **Le champ des négociations : qu'est-ce qui est négociable ?**
- **Le cas des offres non-conformes**
- **Peut-on faire évoluer le cahier des charges et dans quelles limites ?**
- **Comment engager une négociation sur le prix ?**
- **Préparation de la négociation**
 - **Objectifs de négociation**
 - **Choix de la forme de négociation : en réunion, par téléphone, par courrier**
 - **La Stratégie de négociation : évaluation du rapport de force**
- **L'entretien de négociation**
- **La conclusion**

Objet et champ d'application du présent guide

Le présent guide définit les modalités essentielles qu'il est recommandé de mettre en œuvre au sein de la Communauté d'Agglomération de Rennes Métropole, de la Ville de Rennes et du Centre Communal d'Action Sociale pour la négociation des contrats dans le cadre de la commande publique et notamment du Code des Marchés Publics.

Ce document est destiné aux acheteurs de ces trois entités, ainsi qu'aux maîtres d'œuvre ou assistants à maîtrise d'ouvrage intervenant pour leur compte respectif, l'ensemble de ces acteurs étant censés maîtriser la réglementation en vigueur, ou invités, en tant que de besoin, à s'appuyer sur le service qui passe le marché.

Enfin, les présentes recommandations ont également vocation à être mises en œuvre par les Sociétés Publiques Locales et les Sociétés d'économie mixte locales liées aux entités publiques précitées.

Le présent guide aborde exclusivement le volet **négociation externe**, c'est-à-dire avec les opérateurs économiques, afin d'obtenir le meilleur contrat au **juste prix**.

Il est toutefois rappelé que la **négociation interne**, c'est-à-dire celle qui intervient en amont avec les prescripteurs lors de la définition des besoins, constitue une phase essentielle elle-même génératrice d'économies potentielles, parfois plus importantes que celles issues de la négociation externe, en veillant notamment à une prescription du **juste besoin**.

Il est ainsi conseillé d'éviter de recourir à des exigences qualitatives parfois inutiles par rapport aux besoins réels.

(de manière schématique, 20% de qualité supplémentaire engendre une majoration du prix de l'ordre de 80%).

Enfin, il ne faut jamais se satisfaire d'une définition trop hâtive et incomplète du besoin à satisfaire, en renvoyant à une négociation avec les entreprises pour « caler » au mieux sa demande. La négociation externe n'a pas en effet à être utilisée comme un palliatif, un expédient pour remédier à une négociation interne insuffisante, voire inexistante.

Chasser les idées fausses

Les deux principaux arguments énoncés par les objecteurs à la négociation sont, d'une part, la perte de temps du fait du délai supplémentaire engendré par les négociations, d'autre part que « ... *techniquement, il n'y a rien à négocier* ».

Il est pourtant exceptionnel que l'offre technique de l'attributaire d'un marché obtienne la note maximale de 10/10, ce qui démontre bien que certains éléments de l'offre sont le plus souvent négociables !

Quant aux délais, hormis **l'urgence impérieuse** qui ne se discute pas, les situations où l'urgence est souvent invoquée sont le plus souvent la résultante logique d'un enchaînement d'étapes antérieures dans un processus normal de décisions; il n'apparaît donc pas légitime de vouloir « contraindre » l'étape de l'attribution du marché, en se privant de négocier pour économiser du temps et pour compenser d'éventuels retards réels ou simplement ressentis.



De nombreux acteurs peuvent être à l'origine d'une certaine pression ; il est alors nécessaire de rappeler qu'il ne faut pas confondre urgence et précipitation, dans l'intérêt général.

Enfin, des négociateurs insuffisamment formés à la négociation ou déçus par de mauvaises expériences antérieures peuvent fonctionner avec un certain nombre d'idées fausses qu'il faut impérativement évacuer.

Exemples d'idées fausses :

- Négocier, c'est perdre du temps en discussions et en paroles, donc c'est perdre de l'argent,
- Négocier, c'est utiliser un rapport de force pour aboutir à ses fins,
- Négocier, c'est une affaire d'instinct, d'intuition, ça ne s'apprend pas,
- Les meilleurs négociateurs sont ceux qui savent changer d'idées et s'adapter selon les circonstances,
- Il y a toujours une part de chantage dans une négociation,
- Aboutir à un compromis, c'est un peu échouer parce qu'on n'a pas pu l'emporter, faire valoir complètement sa position,
- La négociation « braque » les entreprises et risque de les faire fuir.

Qu'est-ce que la négociation et quels sont ses enjeux ?

Négocier consiste en un processus de confrontation plus ou moins complexe selon les enjeux en cause, en vue d'aboutir à un échange équilibré de contreparties produisant un résultat mutuellement acceptable entre les parties prenantes (candidats à une consultation ou titulaire d'un marché en cours d'exécution), au regard de leurs objectifs initiaux ou de leurs divergences d'intérêts.

Négocier permet aussi d'améliorer et de préserver des relations commerciales constructives sur le long terme et de prévenir ainsi les aléas les plus importants dans l'exécution future du marché. La négociation permet de dépasser le « déclaratif ».

Négocier peut contribuer enfin, dans certaines situations, à lutter contre des comportements anticoncurrentiels.

La négociation peut donc se définir comme étant la technique qui permet,

- d'une part, d'adapter au mieux les offres des candidats à la demande du Pouvoir Adjudicateur, en s'assurant qu'ils ont bien assimilé le besoin,
- d'autre part, de renforcer l'efficacité de la commande publique en optimisant la dépense,
- enfin, dans certaines situations, d'adapter le contrat en cours d'exécution pour tenir compte d'événements nouveaux, voire de résoudre définitivement et au moindre coût un litige contractuel survenant avec le titulaire.

La négociation répond ainsi à une logique à la fois opérationnelle et financière et ne s'improvise donc pas; de sa bonne préparation sur la base d'objectifs à la fois clairs et réalistes dépend son succès.

Pourquoi négocier ?

Un marché public est avant tout un acte économique.

Dans une économie dite de marché, l'offre doit librement rencontrer la demande, pour aboutir à un contrat dont l'équilibre constitue la « condition sine qua non » de sa bonne exécution, dans l'intérêt commun des parties.

Cette offre, qu'elle soit unique ou multiple, est rarement d'emblée optimale, soit du fait de l'opérateur économique (l'offreur), soit du fait du Pouvoir Adjudicateur ou de l'Entité Adjudicatrice (le demandeur), seul un recalage entre les deux pôles permettant alors une optimisation à la fois commerciale (côté offreur) et opérationnelle ou fonctionnelle (côtés offreur et/ou demandeur), dans une logique de réciprocité.

Enfin, en cas de difficulté substantielle survenant en cours d'exécution d'un marché, la négociation peut constituer un mode efficace de résolution du litige, par la construction d'un compromis évitant ou mettant un terme définitif à un contentieux porté devant le juge administratif.

La négociation est donc à la fois une démarche constructive à promouvoir et un puissant levier d'économies. À titre d'illustration, 91% des marchés conclus par la Ville de Rennes en 2012, portant sur un volume financier de près de 54 M € TTC, étaient susceptibles de donner lieu à négociation.



Le cadre réglementaire

Les principes généraux à respecter dans toute négociation

La négociation peut conduire à faire évoluer l'offre initiale, sous réserve que les principes fondamentaux de la commande publique ne soient pas remis en question.

Ces principes sont les suivants :

1) Égalité de traitement des candidats à chaque étape du processus:

- S'assurer que le cahier des charges qui définit le besoin respecte la neutralité des prescriptions (la définition du besoin ne doit pas être formulée en fonction d'une solution a priori),
- Dans l'hypothèse où un candidat potentiel a pu être sollicité pour mieux élaborer un cahier des charges, celui-ci peut soumissionner à condition qu'il n'ait pas, à cette occasion, obtenu des informations privilégiées susceptibles de l'avantager,
- Garantir un délai de réponse suffisant quelle que soit la situation, mais avec une vigilance accrue dans l'hypothèse précédente ou en cas de marché récurrent pour ne pas favoriser l'entreprise « sortante »,
- Diffuser les mêmes documents et dans les mêmes délais aux candidats à la négociation,
- Élaborer des documents et cadres de réponses explicites permettant de comparer réellement les propositions,
- Ne pas conduire des négociations dans un sens qui soit favorable à un candidat,
- Lors de la négociation d'un avenant en cours d'exécution d'un marché, veiller à ce que cet avenant ne bouleverse pas l'économie du marché (sauf dérogation visée à l'article 20 du CMP) et ne porte pas atteinte à la concurrence initiale.

2) Confidentialité des offres lors des échanges:

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

3) Transparence et traçabilité de la procédure :

La transparence se traduit par l'accessibilité des informations relatives au marché et par la volonté d'en assurer une communication claire et complète, exacte, opportune et honnête.

Garantir la transparence, c'est aussi se mettre en situation de pouvoir répondre de ses actes par le biais de justificatifs devant les différents corps de contrôle (**contrôles internes** : de la CAO, de la commission des marchés, de la Direction de la Commande Publique, **contrôles externes** : contrôle de légalité du Préfet, contrôle par les entreprises non retenues, contrôle du juge administratif et/ou du juge pénal...)

À cet effet, il faut impérativement:

- Informer clairement tous les candidats de la manière dont vont se dérouler les négociations,
- veiller, en cas d'échange oral avec un candidat (question au téléphone), à en retranscrire tous les éléments essentiels et à en faire une communication éventuelle à l'ensemble des candidats, si la nature des échanges le justifie,
- disposer de tous les éléments de la procédure, en particulier les documents échangés avec les candidats:
 - retranscription des échanges au téléphone,
 - courriers, mails, fax envoyés à tous les candidats,
 - fiches de négociation (voir exemple en annexe),
 - propositions et compléments d'information transmis par les entreprises,
 - relevé des conclusions à l'issue d'une rencontre avec les entreprises,
 - tableaux d'analyse et rapport de synthèse.

Les différentes situations donnant lieu à négociation

1) Le cas spécifique et dérogatoire de la procédure négociée

La procédure négociée, qui est une procédure formalisée dérogatoire (cas limitativement définis à l'article 35 du CMP), impose une négociation.

En conséquence, l'absence de négociation dans une telle procédure constituerait un vice substantiel de forme susceptible de conduire à son annulation, étant précisé que la simple remise d'une ou de plusieurs offres ne constitue pas en soi une négociation, celle-ci devant intervenir après analyse de la ou des propositions reçues.

En cas de négociation dite « captive » (c'est-à-dire avec un seul opérateur a priori incontournable), s'assurer au préalable de l'inexistence de solution alternative, susceptible de faire « contrepoids ». Se rapprocher, si cela est envisageable, d'autres acheteurs publics traitant avec le même prestataire, afin d'envisager la faisabilité d'un groupement d'achat, susceptible de mieux équilibrer le rapport de force.

2) Le cas général de la procédure adaptée

La procédure adaptée permet la négociation mais ne la rend pas obligatoire. Pour autant, la négociation est vivement recommandée à l'issue de l'analyse des offres et les échéanciers de procédures doivent en conséquence systématiquement intégrer un délai suffisant pour garantir celle-ci dans des conditions satisfaisantes.

L'absence éventuelle de négociation doit impérativement être motivée dans le rapport d'analyse des offres proposant l'attribution du marché.

Le règlement de la consultation peut être rédigé de la manière suivante :

Les candidats sont invités à remettre d'emblée leur meilleure proposition. Toutefois, compte tenu des offres reçues et de leur analyse détaillée par le Pouvoir Adjudicateur, celui-ci se réserve la possibilité d'engager une phase de négociation.

Conformément à la spécificité de la procédure adaptée, la négociation au titre du présent marché demeure facultative.

En cas de négociation, le pouvoir adjudicateur pourra engager librement toutes les discussions qui lui paraissent utiles avec tout ou partie des candidats, voire avec un seul, en vue d'optimiser la ou les propositions jugées les plus intéressantes.

Il se réserve également la possibilité d'écarter de la négociation les candidats ayant remis une offre irrégulière ou inacceptable.

Cette négociation pourra, dans le cas le plus simple, se réduire à un échange de mails confirmés par courriers ou, si nécessaire, donner lieu à une, voire plusieurs rencontres de chacun des candidats invités à négocier, ces rencontres donnant lieu à un relevé des conclusions garant de la traçabilité des échanges intervenus.

Le champ de la négociation pour chacune des offres tiendra compte, le cas échéant et dans le respect du principe d'égalité de traitement des candidats, des particularités des offres restant en lice, pour aboutir à un classement définitif au regard des critères de jugement, le marché étant attribué au candidat dont l'offre sera classée première.

Un nouvel acte d'engagement prenant en compte les modifications éventuellement apportées à l'offre initiale devra alors être signé.

3) La négociation d'un avenant

L'avenant ne doit jamais être considéré comme une modalité normale de gestion d'un contrat (« *nous gérerons cela en temps opportun..... par voie d'avenant* »).

En effet, en dehors d'un avenant purement technique visant à corriger une erreur ou une incohérence manifeste, tout avenant est censé traduire l'aboutissement d'une négociation préservant l'équilibre du contrat.

Or la négociation d'un avenant risque, dans certains cas, de s'apparenter à une négociation dite « captive », dans la mesure où le négociateur pourra se trouver confronté à des exigences plus ou moins excessives du titulaire; ce dernier pourra en effet se sentir en position de force, conscient de sa situation « avantageuse » du fait qu'il peut laisser planer le risque d'une suspension de l'exécution du marché dans l'attente d'une acceptation de sa demande.

Le négociateur doit par ailleurs impérativement veiller au strict respect du principe d'égalité de traitement des candidats dans l'hypothèse où il y avait plusieurs offres lors de l'attribution du marché, ainsi que du principe de transparence ; à cet effet, il est recommandé de faire « un zoom arrière » sur le résultat lors de l'attribution du marché.

La motivation du recours à un avenant, ainsi que ses modalités d'exécution administratives, techniques et/ou financières, doivent ainsi être retranscrites dans un rapport signé par le négociateur.

4) La négociation d'une transaction

La transaction permet une gestion économe des deniers publics, car elle allège la charge de travail des juridictions en traitant, sans recours au juge, les litiges où les questions de fait l'emportent sur des questions de droit.

La transaction est définie par l'article 2044 du code civil comme « un contrat par lequel les parties terminent une contestation née ou préviennent une contestation à naître. Ce contrat doit être rédigé par écrit ».

Important : L'avenant, évoqué au point précédent, intervient dans le cadre normal de l'exécution du marché et n'est donc pas assimilable à une transaction.

Une transaction constitue en effet un contrat à part entière et devra toujours être approuvée par une décision spécifique de l'assemblée délibérante.

Le Principe de la transaction repose sur le consentement de concessions réciproques équilibrées.

Attention : une transaction dans laquelle le Pouvoir Adjudicateur consentirait à abandonner une part excessive de ses prétentions constituerait une libéralité, alors que l'administration n'est jamais autorisée à payer une somme qu'elle ne doit pas.

Attention : l'adage selon lequel « *un bon compromis vaut mieux qu'un mauvais procès* » est souvent utilisé par certaines entreprises en guise de « menace » d'un contentieux pour engager le Pouvoir Adjudicateur sur la voie de la transaction. La prudence est de mise, car il sera parfois préférable de s'en remettre plus sagement à une décision du juge du contrat, « *un bon procès valant mieux qu'un mauvais compromis* ».

Le recours à la transaction doit demeurer l'exception et l'assistance conjointe de la Direction de la Commande Publique et de la Direction des Affaires Juridiques est, dans tous les cas, nécessaire.



Qui peut négocier ?

Désignation des négociateurs

En l'absence de règles spécifiques imposées par des textes organiques ou statutaires et compte tenu du silence du code des marchés publics en la matière, le Pouvoir Adjudicateur demeure libre de fixer, en fonction de son organisation, les modalités de désignation des personnes chargées de conduire les négociations.

Celles-ci interviennent donc **au nom et pour le compte** du Pouvoir Adjudicateur dans une **logique de mandat**.

Professionalisme et responsabilité

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

Cela suppose donc de leur part une action continue de formation, à laquelle contribue le présent guide, ainsi que le respect du guide des bonnes pratiques de l'achat destiné à orienter le comportement des acheteurs (accessible sur l'Intranet).

Constitution de l'équipe de négociation : avec ou sans élus ?

La préparation et a fortiori la conduite des négociations entrent dans le champ des missions des agents impliqués dans le processus des achats et de la maîtrise d'ouvrage. Ceux-ci sont donc habilités à conduire une négociation hors de la présence d'un élu, dont la participation ne s'impose pas d'un point de vue strictement réglementaire. Pour autant, il appartient aux agents négociateurs de rendre compte en temps réel aux élus concernés, de l'évolution de la négociation, selon l'importance des enjeux du marché.

Tel sera le cas dans la majorité des situations, les échanges intervenant le plus souvent entre agents techniques et administratifs côté Pouvoir Adjudicateur ou Entité Adjudicatrice et agents commerciaux, côté entreprises.

Cela étant, certains élus peuvent souhaiter participer à certaines négociations selon l'objet des marchés.

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

Ainsi, dans le cadre de la politique d'achat de la Ville, le comité de pilotage chargé de déterminer les orientations dans ce domaine a validé le principe d'une telle association ponctuelle, en privilégiant l'intervention des élus de la commission d'appel d'offres/commission des marchés, mieux au fait de la problématique des marchés.

Pour Rennes Métropole, ce sera en principe le Vice-Président concerné par le marché qui sera sollicité.

Le Processus de négociation

Le champ des négociations : qu'est-ce qui est négociable ?

- Tout n'est pas négociable
- Comment procéder pour savoir sur quoi négocier, sans entrer systématiquement dans le jeu de variantes ?

Grille de flexibilité

(comment déterminer les zones de négociation et leur étendue)

Niveau 0 : éléments intangibles du cahier des charges et donc **non négociables**

Niveau 1 : éléments ouvrant à des propositions pouvant aller au-delà d'une exigence de base ou minimale.

Niveau 2 : éléments totalement ouverts à la négociation.

Le classement des prescriptions techniques lors de la définition des besoins, au travers d'une grille de flexibilité, peut constituer une méthode à la fois simple et efficace pour la détermination des possibles zones de négociation et de leur étendue. Elle permet en effet de déterminer, de façon pragmatique, les éléments plus ou moins flexibles du cahier des charges.

Attention toutefois à ne pas demeurer trop imprécis sur certains éléments, au risque de voir les entreprises prendre, par prudence, des marges plus ou moins importantes pour couvrir les aléas qui peuvent en découler.

éléments de définition du besoin (CCTP) (exemples)	Niveau 0 <u>Négociation impossible</u>	Niveau 1 <u>Négociable possible</u> « a minima »	Niveau 2 <u>Négociation totalement ouverte</u>
L'objet même du marché			
La forme du prix			
Caractéristiques principales définies comme intangibles			
- Qualité minimale d'un élément de construction.... - Garantie minimale - le délai (en cas de délai plancher défini)			
- Le poids des indexes dans la formule de révision du prix - Le Prix			

Le cas des offres non-conformes.

La notion d'offre non-conforme, encore souvent utilisée dans le langage courant, n'est plus abordée dans le code des marchés publics, qui ne reconnaît que les offres irrégulières, inacceptables et inappropriées.

Définitions du Code des Marchés (Article 35 du CMP) :

Offre irrégulière : une offre qui, tout en apportant une réponse au besoin du Pouvoir Adjudicateur, est incomplète ou ne respecte pas les exigences formulées dans l'avis d'appel public à la concurrence ou dans les documents de la consultation.

Offre inacceptable : une offre est inacceptable si les conditions qui sont prévues pour son exécution méconnaissent la législation en vigueur, ou si les crédits budgétaires alloués au marché après évaluation du besoin à satisfaire ne permettent pas au pouvoir adjudicateur de la financer.

Offre inappropriée : est inappropriée une offre qui apporte une réponse sans rapport avec le besoin du pouvoir adjudicateur et qui peut en conséquence être assimilée à une absence d'offre.

Est-il possible de négocier avec un candidat présentant une offre irrégulière ou inacceptable ?

Ce point a fait l'objet d'une question écrite de M. Bernard Piras à l'attention de Ministère de l'économie (Question écrite n° 25408 Réponse publiée dans le JO Sénat du 04/01/2007). Il en ressort qu'il est possible de négocier une offre irrégulière ou inacceptable. La négociation peut avoir comme effet de rendre cette offre régulière ou acceptable, cependant le cas d'une offre inappropriée ne permet pas le recours à la négociation puisque ce cas est assimilé à une absence d'offre.

De même, une question parlementaire posée par le député Daniel Fidelin (Question écrite n° 70215 du 2 février 2010), s'inscrivait dans le cadre de la procédure adaptée : « dans le cadre de la négociation en procédure adaptée, le pouvoir Adjudicateur peut demander à un candidat ayant remis une offre irrégulière de régulariser, même postérieurement à la date de remise des offres ».

Deux limites issues du principe d'égalité de traitement des candidats s'imposent toutefois dans cette hypothèse :

- La demande de régularisation s'inscrit dans un délai qui doit permettre simultanément à tous les autres candidats de bénéficier du délai identique pour éventuellement modifier leur offre,
- Le Pouvoir Adjudicateur peut également écarter de la négociation les offres inacceptables ou irrégulières, pourvu que cette possibilité figure dans les documents de la consultation.

Peut-on faire évoluer le cahier des charges et dans quelles limites ?

Réponse : Oui, en respectant la logique de la grille de flexibilité que l'on s'est fixée. Cela étant, les échanges au cours de la négociation peuvent notamment mettre en évidence la surestimation de certains besoins (et l'incidence financière qui en découle), l'inadéquation de certaines exigences techniques avec « l'état de l'art » (rendant impossible la réalisation du marché dans les coûts et dans les délais estimés), ou encore l'imprécision de certaines clauses conduisant les entreprises à prendre, par précaution, des marges qui peuvent être importantes pour couvrir les risques associés.

Attention : dans le cadre d'une procédure négociée à l'issue d'un appel d'offres infructueux, en vertu des dispositions des articles 35.I.1 ou 35.II.3 du CMP, «... *les négociations ne doivent pas substantiellement modifier les conditions initiales du marchés* ».

Le « guide des bonnes pratiques en matière de marchés publics » cite notamment, à titre d'exemples, le fractionnement en tranches non prévu au départ, les clauses de variation de prix, les délais d'exécution, les pénalités de retard, l'introduction d'une variante non autorisée, comme étant des points dont la modification remettrait en cause les conditions de mise en concurrence initiale. Cela tient à la procédure initiale qui repose sur l'intangibilité du cahier des charges, auquel les candidats doivent totalement adhérer, les évolutions autorisées dans la négociation étant alors très limitées.

En revanche, dans toutes les autres situations pour lesquelles la réglementation impose ou autorise le recours à des négociations (marchés négociés formalisés et MAPA), le champ des négociations est beaucoup plus large.

Comment engager une négociation sur le prix ?

Le prix est lié à plusieurs facteurs, notamment :

- la conjoncture économique: situation tendue ou au contraire, carnets de commandes bien remplis,
- la volonté d'un candidat de s'implanter sur le secteur géographique,
- la nature de la prestation : achat de fournitures courantes, achat d'équipement à forte technologie dans un secteur très évolutif, achat de prestations intellectuelles, autres prestations de services courants, travaux à fort coefficient de main-d'œuvre, ou au contraire essentiellement mécanisés,
- les conditions d'exécution contraignantes éventuellement imposées par le Pouvoir Adjudicateur, ou liées notamment à la configuration des lieux, ou à la période d'intervention retenue....,
- La qualité intrinsèque de l'offre, dont la valeur technique impacte directement le niveau financier,
- Une situation de concurrence atone, voire faussée...ou au contraire très dynamique.

Le prix est, en règle générale, un élément sensible, en ce qu'il résulte logiquement de toutes les composantes de l'offre.

Il focalise spontanément l'attention de l'acheteur qui le compare aussitôt à son estimation et/ou à sa disponibilité budgétaire.

C'est la raison pour laquelle le prix peut, tout naturellement, faire l'objet de discussions.

Cela étant, un marché ne se réduit évidemment pas à « l'achat d'un prix ».

C'est pourquoi l'acheteur doit toujours exiger une offre détaillée, tant d'un point de vue technique qu'en ce qui concerne la partie financière.

Le niveau de décomposition du prix souhaité doit lui permettre une analyse et une comparaison des offres entre-elles et par rapport aux références dont il peut disposer :

- les références de prix pour des achats antérieurs de matériels, de prestations de services ou de travaux équivalents, ces références étant mises à jour aux conditions économiques les plus récentes (en s'appuyant par exemple sur les formules de mise à jour des prix figurant dans les marchés de référence...),
- les informations obtenues auprès d'acheteurs d'autres collectivités pour tenter d'obtenir des références sur des achats similaires.

Dans la mesure où la prestation à réaliser comprend une part significative de main d'œuvre, il est opportun de demander aux candidats les taux horaires margés utilisés pour bâtir leurs propositions, de se procurer les références dans le domaine afin de les comparer. Un acheteur doit impérativement disposer de ces éléments avant de négocier de façon à **connaître exactement la structure du prix**. Il ne faut pas hésiter à imposer ce préalable avant la première réunion.

Dans le cadre d'un marché à prix global forfaitaire, il faut exiger une vraie décomposition du forfait (DPGF) par grands postes de dépenses ou éléments d'ouvrages.

Dans le cadre d'un marché à prix unitaires, le bordereau des prix unitaires (BPU) pourra être insuffisant; il conviendra alors d'exiger le sous détail des principaux prix, avec indication des ratios.

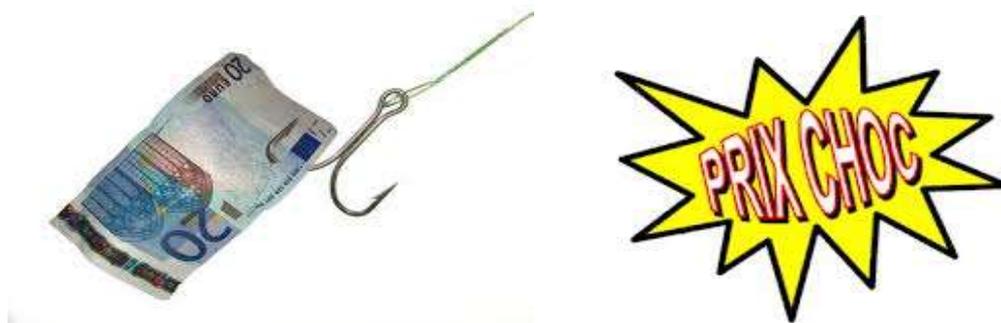
La négociation financière ne doit jamais déboucher sur un marchandage.

Un candidat ayant remis une offre financièrement basse par rapport à l'estimation et/ou par rapport à ses concurrents pourra être invité, sans ambiguïté, à porter prioritairement ses efforts sur l'amélioration qualitative de sa proposition.

Un simple rabais commercial « de courtoisie » sur l'offre initiale constitue souvent la réponse des candidats suite à une demande d'optimisation du Pouvoir Adjudicateur. Il s'agit là d'une négociation « minimale » qui ne sera pas suffisante pour des marchés à fort enjeu.

Plus l'acheteur disposera de détails sur l'offre remise, plus il sera en mesure d'identifier l'origine d'un écart, à la hausse ou à la baisse, avec l'estimation réalisée et/ou avec les offres concurrentes. Il conviendra alors pour l'acheteur, lors des négociations, d'essayer d'obtenir du candidat les éléments permettant de justifier cet écart.

Ceci sera d'autant plus pertinent s'il suspecte, à l'issue de son analyse, un candidat d'avoir remis une offre anormalement basse et présentant donc un risque plus ou moins certain, tant pour l'entreprise que pour le Pouvoir Adjudicateur (voir à ce sujet le courrier type à adresser, document annexé au Vade Mecum sur la pondération des critères de jugement des offres).



Préparation de la négociation

Objectifs de négociation

Il est toujours nécessaire, avant d'entamer de réelles négociations, c'est-à-dire au-delà d'une simple demande d'optimisation de principe, de se fixer des objectifs.

Le niveau des objectifs sera fonction :

- des conditions d'exécution du précédent marché s'il s'agit d'un marché récurrent (nature et fréquence des litiges, mécontentement des utilisateurs...) pour s'assurer de la pertinence de l'offre du candidat,
- des éléments obtenus à l'issue de l'analyse comparative des offres. Il s'agit d'identifier la meilleure performance pour chacun des critères de choix et de l'utiliser comme levier de négociation,
- des éléments de comparaison avec d'autres acheteurs,
- du niveau de connaissance du marché fournisseur.

Ces objectifs doivent être réalistes et raisonnables au regard de ce que peuvent proposer les entreprises.

Ceux-ci peuvent porter sur des points techniques (obtenir de la société qu'elle relève le niveau de son offre pour améliorer des exigences contractuelles), sur les délais de réalisation (si les délais font partie des critères de notation), sur les prix proposés, voire sur l'ensemble de ces points.

Pour les contrats les plus importants, il peut être opportun de faire valider ces objectifs par le représentant du Pouvoir Adjudicateur (principe d'un « **mandat de négociation** », ou par la Commission de Marchés).

Plusieurs paramètres sont alors à prendre en considération :

- quel délai se donne-t-on pour mener à bien les négociations ?
- de quel mandat dispose l'acheteur ? sera-t-il ou non accompagné par un élu ?
- est-il opportun de se fixer un prix d'objectif avant d'entamer les négociations ? Si oui, il appartient de s'assurer que ce prix est réaliste. Enfin, si ce prix ne peut être atteint, se fixe-t-on une position de repli au-delà de laquelle il n'y aura pas d'accord possible, ce qui conduirait à déclarer la procédure sans suite ?

L'acheteur pourra, pour les marchés les plus complexes, utilement reporter ses objectifs sur une fiche de négociation (cf. annexe) et décider, en fonction de leur degré de réalisation, de poursuivre ou non les entretiens avec les entreprises invitées à négocier, pour autant que le règlement de la consultation ait bien prévu plusieurs entretiens avec possibilité d'écarter certains candidats au fil des négociations.

Choix de la forme de négociation : en réunion, par téléphone, par courrier

Si le nombre de concurrents s'avère élevé sur une nature de prestations « standard », il est légitime de considérer que la concurrence joue pleinement et le Pouvoir Adjudicateur gagnera du temps dans la passation du marché concerné en engageant des négociations par courrier, voire par mails confirmés par courriers.

En revanche, pour les marchés plus spécifiques ou à forte valeur ajoutée, ou bien si le nombre de concurrents est faible, des négociations en face à face, par téléphone ou par visioconférence, peuvent s'avérer nécessaires et plus productives, sans pour autant retarder l'avancement de la procédure dans des délais excessifs.

L'appréciation de la forme de négociation la plus adéquate appartient aux services, en fonction du mandat de négociation qui leur a été donné (voir ci-avant).

Quel que soit le mode de négociation retenu, la négociation doit toujours se faire en équipe et ne peut être confiée à une personne seule.

En cas de rencontre des entreprises invitées à négocier, une réunion préparatoire de l'équipe de négociation devra être programmée, afin de bien s'assurer d'une démarche commune et d'éviter toute contradiction interne ou incohérence lors de cette rencontre, ce qui ne manquerait pas de donner un avantage aux entreprises.

L'équipe de négociation sera pilotée par un leader, rôle normalement dévolu à l'acheteur ou à l'élu si ce dernier souhaite assurer cette mission de conduite de la négociation.

Lorsqu'un maître d'œuvre ou une AMO externe ont été retenus, ces derniers participent aux négociations, cette mission devant être indiquée dans le marché qui les lie au pouvoir Adjudicateur.

La Stratégie de négociation : évaluation du rapport de force

Pour définir sa stratégie, l'acheteur tiendra compte des positions respectives du pouvoir Adjudicateur qu'il représente et de l'entreprise appelée à négocier.

Le Pouvoir Adjudicateur est en position favorable quand :

- le volume d'achat demandé représente une fraction importante du CA du candidat,
- le potentiel de croissance des besoins est important,
- les produits sont normalisés et qu'il est possible de faire jouer la concurrence,
- il possède une information complète de l'offre des fournisseurs et que ses besoins sont clairement identifiés,
- l'entreprise veut développer sa clientèle publique.

Le candidat est en position favorable quand :

- les besoins concernent un segment d'activité à forte technologie,
- la concurrence est limitée et les fournisseurs peuvent imposer une pression sur les prix et les délais,
- il est en situation de position dominante,
- il entretient des relations « privilégiées » avec les utilisateurs lui permettant d'influencer la rédaction du Cahier des Charges (attention danger !),
- Il a établi une dépendance technique (exemple : mise en place d'un outil de gestion informatique).

L'entretien de négociation

Pour réussir cette phase d'entretien, il convient de maîtriser les techniques de conduite de réunion et les méthodes de résolution de problèmes en groupe.

L'attitude de l'équipe de négociation doit être calme, ouverte mais ferme et déterminée voire, sur certains points, intransigeante au moins dans un premier temps.

Il convient tout d'abord de faire parler le candidat, afin de lui faire détailler les points essentiels structurant son offre et bien comprendre la proposition remise.

Le leader de l'équipe doit créer une atmosphère positive tout en exposant les enjeux de la discussion pour les deux parties. Cette phase va servir à réduire les incertitudes, à expliciter l'objet de la négociation, à prendre connaissance des positions et demandes de la partie adverse et évaluer le rapport de force.

Il est recommandé de demander aux candidats quelles seraient selon eux les pistes susceptibles de réduire le coût de leur proposition, sans bouleverser leurs marges commerciales. Dans la mesure où les modifications envisagées ne remettraient pas en cause l'objet du marché ni ses caractéristiques principales, elles seraient alors envisageables.

Cela étant, dans le respect du principe d'égalité de traitement des candidats, toute modification même mineure du cahier des charges devra être répercutée sur l'ensemble des sociétés admises à la négociation.

Attention toutefois à ne pas faire profiter un candidat des innovations pouvant être apportées par un de ses concurrents.

Il convient d'éviter l'agressivité. Le candidat ne doit pas, en effet, être considéré comme un « adversaire », mais comme le contractant potentiel, ce qui n'exclut pas la fermeté dans le discours.

Quelques conseils :

- Ne pas indiquer votre budget achat ou votre prix d'objectif, car votre interlocuteur n'aurait alors plus aucune raison de baisser son offre tarifaire,
- Maintenir l'interlocuteur dans l'incertitude au regard du nombre potentiel de ses concurrents dans le cadre de la consultation,
- Ne pas reprendre une négociation en partant directement d'un point de blocage,

- Ne rien concéder si le candidat campe sur ses positions, quitte à lever la séance en précisant que le mandat donné par les élus n'autorise pas de concession en sens unique et qu'il est en conséquence nécessaire d'en référer aux décideurs pour savoir si la négociation peut encore se poursuivre ou si la consultation doit être déclarée sans suite. Il peut en effet s'avérer opportun de ne pas conclure si les résultats sont trop éloignés des objectifs et de faire remonter les prises de décisions au niveau supérieur,
- Ne pas négliger de rappeler les contraintes juridiques spécifiques à la commande publique pour essayer faire évoluer la position du candidat (rappel des principes fondamentaux, insister sur les différents niveaux de contrôles internes et externes, mettre en avant la garantie d'un paiement à 30 jours maximum, le délai moyen constaté étant plus faible, ...)

La conclusion

Lorsque le leader de l'équipe estime que les négociations sont arrivées à leur terme, soit parce que les objectifs fixés sont atteints, soit parce qu'il y a situation de blocage non réversible, il convient de demander aux candidats de mettre à jour leurs offres initiales. Cette mise à jour concerne, a minima, l'acte d'engagement (AE) et, le cas échéant, le bordereau des prix unitaires (BPU) et le détail quantitatif estimatif (DQE), ou la Décomposition du Prix Global Forfaitaire (DPGF), mais également les sous-détails de prix qui auraient été demandés, le mémoire technique (cette mise à jour pouvant prendre la forme soit d'un nouveau document, soit d'un additif au mémoire technique initial).

Un procès-verbal ou un simple relevé des conclusions est rédigé (le forme du compte-rendu dépendra des enjeux et de l'importance financière du marché) pour rendre compte des échanges intervenus et des avancées obtenues avec chacun des candidats.

Une fois les offres définitives recueillies, celles-ci sont à nouveau analysées et classées selon la méthode multicritères. Les offres n'ayant pas donné lieu à négociation (uniquement en procédure MAPA) n'ont pas à être intégrées dans ce classement final.

Le rapport d'analyse proposant l'attribution du marché détaillera, de manière claire et synthétique, le processus de la négociation et fera apparaître les plus-values techniques et gains financiers éventuellement obtenus.

Enfin, dans l'hypothèse d'un marché récurrent, un bilan de la négociation sera effectué par l'équipe; le déroulement de la négociation sera ainsi analysé et des enseignements utiles pourront être tirés pour recalibrer la stratégie lors des négociations futures.

Pour ces marchés récurrents, une évaluation finale de l'exécution du contrat sera également utile, tant pour la nouvelle définition du besoin (éviter le copié/collé) que pour les négociations ultérieures.

Annexe n°1

Fiche de préparation et de suivi de négociation

Dressée le : / /

Objet du marché :

Estimation du montant :€ TTC, valeur (mois)/année

Nom de l'entreprise ou des entreprises groupées		
Noms des personnes participant à la négociation	<u>Personnes représentant l'entreprise</u>	<u>Personnes représentant le Pouvoir Adjudicateur</u>
	-	
	-	
	-	

Critères de jugement	Conditions initiales	Notes initiales	Objectifs de la négociation	Dates des négociations		Evolutions obtenues ou consenties lors de la négociation (1)	Notes finales	Observations
				-----/-----	-----/-----			
Valeur technique								
Prix								
Délai								
Autres								

(1) Documents joints le cas échéant : ; ;

Observations générales	
-------------------------------	--

Signature des participants représentant le Pouvoir Adjudicateur ; ; ; ;

Quels sont les préalables indispensables avant négociation ?

Avant toute négociation, il est nécessaire de procéder à l'analyse complète des offres sur la base de l'ensemble des critères définis dans le règlement de la consultation.

Cette analyse doit donc être à la fois qualitative et financière, l'analyse détaillée des coûts devant permettre d'identifier, le cas échéant, des pistes d'optimisation.

Cette analyse financière doit comporter une comparaison de chaque offre avec l'estimation, d'une part, mais aussi avec les offres concurrentes, d'autre part.

De cette analyse détaillée et comparative vont ainsi émerger les pistes possibles de négociation, selon les points faibles et les zones d'incertitudes qui auront pu être identifiés.

Quand et Pourquoi négocier ? Suis-je obligé de négocier ?

Le recours à la négociation constitue un levier d'optimisation de l'achat.

Dès lors, l'absence de négociation doit être justifiée dans le rapport d'analyse, après avoir répondu aux questions suivantes :

- l'analyse fait-elle apparaître des marges d'amélioration ?
- les offres les plus intéressantes présentent-elles encore des zones d'incertitudes en termes de satisfaction du besoin ?
- les prix proposés présentent-ils un potentiel d'optimisation, notamment par rapport à des coûts habituels connus ?
- le fait de ne pas négocier « faute de temps » ne risquerait-il pas de conduire à reporter d'éventuels problèmes en cours d'exécution ?
- si des difficultés pressenties ressurgissent en phase exécution, le rapport de force avec l'entreprise attributaire ne risque-t-il pas d'être inversé, voire déséquilibré, en faveur de celle-ci ?
- le « gain de temps » initial escompté du fait de l'absence de négociation ne risque-t-il pas d'être contrebalancé par les difficultés ultérieures non résolues (nombreuses réunions nécessaires, retard d'exécution, avenants,...) ?

Combien de temps faut-il prévoir pour la négociation ?

Principe : le planning global de la procédure doit intégrer un temps réservé à la négociation, même si celle-ci n'a pas lieu.

En dehors des cas exceptionnels d'urgence avérée, un temps de procédure trop court (délai entre le lancement de la procédure et le début effectif d'exécution) constitue un réel facteur de risque, la précipitation ne permettant pas une anticipation suffisante des difficultés normalement envisageables.

Le temps nécessaire à la négociation est à évaluer, au cas par cas, en fonction de la spécificité du marché, de son volume et du nombre de questions à revoir.

L'entreprise doit disposer d'un délai suffisant et raisonnable, un délai trop bref pouvant l'inciter à se contenter d'un simple rabais commercial, parfois symbolique, et qui ne traduit pas une réelle négociation/optimisation de son offre.

Peut-on négocier des points différents avec les entreprises concurrentes ?

Oui.

En effet, les offres sont toutes différentes et la négociation vise précisément à les faire progresser sur leurs points faibles. Négocier sur des aspects différents ne signifie donc en rien une inégalité de traitement des candidats.

Peut-on indiquer à une entreprise qui le demande le montant de l'offre la plus avantageuse, voire des autres offres ?

Il convient de concilier transparence et concurrence.

Dès lors que la négociation est en cours, il convient de veiller à ne jamais communiquer à un candidat le niveau des prix des entreprises concurrentes.

A la question éventuelle (et relativement fréquente) d'un candidat: "de combien dois-je baisser mon prix?" il y a lieu lui répondre : "qu'il n'appartient pas à l'acheteur public de donner une quelconque indication de cette nature, car la négociation n'est pas du marchandage; qu'il revient en revanche à chaque entreprise d'optimiser son offre en toute indépendance, en prenant en compte ses propres coûts de structure et ses marges".

Par ailleurs, toute communication du budget (sauf exception) ou de l'estimation de l'administration est à proscrire, afin de ne pas fausser la concurrence, les offres attendues devant être sincères, économiquement réalistes et non « calées » par rapport à une estimation qui demeure non communicable à ce stade de la procédure.

En revanche, une fois le marché attribué, au nom du principe de transparence le rapport d'analyse des offres est communicable sur demande expresse, sous réserve d'une occultation des éléments protégés par le secret industriel et commercial.

Que faire lorsqu'une entreprise baisse son prix de manière significative, voire a priori excessive ?

Les entreprises sont censées avoir d'emblée remis une offre équilibrée et correctement étudiée.

Dans une telle situation, il est nécessaire d'exiger la justification des sources d'économies proposées par le candidat et qui n'apparaissent pas de nature à porter atteinte à la qualité de la prestation : approche méthodologique, qualité des matériaux, ajustement du temps nécessaire, qualification des intervenants.....

La négociation ne doit pas en effet conduire un candidat à recaler son offre de manière excessive au risque d'en faire une offre potentiellement anormalement basse et qui, dès lors, doit être traitée comme telle.

Peut-on négocier avec une seule entreprise ?

Oui, cela est possible.

Pour autant, il convient de veiller à ne pas se priver prématurément d'offres concurrentes potentiellement intéressantes.

Négocier avec un seul candidat peut en effet exposer l'acheteur à un risque d'échec qui peut s'avérer réel, notamment dans l'hypothèse où ce candidat viendrait à réviser son offre qualitativement et à revoir son prix à la hausse.

Limiter la négociation avec un seul candidat est donc juridiquement possible, mais sur un plan pragmatique il y a lieu de réserver cette configuration dans l'hypothèse où l'écart de notation globale entre les deux premières offres est suffisamment important pour considérer que l'offre classée seconde n'a aucune chance sérieuse de compenser cet écart.

Précision : il convient de ne jamais indiquer aux entreprises concernées le nombre de candidats invités à négocier.

Pour négocier, puis-je utiliser le téléphone et/ou le mail ?

L'utilisation de ces deux outils est effectivement possible, mais il est essentiel de pouvoir « traçer » tous les échanges intervenus dans le respect du principe de la transparence.

Dès lors, la négociation téléphonique doit faire l'objet d'un relevé écrit reprenant dans le détail tous les éléments ayant donné lieu à discussion. De ce fait, le téléphone n'apparaît pas en règle générale comme l'outil à privilégier en négociation.

En cas d'utilisation du mail, l'utilisation de la plateforme de dématérialisation est obligatoire, dès lors que la procédure est elle-même dématérialisée.

Principe : quelle que soit le contexte de la négociation, il est recommandé d'obtenir du candidat une synthèse écrite reprenant tous les éléments de l'offre impactés par la négociation (voir annexe de négociation qui peut être joint à l'acte d'engagement).

Comment clore la négociation ?

La négociation peut intervenir par simple échange écrit ou donner lieu à une ou plusieurs rencontres, suivies d'une remise d'offres optimisées.

Il est important d'informer clairement les candidats invités à négocier de l'instant précis où la négociation arrive à son terme, cette précision étant d'autant plus nécessaire que la négociation peut s'effectuer par étapes successives.

Annexe n° à l'Acte d'Engagement et relative aux modifications apportées par le candidat à son offre initiale après négociation

- **Identification du Pouvoir Adjudicateur** :.....

- **Objet du marché** :.....

- **Identification du candidat** :.....

- **Modifications qualitatives apportées dans le cadre de la négociation** :

Libellé de la modification apportée	Référence du document initial concerné

- **Modifications apportées au prix** :

Le montant initial de l'offre est modifié comme suit (joindre le détail) :

- Montant HT :.....€
- Montant TVA :.....€
- Montant TTC :.....€

Engagement du candidat :

Fait à.....

Le.....

Signature du candidat