

Guide

de la négociation d'achat au Conseil général

Mars 2012

DGA Ressources
Direction des affaires juridiques
et de la Commande publique
Service commande publique

CONSEIL GÉNÉRAL
D'INDRE & LOIRE



Avertissement du service Commande publique

Ce guide, rédigé par le SCP, a pour objectif de faciliter le recours à la négociation lorsqu'elle est juridiquement possible, techniquement souhaitable, et qu'elle est justifiée.

Cet outil se fonde sur la réglementation en vigueur, complétée par la doctrine administrative, et plus particulièrement le « guide des bonnes pratiques » établi par le MINEFE (dans sa version en vigueur, telle qu'introduite par la circulaire du 14 février 2012 ; ce document est accessible à partir d'un lien inséré dans le code des marchés publics mis à votre disposition dans l'intranet) et la jurisprudence.

Mais, au-delà de ce socle réglementaire incontournable en matière d'achat public, la négociation fait bien entendu appel à un savoir-faire qui ne s'acquiert que par une maîtrise technique, et par une longue pratique : aussi, ce guide s'est inspiré des supports et échanges intervenus dans le cadre de la formation à la négociation, assurée en intra entre décembre 2010 et mai 2011, et animée par M. LEMAINDRE, expert auprès de l'AACT (association des acheteurs des collectivités territoriales), formation à laquelle plus de 40 agents de notre collectivité ont participé.

Pour que ce document, voulu comme pragmatique et opérationnel, puisse évoluer dans le temps, une mise en ligne sur l'intranet a semblé être le mode de diffusion le plus adapté, ce qui permettra des mises à jour régulières ; chaque agent appelé à intervenir dans le processus de négociation pourra bien entendu apporter sa contribution à cet outil commun, en faisant partager son expérience.

Le SCP tient à remercier M. LEMAINDRE pour sa contribution amicale à la rédaction du présent guide.

SOMMAIRE

Avant-propos

Avertissement du service Commande publique

I : GÉNÉRALITÉS SUR LA NÉGOCIATION

1/ qu'entend-t-on par « négociation » ?

- la négociation interne
- la négociation externe

2/ Pourquoi négocier ?

- respecter des obligations réglementaires inhérentes au choix de la procédure
- respecter les principes de l'article 1^{er} du code des marchés publics
- créer les conditions les plus favorables au choix de l'offre dite « économiquement la plus avantageuse »
- dans les cas pour lesquels il n'y a pas pluralité d'offres, de « limiter la casse »

3/ dans quels cas doit-on et peut-on négocier ?

- les procédures adaptées (article 28)
- les procédures négociées (article 35)

4/ a-t-on intérêt à négocier pour toutes les procédures adaptées ?

- une négociation qui peut s'avérer économiquement peu justifiée
- une négociation à prévoir au cas par cas

5/ quelles sont les limites à la faculté de négocier ?

- une négociation impossible avant la remise des offres initiales
- une négociation qui doit respecter les principes généraux du CMP
- une obligation générale de transparence
- une négociation « traçable
- une négociation respectueuse de la capacité d'innovation des candidats

6/ sur quoi négocier ?

- la négociation dans le cadre d'un MAPA de faible montant
- la négociation dans les marchés négociés et les MAPA les plus conséquents
- le prix :
- la valeur technique
- le délai
- le service après-vente et l'assistance technique
- les performances en matière de protection de l'environnement
- les performances en matière d'insertion professionnelle des publics en difficulté

7/ avec qui négocier ?

- la négociation directe avec un candidat dans un cas
- la négociation avec plusieurs candidats en l'absence de publicité préalable
- la négociation avec plusieurs opérateurs ayant fait acte de candidature
- la négociation avec plusieurs candidats ayant déposé une offre
- le cas des offres initiales irrégulières ou inacceptables
- l'obligation de préciser les règles dès le lancement de la consultation

8/ qui peut négocier ?

- le « pouvoir adjudicateur » dans les procédures adaptées
- les procédures négociées
- le rôle des acheteurs de la collectivité
- la collégialité des négociations

9/ négocier comment ?

- l'examen des offres initiales des candidats
- un courrier aux candidats non retenus à ce stade
- l'envoi d'une invitation à négocier aux auteurs des offres les mieux classées
- la préparation de la négociation
- la conduite de la négociation « de visu »
- le délai imparti aux candidats
- l'analyse comparative des offres reçues, et choix de l'offre ou poursuite des négociations si besoin
- l'information immédiate des candidats dont l'offre n'a pas été retenue
- l'établissement d'un rapport synthétisant la procédure

10/ négocier jusqu'à quel point ?

- une négociation qui ne doit pas s'éterniser
- la portée des modifications aux offres
- les modifications au dossier de consultation
- l'intangibilité des critères

2/ LE DEROULEMENT DE LA NEGOCIATION

1/ Anticiper dès le montage du dossier de consultation

- ne pas sous-estimer le délai nécessaire à la négociation
- choisir soigneusement la période
- tenir compte des cycles pluri-annuels
- éviter de se placer en situation d'urgence
- éviter les clauses techniques trop fermées dès le dossier
- raisonner en termes de souhaits plus que d'obligations fermées
- permettre les variantes

2/ Préparer la négociation

- les marges de manœuvre
- les objectifs à atteindre
- le rôle de chacun des représentants de la collectivité

3/ Créer un cadre favorable à la négociation

- un lieu adapté
- la disposition des lieux

4/ les phases de la négociation.

- l'introduction
- la consultation
- la confrontation
- la conciliation
- la conclusion

5/ les suites de la réunion de négociation :

- la confirmation écrite
- le cas d'une négociation en plusieurs rounds
- la traçabilité de la négociation
- l'établissement d'un rapport final

6/ la gestion de la négociation

- la date du rendez-vous :
- les participants
- les styles d'acheteur et les différentes stratégies
- l'approche psychologique de la négociation
- la crédibilité de l'acheteur
- la « meilleure solution de repli »
- l'évaluation de la négociation

ANNEXES

Annexe 1 : une clause à insérer dans le règlement de la consultation

Annexe 2 : lettre-type d'invitation à négocier

Annexe 3 : exemple de grille d'analyse des offres avant négociation

Annexe 4 : exemple de grille de conduite de la négociation

Annexe 5 : compte-rendu de négociation

Annexe 6 : bilan de négociation

1/ GENERALITES SUR LA NEGOCIATION

En matière d'achat public, le développement de la négociation est assez récent : le code des marchés publics a longtemps enfermé les acheteurs dans une passivité envers l'offre, en privilégiant l'adjudication (où le marché allait toujours au moins-disant) puis l'appel d'offres (où l'attribution se fait à l'offre « économiquement la plus avantageuse », sans aucune latitude de négociation), les procédures négociées ne constituant, elles, que l'exception. Or, au cours des dernières années, la tendance s'est en partie inversée : en premier lieu, le code rappelle désormais les principes qui président aux commandes publiques (bonne utilisation des deniers, et efficacité de la commande), ce qui doit naturellement conduire à se donner les moyens d'une gestion plus efficace de l'achat ; en second lieu, les tensions qui pèsent sur les finances publiques ont conduit les pouvoirs publics à déréglementer en partie les modes de dévolution, au profit de procédures librement déterminées par le pouvoir adjudicateur. Cette tendance a conduit au développement de « procédures adaptées » qui, à la différence de l'appel d'offres, permettent une grande latitude de négociation.

Aujourd'hui, les acheteurs sont incités à devenir de véritables agents économiques, et à se départir de la réserve qui était auparavant de mise. On peut aujourd'hui estimer que, pour une collectivité telle que le Conseil Général, une stricte application des seuils réglementaires et des procédures qui en découlent conduirait à ce que plus des trois quarts des commandes passées (en part du montant total) soient précédés d'une négociation... Nous en sommes encore loin actuellement, même si les acheteurs s'efforcent, pour la plupart d'entre eux, à exploiter de façon croissante les marges que les textes permettent désormais.

Cette évolution rapide du contexte appelle de nombreuses interrogations de la part des acheteurs ; parmi les questions les plus fréquentes, on citera notamment :

- qu'entend-t-on par « négociation » ?
- dans quels cas doit-on et peut-on négocier ?
- pourquoi négocier ?
- doit-on toujours négocier en procédure adaptée ?
- quelles sont les limites à la faculté de négocier ?
- sur quoi négocier ?
- avec qui négocier ?
- qui peut négocier ?
- comment négocier ?
- négocier jusqu'à quel point ?

Avant de dérouler dans la seconde partie de ce guide les différentes phases de la négociation, il a semblé utile de tenter de répondre sommairement à ces questions.

1/ qu'entend-t-on par « négociation » ?

La négociation s'entend, au sens courant, comme le fait de *discuter les affaires communes entre des parties en vue d'un accord*, ou comme *un ensemble de discussions, de pourparlers entre des personnes, des partenaires, des représentants qualifiés, menés en vue d'aboutir à un accord sur les problèmes posés*.

La négociation suppose donc un échange et une phase de discussion en vue de parvenir à une issue acceptée par les deux parties. Cette discussion peut porter sur tous les points de divergence, et se nourrir des points d'accord ; elle peut être indirecte (par un échange de correspondances, de télécopies, de courriels...) ou directe (par téléphone, ou de visu).

On doit se garder de confondre la négociation avec le marchandage qui, lui, se résume généralement à un échange autour du prix ; le marchandage revêt même une connotation péjorative par un aspect de tractations laborieuses... Négocier, c'est davantage la recherche d'une réponse optimisée à un besoin, qu'une simple discussion autour du seul prix !

En matière de commande publique, on distingue deux sortes de négociation :

- **la négociation interne** : elle se déroule avec l'utilisateur, les partenaires, d'autres services... On pourra ainsi citer les relations entre un service utilisateur et un service support au stade de la définition du besoin : avant toute consultation, l'acheteur doit s'interroger précisément sur la notion de besoin, qui se distingue de la demande ; là où la *demande* peut, dans certains cas, relever du souhaité, le *besoin*, pour être réel, doit répondre à une nécessité. La responsabilité de l'acheteur est donc d'aider le destinataire final à qualifier au mieux son besoin, voire à s'interroger sur la nécessité même de l'opération projetée. Parmi les négociations internes, on citera également les échanges préalables à l'attribution de l'enveloppe financière, avec les services en charge des procédures, avec la hiérarchie ou les élus pour arrêter les modalités ou les échéances, etc ; pour un service achat, l'analyse du besoin se doit d'établir la synthèse des négociations internes, qui sont souvent les plus porteuses de gains pour la collectivité ;
- **la négociation externe** : mieux appréhendée en règle générale par les acheteurs que la précédente, elle se déroule avec le ou les « opérateurs économiques » (entrepreneurs, fournisseurs, prestataires de services) susceptibles d'être retenus. Elle peut intervenir soit avant la passation de la commande pour optimiser le résultat d'une consultation, soit après, pour définir les conditions de réalisation de prestations complémentaires (avenants et marchés complémentaires), ou pour mettre fin à des difficultés, voire à un blocage.

La négociation sera abordée ici essentiellement sur le plan externe, à travers les discussions avec les candidats et titulaires de marchés.

2/ Pourquoi négocier ?

La négociation trouve son fondement dans les principes d'efficacité de la commande et de bonne utilisation des deniers publics. A ce titre, le « guide des bonnes pratiques » rappelle que *« Chaque fois qu'il est autorisé par le code, le recours au dialogue et à la négociation peut être utilement envisagé. Il doit permettre, en effet, d'obtenir un meilleur achat, dans le respect des règles de transparence. Il doit permettre, en effet, d'obtenir un meilleur achat dans le respect des règles de transparence. (...) 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 doit permettre à l'acheteur de 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 de ses besoins et des capacités économiques et techniques des entreprises. »*

Ainsi, en recourant à la négociation en matière d'achat public il s'agit donc à la fois :

- **de respecter des obligations réglementaires inhérentes au choix de la procédure** : lorsque l'acheteur opte pour une procédure négociée (avec ou sans mise en concurrence), il ne peut faire l'économie de négocier les conditions du marché, sauf à commettre un détournement de procédure qui entacherait la régularité juridique du marché. On rappellera ainsi, à toutes fins utiles, les termes mêmes de l'article 34 du code des marchés publics : *« Une procédure négociée est une procédure dans laquelle le pouvoir adjudicateur négocie les conditions du marché avec un ou plusieurs opérateurs économiques »*. Il ne s'agit donc pas d'une faculté, mais bien d'une obligation ;

- **de respecter les principes de l'article 1^{er} du code des marchés publics**, selon lequel « *Les marchés publics et les accords-cadres soumis au présent code respectent les principes de liberté d'accès à la commande publique, d'égalité de traitement des candidats et de transparence des procédures. Ces principes permettent d'assurer l'efficacité de la commande publique et la bonne utilisation des deniers publics. Ces obligations sont mises en œuvre conformément aux règles fixées par le présent code.* » La stricte application de cet article doit conduire l'acheteur à rechercher l'achat le plus efficace et une utilisation optimale des deniers, et, de fait, à utiliser les leviers mis à sa disposition pour y parvenir, parmi lesquels la négociation a une place toute particulière ;
- **de créer les conditions les plus favorables au choix de l'offre dite « économiquement la plus avantageuse »**, laquelle est ainsi définie par le guide des bonnes pratiques : « *L'offre économiquement la plus avantageuse n'est donc pas assimilable au prix le plus bas, ce qui bien entendu ne doit pas conduire l'acheteur à minorer l'importance du critère prix dans l'analyse des offres. L'acheteur doit également être en mesure d'apprécier la performance globale du marché et porter une attention particulière à la qualité des prestations fournies, ainsi qu'au respect, tant par les fournisseurs que par les utilisateurs, des modalités d'exécution du marché.* » En négociant, l'acheteur pourra tendre à se rapprocher le plus possible de cet objectif ;
- **enfin, dans les cas pour lesquels il n'y a pas pluralité d'offres, de « limiter la casse »** : même lorsque le candidat est en situation de monopole de droit ou de fait, tant en amont de l'attribution du marché que lorsqu'il s'agit de couvrir des besoins imprévus (avenants, bordereaux de prix supplémentaires), la négociation doit permettre à l'acheteur de préserver au mieux possible les intérêts de la collectivité. Il en va de même dans le cas des situations d'oligopole (cas dans lequel il n'y a que quelques vendeurs face à une multitude d'acheteurs), pour des secteurs d'activité à forte concentration.

Dès lors qu'il est amené à dépenser des fonds publics, l'acheteur doit garder ces différents objectifs en mémoire à chaque phase de la procédure.

3/ dans quels cas doit-on et peut-on négocier ?

Le code des marchés publics prévoit expressément la négociation dans deux cas :

- **les procédures adaptées (article 28)** : « *Lorsque leur valeur estimée est inférieure aux seuils mentionnés au II de l'article 26, les marchés (...) peuvent être passés selon une procédure adaptée, dont les modalités sont librement fixées par le pouvoir adjudicateur en fonction de la nature et des caractéristiques du besoin à satisfaire, du nombre ou de la localisation des opérateurs économiques susceptibles d'y répondre ainsi que des circonstances de l'achat. Le pouvoir adjudicateur peut négocier avec les candidats ayant présenté une offre. Cette négociation peut porter sur tous les éléments de l'offre, notamment sur le prix.(...)* » ; pour ces procédures, le guide des bonnes pratiques précise que « *Le recours à la négociation doit être expressément indiqué, dès le lancement de la procédure de consultation, dans l'avis de publicité ou dans les documents de la consultation, afin de permettre aux candidats d'en tenir compte lors de l'élaboration de leur offre. [Le pouvoir adjudicateur] ne peut pas se réserver le droit de recourir à la négociation, empêchant alors toute anticipation et toute prise en considération de la procédure qui sera, in fine, mise en œuvre pour déterminer l'offre économiquement la plus avantageuse. Dès lors qu'il a expressément prévu le recours à la négociation, l'acheteur public est obligé de négocier. (...) La négociation doit être menée avec tous les candidats ayant remis une offre, sauf si le règlement de la consultation ou les documents en tenant lieu précisent que la négociation ne sera menée qu'avec un nombre limité de candidats. Dans ce cas, l'acheteur doit indiquer les critères*

sur le fondement desquels il sélectionnera les entreprises admises à négocier, en indiquant leur nombre. L'acheteur peut choisir de négocier même avec les candidats ayant déposé des offres irrégulières, inacceptables ou inappropriées ».

- **les procédures négociées (article 35) :** « Une procédure négociée est une procédure dans laquelle le pouvoir adjudicateur négocie les conditions du marché avec un ou plusieurs opérateurs économiques. » Le marché pourra alors, selon les cas, être passé après publicité et mise en concurrence préalable, soit sans mise en concurrence, soit après une mise en concurrence mais sans publicité.

TABLEAU DES PROCEDURES PREVUES AU CMP			
Type de besoin	Plafond (HT)	Procédure possible	Commentaires
Fournitures et services	< 200 000	Procédure adaptée	possible
Fournitures et services	> 200 000	Appel d'offres	interdite
Travaux	200 000 à 5 000 000	Choix entre 1° Appel d'offres; 2° Procédure adaptée	interdite possible
Travaux	> 5 000 000	Appel d'offres	interdite
Services qui ne sont pas mentionnées à l'art. 29 du CMP	illimité	Procédure adaptée (art. 30 du C.M.P.)	possible
Recours à une centrale d'achat	illimité	Aucun formalisme (art. 31 du C.M.P.)	possible
Marché et accord-cadre suite à un appel d'offres ou dialogue compétitif infructueux (1), lorsqu'il n'a été proposé que des offres irrégulières (2) ou inacceptables (3)	Illimité	Marché négocié après publicité préalable et mise en concurrence (art. 35-I du C.M.P.)	obligatoire
Services lorsque la prestation est d'une nature telle que les spécifications ne peuvent être établies préalablement avec une précision suffisante pour permettre le recours à l'appel d'offres	illimité	Marché négocié après publicité préalable et mise en concurrence (art. 35-I du C.M.P.)	possible
Urgence impérieuse (4) résultant de circonstances imprévisibles (notamment une catastrophe technolo. ou naturelle)	illimité	Marché négocié sans publicité ni concurrence (art. 35-II du C.M.P.)	souhaitable
Marché et accord-cadre suite à un appel d'offres ou dialogue compétitif infructueux, lorsqu'aucune candidature ou offre n'a été déposée ou seulement des offres inappropriées (5)	Illimité	Marchés négociés sans publicité préalable ni mise en concurrence (article 35-II du C.M.P.)	obligatoire
Marché complémentaire de fournitures exécuté par le fournisseur initial et destiné soit au renouvellement partiel de fournitures ou d'installations d'usage courant, soit à l'extension d'installations existantes	200 000 ou illimité, selon la procédure		obligatoire
Marché complémentaire de services ou travaux pour des prestations ne figurant pas dans le marché initial mais devenues nécessaires, suite à une circonstance imprévue, à l'exécution du service ou à la réalisation de l'ouvrage tel que décrit dans le marché initial	illimité		obligatoire
Marché de services ou de travaux ayant pour objet des prestations similaires à celles confiées au titulaire d'un marché précédent passé après mise en concurrence	illimité		obligatoire
Marchés et accords-cadres de services qui sont attribués à un ou plusieurs lauréats d'un concours	illimité		obligatoire
Marchés et les accords-cadres qui ne peuvent être confiés qu'à un opérateur économique déterminé pour des raisons techniques, artistiques ou tenant à la protection de droits d'exclusivité	illimité		obligatoire
Achat de fournitures auprès d'un fournisseur en cessation définitive d'activité, ou d'une faillite	illimité		obligatoire
Dialogue en vue de définir ou développer une ou plusieurs solutions sur la base de laquelle ou desquelles les participants seront invités à remettre une offre	illimité	Dialogue compétitif (article 36 du C.M.P.)	interdite
Modifications au marché conclu demandées au titulaire en cours d'exécution	illimité	Avenant	obligatoire

(1) Lorsqu'il est recouru à une procédure négociée après un appel d'offres infructueux, les conditions initiales du marché ne doivent pas être substantiellement modifiées, faute de quoi la procédure serait irrégulière pour méconnaissance des obligations de mise en concurrence. Peuvent être considérées comme substantielles les modifications affectant le fractionnement en tranches, les clauses de variation des prix, les délais d'exécution, les pénalités de retard, les garanties de bonne exécution et, d'une manière générale, toute modification des conditions de mise en concurrence initiale.

(2) Une offre irrégulière est une offre qui répond aux besoins du pouvoir adjudicateur, mais qui est incomplète ou qui ne respecte pas les exigences formulées dans les documents de la consultation ;

(3) Une offre inacceptable est une offre qui répond aux besoins du pouvoir adjudicateur, mais qui ne respecterait pas la législation ou la réglementation en vigueur. Il peut s'agir par exemple de règles relatives à la sous-traitance, à la fiscalité, à la protection de l'environnement, aux dispositions de protection et aux conditions de travail, ou au déroulement de la procédure de passation. Dès lors, une offre qui ne répondrait pas à ces exigences doit être écartée comme inacceptable. Une offre peut être aussi inacceptable, parce que les crédits alloués au marché après évaluation du besoin à satisfaire ne permettent pas de la financer. On prendra garde que cette évaluation ait été réaliste

(4) Une urgence peut être qualifiée d'impérieuse, dès lors que l'acheteur public est confronté à des circonstances imprévisibles d'une particulière gravité, telles que, par exemple, celles menaçant la sécurité des personnes. L'urgence impérieuse s'interprète très strictement.

(5) Une offre inappropriée est une offre ne correspondant pas aux besoins du pouvoir adjudicateur indiqués dans les documents de la consultation. La présentation d'une telle offre est assimilable à l'absence d'offres. Dans un tel cas, le recours à une procédure négociée sans publicité ni mise en concurrence préalable suppose que l'acheteur public ait organisé la consultation initiale dans des conditions permettant d'en assurer la réussite.

En substance, la négociation est possible dans la quasi-totalité des procédures : seuls les appels d'offres et les dialogues compétitifs ne le permettent pas. Mais la négociation vaut aussi dans le cadre des avenants, voire, de façon marginale, lors de la mise au point des marchés ; dans ces deux derniers cas, elle n'aura pas pour but de conditionner le choix, mais seulement de préserver les intérêts du pouvoir adjudicateur autant que faire se peut.

On pourrait également ajouter à cette liste les bons de commande émis dans le cadre des marchés du même nom : dans ce cas, la négociation ne concernera pas les éléments contractuels (spécifications, conditions d'exécution, prix unitaires), qui sont définis dans le marché, mais elle pourra alors porter sur la durée de réalisation, ainsi que, dans certains cas, les quantités (par exemple pour des travaux d'entretien) : en effet, il convient de s'assurer que les quantités mises en œuvre ne sont pas surestimées, et de discuter les métrés pour ne régler que le juste prix.

4/ a-t-on intérêt à négocier pour toutes les procédures adaptées ?

Pour les marchés négociés, ainsi que rappelé plus haut, la question ne se pose pas, la négociation étant obligatoire, car inhérente même au choix de la procédure ; il en va de même, sans que le CMP l'exige formellement, pour les avenants, ainsi que pour les procédures adaptées portant sur des marchés relativement conséquents.

- **une négociation qui peut s'avérer économiquement peu justifiée** : en effet, la négociation est exigeante en temps et génère des coûts indirects plus ou moins sensibles ; le principe de bonne utilisation des deniers impose donc d'y recourir de façon

raisonnée. Ainsi, négocier sur des achats de faible importance (ou sur des lots mineurs d'une consultation) n'apparaît pas toujours justifié au regard des enjeux. A titre d'exemple, pour une commande de 4000 € HT avec 3 offres à négocier, le temps nécessaire à la préparation en amont, à la négociation directe et à la phase aval (confirmation, analyse des offres revues, et mise en forme) représente près de deux journées ; pour que cet investissement en temps soit justifié, le gain escompté au terme de la négociation devrait alors représenter au moins l'équivalent de 10 %...

- **une négociation à prévoir au cas par cas** : les procédures dites adaptées recouvrent une pluralité de situations, allant d'une absence quasi-totale de formalisme pour des commandes à faibles enjeux, jusqu'à des marchés de travaux de plusieurs millions d'euros (le seuil de déclenchement obligatoire des appels d'offres étant, rappelons-le, de 5 000 000 € HT, les procédures adaptées étant de fait possibles jusqu'à ce plafond), qui nécessitent bien évidemment de définir précisément, en amont, les modalités de conclusion du marché, parmi lesquelles la négociation devra trouver à s'appliquer. L'acheteur devra donc s'interroger, en amont de la consultation, sur la pertinence de prévoir ou non le recours à la négociation, au regard des gains escomptés d'une part et de l'investissement en temps. On aura donc intérêt à ne prévoir la négociation que pour des opérations d'un montant relativement conséquent, et / ou pour celles sur lesquelles l'acheteur peut escompter une réelle amélioration (en termes de qualité, d'accompagnement, de conditions de réalisation...) à travers la négociation. Si ce gain semble incertain, il est préférable de prévoir au plus une négociation écrite qui sera opérée a minima.

Attention néanmoins : si le règlement de la consultation a prévu le recours à une négociation (directe ou indirecte), celle-ci devra être conduite, sauf à s'exposer à un contentieux. Inversement, si la négociation n'a pas été prévue et annoncée, on ne pourra pas y recourir.

5/ quelles sont les limites à la faculté de négocier ?

L'achat public obéit à un formalisme particulier, inhérent au statut des pouvoirs adjudicateurs (personnes morales de droit public) et à la nature des fonds (deniers publics) ; la faculté de négocier fait donc l'objet d'un encadrement relativement strict.

- **une négociation impossible avant la remise des offres initiales** : en amont de la consultation, il est possible d'entretenir des contacts avec les candidats, mais une grande prudence s'imposera toutefois afin de ne pas attenter à l'égalité de traitement entre les candidats. En phase de consultation, la réponse est plus tranchée : en effet, en cours de consultation, une réserve s'impose à l'acheteur, qui, à ce stade, devra éviter les contacts avec les entreprises potentiellement candidates, hors les échanges nécessaires à la délivrance des dossiers de consultation, à la bonne compréhension du dossier (on devra néanmoins inviter les candidats à poser leurs questions par écrit, la réponse étant écrite et diffusée si besoin à l'ensemble des candidats), et à la remise des offres. Il est bien entendu strictement interdit, à ce stade, de délivrer des informations privilégiées, et il est de même fortement déconseillé de recevoir les candidats ou d'entretenir toute forme d'échange qui pourrait être mal compris par les concurrents ;
- **une négociation qui doit respecter les principes généraux du CMP** : pour mémoire, ces principes sont ainsi rappelés à l'article 1^{er} du code des marchés publics : « *Les marchés publics et les accords-cadres soumis au présent code respectent les principes de liberté d'accès à la commande publique, d'égalité de traitement des candidats et de transparence des procédures. Ces principes permettent d'assurer l'efficacité de la commande publique et la bonne utilisation des deniers publics.* ». Ainsi, le guide des bonnes pratiques rappelle que « *La négociation ne permet pas de modifier les*

caractéristiques principales du marché tels, notamment, que son objet ou les critères de sélection des candidatures et des offres. ». On verra toutefois plus loin que le dossier de consultation peut faire l'objet d'adaptations limitées ;

- **une obligation générale de transparence** : le principe de transparence exige que les candidats soient dûment informés, dans le dossier de consultation, des intentions du pouvoir adjudicateur quant à la négociation. Ainsi, si la négociation est systématique en matière de procédures négociées, il est néanmoins judicieux de rappeler aux candidats que la finalisation du marché (procédures sans mise en concurrence) et le choix de l'offre (procédures avec mise en concurrence) seront précédés d'une phase de négociation. Pour les procédures adaptées, la négociation est souhaitable au regard des principes de bonne gestion des deniers publics, mais reste néanmoins facultative : aussi, le guide des bonnes pratiques rappelle que la négociation doit être annoncée dans les documents de la consultation, afin de permettre aux candidats d'en tenir compte lors de l'élaboration de leur offre.
- **une négociation « traçable »** : en effet, le principe de transparence exige d'assurer la traçabilité du processus de négociation, et le guide des bonnes pratiques rappelle à cet effet que l'égalité de traitement et la transparence de la procédure, qui doit être menée dans le respect du secret industriel et commercial entourant le savoir-faire des candidats, imposent à l'acheteur de *« veiller à la traçabilité des échanges effectués avec chacun des candidats ainsi qu'à les maintenir à un même niveau d'information. Il est, évidemment, toujours possible de négocier les éléments que le candidat fait figurer dans son offre. En revanche, le principe d'intangibilité du cahier des charges rend la modification de celui-ci beaucoup plus délicate. L'acheteur devra être en mesure de justifier, pour toute modification apportée au cahier des charges initial et à l'offre initiale du candidat retenu, de son intérêt, tant technique que financier, et du respect de l'égalité de traitement des candidats. Il est donc conseillé d'établir un document précis, qui permettra d'identifier clairement les points qui ont fait l'objet de modifications. Le respect du principe d'égalité doit conduire l'acheteur, en cas de modifications du cahier des charges, à inviter l'ensemble des candidats à remettre une nouvelle offre sur la base de ces modifications. Ces principes sont applicables à toutes les procédures négociées, même passées sans mise en concurrence. En tout état de cause, certaines stipulations du cahier des charges seront réputées intangibles. Il revient au pouvoir adjudicateur de les signaler aux candidats, avant l'ouverture de toute négociation ».*
- **une négociation respectueuse de la capacité d'innovation des candidats** : lorsque le dossier de consultation est assez ouvert pour le permettre, il est fréquent que des candidats apportent une réponse personnelle « astucieuse », au terme d'un réel travail d'analyse et en fonction de leur propre expertise de la solution technique idoine, là où certains de leurs concurrents se contenteront de répondre sur la seule base de l'attente minimale formulée. Cet apport de candidats pourra prendre la forme de variantes libres, ou de propositions formulées au cours de la réunion de négociation. Il est alors tentant pour l'acheteur de demander aux autres candidats de répondre sur les mêmes bases, afin d'optimiser les offres ; or une telle pratique est non seulement déloyale envers l'auteur de la solution innovante qui perd le bénéfice de son travail de recherche, mais peut même constituer une atteinte au secret industriel et commercial (le secret industriel portant sur la protection du savoir-faire, les process, et le secret commercial concernant pour sa part des informations sensibles en termes concurrentiels). Un bon compromis consistera, lorsque c'est possible, à inciter les autres candidats à réfléchir aux meilleurs moyens d'arriver au résultat escompté, les mettant ainsi sur la voie de solutions alternatives à celle définie au départ, mais sans leur donner d'indications précises sur les solutions proposées par leurs concurrents.

En substance, la « ligne blanche » à ne pas dépasser lors de la négociation tient dans le respect du champ concurrentiel : ce qui serait de nature à le modifier (par exemple en « fermant » l'accès au marché à des entreprises initialement candidates mais qui ne peuvent plus ensuite répondre de par l'évolution du besoin, ou en « l'ouvrant » en phase de négociation sur des points qui auraient mis le marché à la portée de candidats qui n'ont pu initialement répondre) ne doit pas être négociable, le reste l'étant !

Les précautions à prendre dans les relations avec les entreprises seront abordées de façon plus détaillée dans le document relatif à la déontologie de l'acheteur public, qui sera prochainement mis en ligne sur l'intranet du Conseil général (rubrique commande publique).

6/ sur quoi négocier ?

Le champ possible de la négociation a donné lieu à une question du député Daniel Fidelin, en date du 6 avril 2010 ; en réponse, le MINEFE a rappelé que « *la négociation peut porter, au choix du pouvoir adjudicateur, sur tous les éléments de l'offre ou sur certains de ces éléments, voire un seul* », concluant à une certaine marge de manœuvre.

De façon générale, peuvent être négociés tous les points du dossier permettant d'apprécier l'offre « économiquement la plus avantageuse » ; à ce titre, l'article 53 du CMP dispose que « *Pour attribuer le marché au candidat qui a présenté l'offre économiquement la plus avantageuse, le pouvoir adjudicateur se fonde : 1° Soit sur une pluralité de critères non discriminatoires et liés à l'objet du marché, notamment la qualité, le prix, la valeur technique, le caractère esthétique et fonctionnel, les performances en matière de protection de l'environnement, les performances en matière d'insertion professionnelle des publics en difficulté, le coût global d'utilisation, la rentabilité, le caractère innovant, le service après-vente et l'assistance technique, la date de livraison, le délai de livraison ou d'exécution. D'autres critères peuvent être pris en compte s'ils sont justifiés par l'objet du marché ; 2° Soit, compte tenu de l'objet du marché, sur un seul critère, qui est celui du prix.* »

La négociation s'aborde différemment selon la procédure retenue : ainsi, on distinguera :

- **la négociation dans le cadre d'un MAPA de faible montant** : l'article 6 du CMP dispose que « *Pour les marchés passés selon une procédure adaptée, les spécifications techniques peuvent être décrites de manière succincte.* » Cette possibilité doit à notre sens être réservée aux MAPA de montant réduit, les marchés de travaux les plus conséquents (étant rappelé que, pour les travaux, le plafond réglementaire des MAPA est de 5 000 000 € HT) devant donner lieu à un cahier des charges détaillé ; toutefois, pour les premiers, une description succincte des spécifications laisse le champ de la négociation très ouvert, tout ou presque pouvant alors être négocié ;
- **la négociation dans les marchés négociés et les MAPA les plus conséquents** : ici, l'importance des enjeux et le risque de contentieux qui en découle doivent conduire à l'établissement de dossiers de consultation détaillés sur le plan des spécifications techniques, tout en recherchant un équilibre entre l'intangible et le négociable ; on pourra ainsi adapter le marché en fonction des zones non bloquées.

Le guide des bonnes pratiques précise que la négociation « *laisse à l'acheteur public la possibilité de « négocier librement le contenu des prestations et l'adaptation du prix aux prestations finalement retenues, à la différence d'une procédure d'appel d'offres ouvert ou restreint, où le cahier des charges joint au dossier de consultation des entreprises est intangible. Même si le pouvoir adjudicateur ne peut modifier substantiellement les conditions du marché telles qu'elles ont été définies pour le lancement de la procédure, il dispose d'une*

certaine marge de manoeuvre. Il est ainsi possible de négocier sur : **le prix ou ses éléments** : peuvent, par exemple, être négociés le coût d'acquisition, le coût de stockage ou de transformation, le prix des accessoires, des options, des pièces de rechange, des garanties, de l'entretien, de l'assurance, du transport, etc. ; **la quantité** : peuvent être négociées la quantité nécessaire, la fréquence des commandes, la structure des remises accordées, etc. ; **la qualité** : peuvent être négociés la qualité, suffisante ou, au contraire, surestimée au regard des besoins, son incidence sur le prix, si le niveau de qualité demandé est modifié à la hausse ou à la baisse ; **le délai** : peuvent être négociées l'incidence sur le prix des exigences en terme de délai, la part du transport et des formalités diverses, etc. ; **les garanties de bonne exécution du marché** (pénalités, résiliation...), bien que ces éléments soient difficiles à négocier lorsque les négociations sont menées avec plusieurs candidats.»

Ainsi, en fonction des critères de jugement prévus au règlement de la consultation, la négociation peut porter sur tous les éléments retenus, parmi lesquels on trouvera notamment :

- **le prix** : ce critère est, sans grande surprise, placé au premier rang des éléments « négociables » dans le guide, ce qui correspond à une approche courante de la négociation. Il est toutefois permis de voir le prix plus comme une résultante (conséquence des autres facteurs) qu'une priorité absolue parmi les points à négocier, logique que le guide précité partage : « (...) L'attention des acheteurs est attirée sur le fait qu'une négociation ne doit, en aucun cas, se confondre avec un marchandage. Exiger de son cocontractant des rabais irréalistes sur les prix revient à exposer le marché au risque de défaillance de l'entreprise ou à celui de la passation ultérieure de coûteux avenants. La négociation requiert, de ce point de vue, une attention particulière. Une formation des acheteurs à cette technique est indispensable. » Cette réserve rappelée, le guide opère un rappel utile, en abordant le prix sous l'angle du coût global, qui intègre, au-delà du seul prix d'achat, les coûts de stockage (on aura ainsi intérêt à imposer des rythmes de livraison compatibles avec les capacités de stockage et calés au plus près des besoins, sans adopter une logique de flux tendus qui multiplierait les livraisons de façon injustifiée), ainsi que les coûts induits (consommations, maintenance, fournitures, pièces détachées « critiques » qui sont les plus consommées...), le cas échéant le coût en fin de vie... En substance, négocier le prix implique d'en maîtriser les paramètres, et de les aborder de façon globale pour toute la durée de vie de l'équipement ; de même, la structure du prix peut ne pas être linéaire, les efforts faits sur certains postes pouvant souvent être contrebalancés par des postes moins attractifs : il importe donc de bien connaître ses besoins réels, et de s'attacher à négocier sur les postes les plus significatifs au regard de ces besoins réels ;
- **la valeur technique** : ici, l'acheteur responsable doit bien entendu s'assurer du respect des attentes minimales, mais aussi éviter une sur-qualité porteuse généralement de surcoûts, immédiats ou induits. Sur le plan de la qualité, la négociation tendra à rapprocher les offres de la qualité réellement attendue : ainsi, demander à un candidat financièrement bien placé de revoir la qualité de son offre à la hausse pourra conduire à une augmentation justifiée et légitime de prix, là où une négociation sur le prix d'une offre établie sur un standard qualitatif supérieur au besoin réel pourra conduire à une baisse à la fois du prix et de la qualité proposée ;
- **le délai** : le délai, lorsqu'il n'est pas fixé de façon impérative dans le dossier de consultation, peut constituer un élément de négociation, à l'augmentation (ce qui constituera une facilité accordée aux candidats) comme à la baisse (ce qui pourra alors conduire à satisfaire au mieux l'utilisateur ou l'utilisateur). Ainsi, un délai maximum « souhaité » pourra permettre au candidat de consentir un effort financier en contrepartie d'un délai de réalisation « assoupli » qui lui permettra de mieux gérer son plan de

charge ; inversement, un raccourcissement de délai pourra constituer une contrepartie à un prix un peu plus élevé, si ce raccourcissement de délai est, par exemple, de nature à réduire la gêne causée à l'utilisateur (cas par exemple de travaux réalisés sous coupure de circulation). Toutefois, lorsque la négociation porte sur le délai, il est souhaitable d'accompagner cette négociation d'un recalage des pénalités, afin de contraindre le candidat à tenir ensuite ses engagements au stade de l'exécution ; la marge est ici extrêmement étroite, car les risques de rupture de l'égalité de traitement sont réels, mais jouer ainsi sur les pénalités permettra de s'assurer que le « plus » apporté par une offre sur le plan des délais n'aura pas un caractère virtuel. Inversement, accepter d'allonger le délai de réalisation dans le cadre de la négociation peut s'accompagner d'un garde-fou, par des pénalités là-aussi renforcées ;

- **le service après-vente et l'assistance technique** : on peut, à ce titre, négocier par exemple les conditions de la formation des utilisateurs aux matériels et équipements (formation adaptée spécifiquement aux besoins de la collectivité, négociation du nombre de bénéficiaires par regroupement pour en réduire le coût ou par des heures supplémentaires sans surcoût, interventions complémentaires au titre du SAV et de la maintenance, mise à disposition d'un lot de consommable ou de pièces détachées courantes...), une extension de garantie sans facturation, les conditions d'intervention plus strictes au titre de la maintenance, etc ;
- **les performances en matière de protection de l'environnement** : lorsque ce critère a été prévu (en tant que critère ou sous-critère), la négociation peut notamment avoir pour but de revoir le niveau de performances à la hausse (moindre consommation, moindres émissions pour des véhicules, mise en œuvre de produits et / ou conditions d'exécution plus respectueux de l'environnement, contraintes renforcées dans la gestion des déchets de chantier, ...) ; ici, le champ du possible est relativement ouvert, et la capacité d'expertise et de proposition des candidats trouve un terrain privilégié ; il faudra néanmoins être en mesure de pouvoir contrôler le respect des engagements pris au niveau de l'exécution, ce qui exige d'une part des résultats vérifiables, et d'autre part une compétence en interne ;
- **les performances en matière d'insertion professionnelle des publics en difficulté** : en l'état actuel, le Conseil général a choisi de faire de l'insertion une clause d'exécution, et non un critère d'attribution. De ce fait, lorsque le dossier de consultation le prévoit, les candidats doivent s'engager à respecter un nombre d'heures minimum imposé, sans que l'augmentation de ce nombre d'heures ne leur confère une majoration de points. Aussi, les performances en matière de l'insertion ne doivent pas donner lieu en principe à négociation au stade du jugement des offres... mais il est néanmoins possible, une fois le marché attribué et dans le cadre de la mise au point dudit marché, de « négocier » avec le titulaire pour l'inciter à augmenter le nombre d'heures, ou à privilégier une des modalités prévues ; la négociation pourra également, au même stade, viser à prévoir le recours à l'insertion pour un marché qui ne le prévoyait pas, en accord avec le titulaire ; toutefois, dans les deux cas, la négociation sera déconnectée du jugement des offres, qu'elle ne conditionnera pas car intervenant en aval du choix.

En substance, tout élément retenu pour l'attribution du marché peut donner lieu à négociation, pour autant bien entendu que la rédaction du dossier de consultation ait ménagé des possibilités en ce sens.

7/ avec qui négocier ?

La négociation doit être opérée dans le respect du principe d'égalité de traitement entre les candidats. Le « guide des bonnes pratiques » apporte les précisions suivantes : « *Dans les procédures formalisées, les acheteurs publics ne peuvent librement choisir les opérateurs économiques appelés à négocier. Le code dispose qu'ils peuvent en limiter le nombre, à la condition de l'avoir annoncé préalablement dans l'avis d'appel public à la concurrence, s'il a été procédé à la publication d'un tel avis. Les critères de sélection des candidats et leurs conditions de mise en oeuvre doivent également être indiqués dans l'avis d'appel public à concurrence ou les documents en tenant lieu. Le nombre minimal de candidats ne peut être inférieur à trois. Dans la pratique, toutefois, si seulement un ou deux candidats se présentent, l'acheteur peut continuer la procédure. Les acheteurs publics doivent alors négocier avec tous les candidats admis à cette négociation. En procédure adaptée, les acheteurs publics peuvent également limiter la négociation à certains candidats seulement. Toutefois, cette restriction n'est possible que si l'acheteur a indiqué les critères sur la base desquels le choix des candidats admis à négocier sera opéré* ».

On distinguera donc selon les cas de figure :

- **la négociation directe avec un candidat dans un cas monopolistique** : ici la question ne se posera pas, en l'absence de solution alternative ; dans la mesure du possible, l'acheteur devra néanmoins envisager une solution de repli dite communément « MESORE » : voir plus loin). Cette solution de repli peut être réelle ou même très illusoire (rappelons que le négociateur doit veiller à rester crédible et loyal dans ses relations avec les candidats, mais qu'il ne lui est nullement interdit de faire croire et de laisser entendre... !) ; le négociateur pourra abattre cette carte si la négociation donne lieu à une situation de blocage ; bien que les candidats ne soient pas nécessairement dupes, cette pratique peut parfois contribuer à améliorer les termes de l'échange ;
- **la négociation avec plusieurs candidats en l'absence de publicité préalable** (marchés non soumis à publicité préalable du fait de leur montant, ou de circonstances particulières) : ici, faute de publicité préalable de nature à susciter une pluralité de candidatures, l'acheteur devra être en mesure de justifier de la sélection des opérateurs avec lesquels il décide d'engager les négociations ; cette sélection pourra être opérée d'après un annuaire professionnel par exemple ;
- **la négociation avec plusieurs opérateurs ayant fait acte de candidature** (procédures restreintes) : la sélection devra être opérée au vu des capacités professionnelles, techniques et financières. Le nombre minimum de candidats exigé est, en règle générale, de 3, sous réserve naturellement d'un nombre suffisant de candidats ;
- **la négociation avec plusieurs candidats ayant déposé une offre** : au regard des principes rappelés plus haut, la négociation doit alors être conduite avec les candidats ayant présenté les offres initiales apparaissant comme économiquement les plus avantageuses. Aussi, les offres initiales doivent toutes être analysées, vérifiées (c'est à ce stade que l'on doit s'assurer que les offres sont conformes et, si nécessaire, demander aux candidats toute précision ou complément d'information qui s'impose), et classées ; la négociation sera ensuite conduite avec les candidats les mieux classés, en fonction du nombre qui a éventuellement été fixé et annoncé dans le règlement de la consultation, et sur la base des critères de sélection également annoncés. La négociation ne doit en principe être conduite qu'avec les candidats qui ont produit des offres conformes au dossier de consultation, fut-ce a minima, même hors enveloppe financière : la négociation visera alors à améliorer ces offres, même si elles ne sont initialement que « passables » (offres correspondant à un standard qualitatif bas), ou si elles apportent

une sur-qualité par rapport au besoin réel (sur-qualité qui génère le plus souvent un surcoût immédiat ou différé), ou si elles sont financièrement trop onéreuses. La négociation ne doit pas, au contraire, viser à accorder une seconde chance à des candidats ayant produit une offre inappropriée (offre qui apporte une réponse sans rapport avec le besoin). En substance, le principe d'égalité de traitement veut que l'on ne négocie qu'avec les candidats qui étaient initialement déjà les meilleurs ;

- **le cas des offres initiales irrégulières ou inacceptables** : le principe d'égalité de traitement entre les candidats devrait, à notre sens, conduire à n'admettre à la négociation que des candidats ayant produit des offres initiales conformes, et à écarter une offre irrégulière (offre qui, tout en apportant une réponse au besoin du pouvoir adjudicateur, est incomplète ou ne respecte pas les exigences formulées dans l'avis ou le dossier de consultation), ou inacceptable (offre reposant sur des conditions d'exécution méconnaissant la législation en vigueur). Telle n'est pourtant pas la position du MINEFE qui, en réponse à une question du député Daniel Fidelin du 2 février 2010, a précisé que « *dans le cadre d'une négociation en procédure adaptée [ce qui nous amène à penser que cette latitude ne saurait être envisagée pour une procédure négociée], le pouvoir adjudicateur peut demander à un candidat ayant remis une offre irrégulière de régulariser cette dernière, même postérieurement à la date limite de remise des offres* ». Toutefois, cette même réponse fixait une condition, en prévoyant que la demande de régularisation devait être adressée à tous les candidats ayant remis une offre irrégulière : il peut donc y avoir « seconde chance », mais pour tous les candidats ;
- **l'obligation de préciser les règles dès le lancement de la consultation** : dans une réponse à une question du député Bernard Piras du 5 février 2009, le MINEFE a rappelé que « *Le principe de transparence des procédures, fixé à l'article 1er du code des marchés publics, s'impose à l'ensemble des marchés publics, y compris aux marchés passés selon une procédure adaptée. Le II de l'article 52 du code des marchés publics fixe les obligations qui s'imposent en matière d'information des opérateurs économiques pour le cas particulier où le pouvoir adjudicateur déciderait de limiter le nombre de candidats appelés à présenter une offre. (...) Pour les marchés à procédure adaptée ces critères seront indiqués dans la publicité ou, en cas d'absence d'envoi d'un avis de publicité, dans le document tenant lieu de règlement de la consultation* ». Le MINEFE a ainsi fait une analogie avec un jugement du CE du 23 janvier 2009, relatif aux critères d'attribution du marché : le Conseil d'État a jugé, s'agissant d'un marché passé en procédure adaptée, que « *pour assurer le respect des principes de liberté d'accès à la commande publique, d'égalité de traitement des candidats et de transparence des procédures, l'information appropriée des candidats sur les critères d'attribution d'un marché public est nécessaire, dès l'engagement de la procédure d'attribution du marché, dans l'avis d'appel public à concurrence ou le cahier des charges tenu à la disposition des candidats* » (CE, Section, 23 janvier 2009, n° 290239, Agence nationale pour l'emploi).

De façon schématique, l'acheteur doit donc avoir les principes énoncés dans l'article 1^{er} du CMP à l'esprit lorsqu'il doit procéder à la sélection des candidats avec lesquels il entend engager les négociations, et s'assurer qu'il sera en mesure de justifier de ce choix.

8/ qui peut négocier ?

De façon générale, la négociation est du ressort du « pouvoir adjudicateur », qu'il s'agisse de procédures négociées ou adaptées, ou encore d'avenants aux marchés.

- **les procédures adaptées** : en matière de procédures adaptées, pour lesquelles la Commission d'appel d'offres n'est jamais appelée à intervenir (hormis pour les marchés

passés en application de l'article 30 du code des marchés publics d'un montant supérieur à 193 000 € HT), la négociation sera en pratique conduite jusqu'à son terme par le représentant du pouvoir adjudicateur ;

- **les procédures négociées** : s'agissant des procédures négociées, il incombe là aussi au représentant du pouvoir adjudicateur de conduire la négociation ; toutefois, même si elle n'est associée ni à la sélection des candidats admis à négocier, ni à la phase de négociation avec ceux-ci, c'est la Commission d'appel d'offres qui attribue le marché. Enfin, s'agissant des marchés passés avec le lauréat d'un concours, et bien qu'elle ne soit pas davantage associée à la sélection des concurrents, au jugement des prestations remises, au choix du lauréat et à la négociation avec celui-ci (rôle confié au pouvoir adjudicateur, le jury n'émettant qu'un avis) ,c'est l'Assemblée délibérante de la collectivité qui attribue le marché
- **le rôle des acheteurs de la collectivité** : indépendamment des dispositions prévues par le code des marchés publics et / ou par le code général de collectivités territoriales, il est évident que la négociation ne sera en règle générale pas conduite par l'exécutif, mais incombera aux services de la collectivité, dans le cadre des délégations de signature accordées aux directeurs et chefs de service : l'exécutif (pour les procédures adaptées et les avenants non soumis à la commission d'appel d'offres), la Commission d'appel d'offres (pour les marchés négociés et les avenants de sa compétence) ou l'Assemblée (pour les concours) n'interviendront qu'au terme des négociations, pour attribuer (ou non) le marché ou autoriser l'avenant. L'acheteur doit garder à l'esprit, lors de la négociation, l'intervention éventuelle d'une instance de décision, et rester mesuré dans les relations avec les candidats avec lesquels il négocie en rappelant clairement que, quel que soit le poids de ses préconisations, il ne sera pas le décideur final ;
- **la collégialité des négociations** : par ailleurs, pour éviter que la négociation ne repose que sur une seule personne, il importe d'assurer la collégialité du processus, en fonction de l'importance, de la complexité ou de la sensibilité du marché : ainsi, si des marchés de faible montant pourront sans difficulté être passés sans formalisme excessif, des modalités particulières devront être prévues en fonction des enjeux qui entourent des marchés plus importants. Dans l'absolu, il conviendra donc de prévoir une négociation collégiale pour la conclusion des marchés et avenants les plus importants, avec la participation, par exemple, du technicien compétent, d'un agent chargé de garantir la régularité et la traçabilité des échanges avec les candidats, et, enfin, du directeur ou du chef de service opérationnel, qui définira les conditions et limites de la négociation. Ces personnes signeront le procès-verbal retraçant la négociation.

Il est rappelé aux services que le Service commande publique peut leur apporter son assistance dans le cadre des négociations qu'ils seront amenés à conduire.

9/ négocier comment ?

La négociation est soumise à la fois aux obligations rappelées à l'article 1^{er} du code des marchés publics, et aux objectifs d'efficacité et de bonne utilisation des deniers rappelés aux mêmes articles : elle doit donc respecter l'équilibre entre l'efficacité et la transparence.

Rien n'interdit à l'acheteur de procéder à une négociation directe, en vis-à-vis : on pourra ainsi conseiller schématiquement le découpage suivant :

- **l'examen des offres initiales des candidats** : pour pouvoir être prises en compte, les offres doivent être établies au vu des mêmes informations, déposées par écrit avant une date donnée et identique pour tous les candidats, en respectant le principe de

confidentialité de leur contenu, et qui sont jugées sur la base des seuls critères annoncés dans l'avis, le règlement ou la lettre de consultation. A l'expiration de délai de présentation imparti, les offres sont ouvertes, analysées, et classées ; il est possible d'interroger les candidats pour leur demandes de préciser ou de compléter la teneur de leur offre, sans qu'il ne s'agisse d'une négociation (simple demande de compléments d'information) ;

- **un courrier aux candidats non retenus à ce stade** : si des candidatures ou des offres sont éliminées dès ce stade, le pouvoir adjudicateur doit en informer les candidats concernés, sans délai ;
- **l'envoi d'une invitation à négocier aux auteurs des offres les mieux classées** : le pouvoir adjudicateur peut décider a priori de fixer un nombre minimum et / ou un nombre maximum de candidats qui seront admis à participer à la négociation (sous réserve bien entendu d'un nombre de candidats suffisant). Mais, dans ce cas, et conformément aux dispositions communautaires, on devra alors prévoir de retenir au moins 3 candidats ; la fixation a priori d'un nombre aussi réduit doit de plus provoquer un effet coupe-rete, en incitant les candidats à présenter d'entrée une offre performante plutôt que de miser sur la négociation pour parvenir à un tel résultat ;
- **la préparation de la négociation** : comme présenté dans les développements suivants, la négociation ne doit pas s'improviser mais au contraire faire l'objet d'une préparation soignée, faisant notamment le point des éléments à améliorer et des objectifs à atteindre ;
- **la conduite de la négociation « de visu »** : de façon collégiale, la négociation directe (ou « de visu ») s'opère à partir de la stratégie élaborée au cours de la phase de préparation, dans des conditions de stricte égalité (de durée, de date, de lieu, d'interlocuteurs) ; on doit veiller à rédiger un procès-verbal retraçant les échanges ;
- **le délai imparti aux candidats** : un délai identique doit être laissé aux candidats admis à négocier pour apporter les compléments, précisions ou modifications nécessaires à leur offre, avec une date butoir non moins identique ;
- **l'analyse comparative des offres reçues, et choix de l'offre ou poursuite des négociations si besoin** : à réception des offres, on adopte la même démarche que celle suivie pour les offres initiales ; si une offre est satisfaisante, on peut mettre fin à la négociation ; dans le cas inverse, il peut être décidé de poursuivre les négociations ;
- **l'information immédiate des candidats dont l'offre n'a pas été retenue** ; dans l'absolu, il est fortement conseillé de respecter un « délai de suspension » (jusqu'à 16 jours minimum pour les marchés les plus conséquents) avant la signature du marché ;
- **l'établissement d'un rapport synthétisant la procédure** : sans que ce rapport ne soit formellement exigé par la réglementation (hormis pour les marchés négociés, à travers le rapport présenté à la Commission d'appel d'offres, et pour les marchés transmis au contrôle de légalité), une telle précaution permet de retracer l'ensemble de la procédure.

Il est ainsi possible à la fois de garantir la traçabilité et la transparence de la procédure (par l'établissement de pièces écrites, et une confirmation également écrite des offres), et de permettre une phase de dialogue direct avec les candidats, plus efficace et interactive qu'un simple échange écrit.

Inversement, et comme rappelé plus haut, sur des opérations à enjeux limités, la négociation directe peut s'avérer lourde et « chronophage » pour un gain attendu par trop limité : ainsi,

prévoir une négociation directe pour des opérations à quelques milliers d'euros, peut s'avérer contre-productif. On pourra alors, dans un souci de transparence envers les candidats, préciser clairement lors de la consultation que la négociation sera indirecte, opérée par écrit (courrier, courriel, télécopie, voire téléphone pour des achats), ou même qu'il n'y aura pas de négociation (hors procédures négociées, qui l'exigent).

De même, à titre dérogatoire, on peut envisager que la réunion de négociation soit menée à distance pour des candidats géographiquement éloignés, ou du fait de circonstances particulières (intempéries, urgence, situation spécifique du candidat ne lui permettant pas de se déplacer). Dans ce cas, il est néanmoins souhaitable de l'avoir prévu dans le règlement de consultation ; on devra également veiller à ce que cette dérogation ne soit pas pour autant synonyme d'avantage injustifié pour le candidat vis-à-vis de ses concurrents, en imposant pour cette télé-réunion les mêmes contraintes que pour les réunions de visu.

10/ négocier jusqu'à quel point ?

Il est parfois délicat de savoir où l'on doit s'arrêter en matière de négociation, tant sur le phasage de celle-ci que sur l'étendue des modifications acceptables. On se bornera à rappeler ici quelques précisions de bon sens :

- **une négociation qui ne doit pas s'éterniser** : pour négocier efficace, il est judicieux de ne pas multiplier les « rounds », ce qui pourrait s'avérer non seulement par trop exigeant pour les deux parties, mais aussi démobilisant pour les candidats sur le long terme. Dans l'idéal, une seule réunion de négociation, suivie de la formalisation des engagements réciproques, devrait être suffisante ; toutefois, si cette négociation n'est pas encore satisfaisante à ce stade (opérations complexes ou à enjeux forts, difficultés à trouver un accord entre les parties), on peut envisager un second temps si besoin, qui pourra suivre un formalisme allégé (négociation indirecte, ou téléphonique) ;
- **la portée des modifications aux offres** : en réponse à une question d'un parlementaire (Daniel Fidelin, question du 2 mai 2010), le MINEFE a précisé que, si « *la négociation peut porter sur tout objet utile à l'acheteur public pour choisir l'offre économiquement la plus avantageuse* », elle « *ne doit pas avoir pour objet de modifier l'objet ou les conditions initiales d'exécution du marché qui ont fait l'objet de la mise en concurrence* ». A ces conditions, « *le candidat peut modifier substantiellement son offre de telle sorte que son économie s'en trouve bouleversée* ». en d'autres termes, le candidat peut totalement modifier son offre au cours de la négociation ;
- **les modifications au dossier de consultation** : le MINEFE a en outre précisé, dans une réponse à une autre question du même député (question du 6 avril 2010), que le pouvoir adjudicateur pouvait, dans le cours de la négociation, modifier les documents de consultation, à la double condition qu'il puisse justifier de l'intérêt de cette modification, et qu'il invite l'ensemble des soumissionnaires à remettre une nouvelle offre sur la base de ces modifications. On pourra toutefois relativiser cette possibilité : on doit entendre par « soumissionnaires » non seulement ceux qui ont été admis à participer à la négociation, mais, plus largement, tous ceux qui avaient déposé une offre (à cette occasion, il s'agit donc de « remettre les compteurs à zéro ») ; en second lieu, on devra veiller à ce que les modifications apportées ne soient pas substantielles, faute de quoi elles devraient, en principe, déboucher sur une nouvelle consultation, lancée sur la base d'un dossier de consultation adapté en conséquence ; enfin, comme le MINEFE l'a rappelé, le pouvoir adjudicateur devra être en mesure de justifier des motifs ayant conduit à ces adaptations (voir point 5 du présent document) ;

- **l'intangibilité des critères** : par un arrêt du 27/04/2011 (Président du Sénat), le Conseil d'Etat a jugé que « *les dispositions du deuxième alinéa de l'article 28 du code des marchés publics, citées ci-dessus, qui permettent au pouvoir adjudicateur, au cours de la procédure adaptée, de négocier avec les candidats ayant présenté une offre sur tous les éléments de leur offre, notamment sur le prix, n'ont ni pour objet ni pour effet de l'autoriser à abandonner, en cours de procédure, le critère du prix défini, à parité avec un autre critère, comme principal critère de jugement des offres par le règlement de consultation ; qu'il en résulte que le juge des référés du tribunal administratif de Paris n'a pas commis d'erreur de droit en jugeant que le pouvoir adjudicateur avait manqué à ses obligations de mise en concurrence en neutralisant, après dépôt des offres, le critère du prix et en demandant, en conséquence, à deux candidats de relever les prix proposés par leurs offres afin de les mettre en conformité à la législation* ». Bien que le critère du prix occupe une place à part dans le choix, il ressort de cet arrêt que, si le dossier de consultation peut subir des aménagements, les critères, eux, doivent être conservés.

La négociation doit donc, en conclusion, s'opérer dans le respect des principes généraux de la commande publique.

2/ LE DEROULEMENT DE LA NEGOCIATION

Une négociation efficace doit faire l'objet d'une approche rigoureuse, et ne laisse que peu de place à l'improvisation : elle doit en premier lieu être prévue dès le montage du dossier de consultation (tant en prévoyant expressément qu'elle interviendra, qu'en ménageant des postes sur lesquels elle pourra trouver à s'appliquer) ; en second lieu, elle doit être préparée dès l'analyse des offres initiales, de façon méthodique et rigoureuse, en se fixant des objectifs à atteindre et en élaborant la meilleure stratégie pour les atteindre ; en cours de négociation, l'entretien de négociation doit également être géré avec méthode, en respectant chaque étape.

La négociation doit donc être prévue, préparée, et gérée.

1/ Anticiper dès le montage du dossier de consultation

Lorsque l'acheteur se trouve en situation monopolistique avérée (ce qui correspond d'une part aux cas de marchés négociés sans mise en concurrence visés à l'article 35 du code des marchés publics, tels que ceux pour lesquels une telle mise en concurrence s'avère impossible pour des motifs techniques, artistiques ou tenant à la protection de droits d'exclusivité, et d'autre part aux avenants et marchés complémentaires qui doivent être confiés au titulaire initial), la question de prévoir des marges de négociation au dossier ne se pose pas : en effet, dans un tel cas de figure, la négociation peut être large, dès lors qu'il n'y a pas de risque de distorsion de la mise en concurrence, et qu'il n'y a pas obligation de rédiger un cahier des charges en amont. Ainsi, dans une telle situation, chaque terme du marché ou de l'avenant peut être négocié... ou plus exactement devrait être négocié !

Dans les cas qui ne relèvent pas d'une situation de monopole, la négociation tend à optimiser le résultat de la consultation, ou à « limiter la casse » lorsque le rapport de force est favorable à l'entreprise : elle suppose donc que la collectivité soit en mesure d'évoluer sur ses attentes, et donc que le dossier de consultation permette une telle évolution. Il est difficile de modéliser l'aménagement du dossier de consultation, dès lors que les marges et les variables d'ajustement découlent des impératifs de chaque opération d'une part, et de l'état de l'offre d'autre part.

Plusieurs précautions peuvent être prises en amont de la consultation pour favoriser la négociation à intervenir :

- **ne pas sous-estimer le délai nécessaire à la négociation** : le recours à une procédure permettant la négociation doit être fait en connaissance de cause. En effet, négocier suppose du temps : par simple comparaison avec l'appel d'offres, pour lequel, schématiquement, les offres se prennent « brut de décoffrage », la négociation exige plusieurs phases supplémentaires, avec, après jugement des offres initiales (et le cas échéant interrogations des candidats pour leur faire préciser ou compléter la teneur de leur offre, sans que cette phase ne constitue une négociation), une phase de négociation qui peut elle-même se décomposer en plusieurs « rounds », puis un nouveau classement, qui sera cette fois définitif. Sur une opération complexe, le laps de temps nécessaire peut être supérieur de plusieurs semaines à celui requis pour un appel d'offres. Aussi, même si une procédure adaptée présente l'avantage théorique de ne pas exiger d'intervention de la Commission d'appel d'offres (et donc de s'éviter des points obligés dont l'on ne peut toujours maîtriser le calendrier), recourir à une procédure de négociation ne doit en aucun cas être motivé par un gain de temps espéré ;

- **choisir soigneusement la période** : il est fréquent que les entreprises soient plus facilement portées à faire un effort commercial en début d'exercice (janvier à mars), pour assurer leurs carnets de commande ; une fois ce matelas d'activité assuré, elles pourront plus facilement s'attacher à restaurer une marge bénéficiaire au cours des mois suivants. Inversement, en période de raréfaction des commandes et de concurrence vive, elles pourront être portées en fin d'année à remplir les carnets de commande du début d'exercice, sans faire de la marge un objectif premier ; entre ces deux périodes, les risques de coûts majorés et d'infirmité augmentent sensiblement. L'acheteur doit donc avoir une connaissance fine du secteur, de ses modes de régulation, et de l'état de la conjoncture, afin d'une part d'opter pour le meilleur moment, et d'autre part de savoir relativiser le discours que les candidats pourront tenir lors des négociations sur l'état de leurs commandes (un commercial avouera difficilement une sous-activité, qui porterait l'acheteur à exiger un effort supplémentaire !) ;
- **tenir compte des cycles pluri-annuels** : pour les secteurs relativement dépendants des commandes publiques, les années pré-électorales voient fréquemment des pics d'activité, liés à une volonté d'engager des opérations en fin de mandat, avec un risque majeur d'incidences sur les niveaux de prix. Même si il est difficile de programmer les opérations en fonction de tels cycles, une anticipation est de bonne précaution ;
- **éviter de se placer en situation d'urgence** : lorsque des commandes sont à réaliser de façon impérative sur une période donnée, l'acheteur doit naturellement anticiper correctement ses échéances ; ainsi, lorsque des travaux ne peuvent être effectués que durant les vacances scolaires (établissements d'enseignement), avant une saison de chauffe, ou au printemps (plantations), l'anticipation permettra de modifier le rapport de forces avec les candidats en évitant de se placer en situation d'otage, et de se ménager une solution de repli si les résultats de la consultation s'avèrent peu favorables. L'acheteur pourra, de plus, conclure ses propres marchés avant que d'autres pouvoirs adjudicateurs, soumis aux mêmes contraintes saisonnières, n'aient déjà passé leurs marchés et épuisé la capacité de réponse des entreprises ;
- **éviter les clauses techniques trop fermées dès le dossier** : un dossier de consultation « fermé » est certes sécurisant, car il évite toute forme de malentendu et limite les risques de distorsion qualitative ou opérationnelle entre les offres. A l'inverse, il peut restreindre les marges de négociation, et conduit à l'extrême à restreindre la concurrence (cas par exemple lorsque le dossier est plus ou moins établi par référence à un produit, à une solution spécifique plutôt que standard, technique irrégulière mais néanmoins encore parfois constatée), et à ne plus offrir que le seul prix comme levier de négociation. On peut donc, dans certains cas, avoir intérêt à « banaliser » la définition du besoin pour élargir le spectre des offres potentielles, quitte à placer des garde-fous en termes de niveaux de performances à atteindre ou de capacité d'intégration à l'existant, et en jouant sur le critère de la valeur technique ; la sécurisation contractuelle pourra alors intervenir dans le cadre de la négociation, en intégrant aux pièces du marché des obligations définies de façon plus rigide ;
- **raisonner en termes de souhaits plus que d'obligations fermées** : la négociation s'anticipe en effet dès la rédaction du dossier, par une rédaction qui distingue clairement l'intangible (ce qui ne peut être négociable), de ce qui pourra donner lieu à des aménagements. Ainsi, à titre d'exemple, lorsque la date de réalisation n'est pas « bloquée », les délais de réalisation ou les conditions d'exécution peuvent constituer des variables d'ajustement au stade de la négociation. Hormis lorsque la réalisation doit impérativement être achevée pour une date donnée, il pourra par exemple être judicieux de ne préciser cette date qu'à titre indicatif (ex : « *le Conseil Général souhaite que la prestation soit achevée dans le délai suivant ...* »), le cas échéant en envisageant un délai un peu plus tendu que nécessaire, ce qui permettra ensuite de négocier un délai

supérieur avec les candidats contre un effort de leur part sur un autre point ; une même attitude peut être adoptée pour tous les points non « intangibles » du dossier. Là aussi, les ajustements négociés avec le candidat retenu seront ensuite retranscrits en dur dans les pièces du marché, pour donner une valeur contractuelle aux concessions réciproques ; de façon schématique, tous les points « ouverts » du dossier de consultation seront autant de points de négociation possibles, et ne seront figés qu'au terme de celle-ci (idée de « lest ») ;

- **permettre les variantes** : en permettant aux candidats de présenter des variantes et / ou des options, l'acheteur fait appel à la capacité d'innovation et d'expertise des candidats, et augmente d'autant le champ des réponses possibles. Il sera ensuite plus facile, lors de la phase de négociation, d'inviter les candidats à étudier des solutions alternatives par rapport à la solution de base, dans le respect bien entendu du secret industriel et commercial.

La phase amont de préparation du dossier est donc cruciale, car c'est elle qui définira le champ des points pouvant être négociés.

2/ Préparer la négociation

On estime fréquemment que, dans une négociation, 80 % du résultat final résident dans la préparation ; de plus, en dehors même du résultat final, l'acheteur sera d'autant plus à l'aise à titre personnel dans la phase de négociation qu'il aura, auparavant, correctement préparé celle-ci, et qu'il en maîtrisera les éléments.

Pour que la négociation soit efficace, il est nécessaire d'établir au préalable une véritable stratégie, voire même un scénario. Cette phase de préparation pourra notamment permettre de préciser, en interne :

- **les marges de manœuvre** : en confrontant les attentes formulées au dossier de consultation d'une part, les offres initiales d'autre part, et le « socle dur » de l'opération (ce qui ne peut être amendé), on pourra, par déduction, définir ce sur quoi la collectivité est prête à faire des concessions sans dénaturer l'opération ; ces marges de manœuvre permettront le cas échéant de pouvoir proposer des points de concessions face à l'entreprise ;
- **les objectifs à atteindre** : ici, on s'attachera à déterminer ce qui, dans l'offre des candidats admis à la négociation au regard du dossier de consultation, pourra être amendé pour parvenir à une offre conforme au besoin exprimé. Ces objectifs seront le plus souvent chiffrés (niveau de performance, durée et contenu de la garantie, délais, quantités, prix...), et constitueront l'objectif-cible que les acheteurs de la collectivité devront garder à l'esprit, tout au long de la négociation, pour faire progresser l'offre du candidat ; cet objectif permettra également, au terme de la négociation, de déterminer si il peut être donné suite à la négociation, ou de décider des suites si il n'a pu être atteint ;
- **les rôles de chacun des représentants de la collectivité** : sans tomber dans la caricature, la négociation tient dans une certaine mesure du jeu de rôles tant entre les deux parties qu'entre les représentants de la collectivité. Pour ce qui concerne la collectivité, il est judicieux de répartir clairement les rôles des négociateurs en amont en fonction de leurs compétences (techniques, administratives, décisionnelles), mais aussi de leur profil de négociateur : il sera ainsi possible le cas échéant de jouer sur plusieurs ressorts différents selon l'évolution de la situation, sans pour autant perdre en crédibilité dès lors que le rôle tenu par chacun est conforme à la réalité. Les commerciaux des candidats sont, pour leur part, souvent rompus à de telles situations, et au discours

comme à l'attitude à retenir dans la négociation ; il ne s'agit donc ici que de s'efforcer de rééquilibrer la relation. Pour y parvenir, les acheteurs appelés à participer à la négociation doivent avoir une bonne perception de leur propre profil, mais aussi de celui des autres acheteurs associés.

Cette préparation de la phase de négociation ne sera pas toujours identique : elle dépendra en grande partie de l'importance des enjeux, du « rapport de force » entre les deux parties, mais aussi d'éléments plus subjectifs tels que l'historique des relations entre la collectivité et le candidat, voire même entre les personnes qui participeront à la négociation.

3/ Créer un cadre favorable à la négociation

La négociation comporte une part importante de psychologie, et le cadre dans lequel elle va se dérouler influe sur le climat général de l'entretien, et, par incidence, sur le caractère fructueux des échanges.

- **un lieu adapté** : en règle générale, l'entretien se déroule dans les locaux de la collectivité, dans une pièce qui doit être calme, et qui permette de garantir la confidentialité des échanges ; en dehors des participants nommément désignés, aucune tierce personne ne devra être présente. On fera en sorte d'une part de respecter l'horaire fixé, et d'autre part d'éviter les visites ou appels intempestifs durant l'échange, pour éviter des ruptures de rythme. A leur arrivée, les représentants de l'entreprise seront accueillis ; on évitera qu'ils soient amenés à rencontrer les représentants d'autres candidats lors de leur venue, et les horaires de convocation seront établis en conséquence ;
- **la disposition des lieux** : dans la mesure du possible, les participants seront installés à une table « neutre », ronde ou ovale (éviter les angles saillants) suffisamment large pour permettre d'y installer la documentation nécessaire dans des bonnes conditions de confort. Si la négociation associe plus de deux personnes de chaque côté, elle pourra se dérouler dans une salle de réunion adaptée au nombre de participants. Les représentants de la collectivité devront être installés côte à côte, en contact direct, afin de faciliter les échanges discrets si besoin.

Les conditions matérielles de l'entretien et le degré de convivialité des échanges peuvent contribuer à faire passer un message, en ce sens qu'ils donnent d'entrée une indication de la volonté de la collectivité d'inscrire la négociation dans un climat apaisé, ou au contraire dans une logique de strict rapport de forces.

4/ les phases de la négociation.

La négociation peut être directe (de visu) ou indirecte. La négociation indirecte s'opère par écrit (courrier, courriel, télécopie...) ; elle peut être adossée aux documents cerfa normalisés (document OUV6, disponible sur le site du MINEFE). Cette forme de négociation ne sera pas traitée ici, mais exige elle aussi une préparation en amont.

La négociation directe s'opère, elle, par un face à face avec les candidats, voire lors d'une conversation téléphonique ou par visio-conférence. Schématiquement, l'entretien de négociation comporte plusieurs étapes, et on peut ainsi le découper en 5 phases :

- **l'introduction** : dans cette phase de « prise de contact », il convient de planter le décor, en présentant d'entrée les représentants de la collectivité avec leur fonction au sein de celle-ci (en veillant à poser ainsi la crédibilité des personnes présentes et leur capacité à représenter la collectivité, sans pour autant se poser en décideur final : on pourra ainsi se

ménager une porte de sortie pour éviter de devoir décider sous pression), et en invitant les représentants de l'entreprise à faire de même. Il importe de mettre l'interlocuteur à l'aise par un mot d'accueil qui pourra comporter les politesses d'usage sur le trajet, le stationnement, etc., et plus généralement de créer un climat apaisé et détendu.

- **la consultation** : cette phase s'apparente à un « réglage de fréquence » entre les personnes présentes, par un rappel de l'opération, de son contexte, et des principales caractéristiques de l'offre du candidat. Cette phase exige un sens de l'écoute et une attention envers le candidat (il s'agit en effet, ici, de repérer ce qu'il attend de la négociation, ses motivations, et ce qu'il est prêt à apporter ou à concéder) ; l'acheteur doit déceler les enjeux pour le candidat, identifier les éventuels points de blocage. Il doit toutefois rester discret sur tout ce qui pourrait fragiliser sa position (par exemple sur l'absence d'offres concurrentes, sur des impératifs extérieurs influant sur les marges de manœuvre, etc.) Cette phase de consultation débouche, en transition, sur une liste de questions claires à poser au candidat, auxquelles celui-ci sera invité à répondre de façon précise. Chaque question doit porter sur une idée, et une seule.
- **la confrontation** : la négociation vise à trouver un point d'entente entre des positions potentiellement divergentes, et il est normal que ces positions s'affrontent ; la phase de confrontation peut donc donner lieu à une tension, mais qui doit rester dénuée d'agressivité (à défaut, le vendeur sera porté tôt ou tard à adopter lui-même une position agressive, débouchant potentiellement sur un blocage). Pour que cette phase soit constructive, l'acheteur doit également contribuer à la recherche d'un terrain d'entente acceptable pour les deux parties, ouvrir les portes quitte si besoin à suggérer des concessions possibles ; il devra toutefois veiller à poser clairement les points sur lesquels il ne transigera pas (l'incontournable), et qui ne peuvent être amendés par la négociation ; chacun aura alors une connaissance suffisante des données du problème, pour rechercher ensemble une solution satisfaisante.
- **la conciliation** : la recherche de la solution satisfaisante passe par un constat partagé des points d'accord et de désaccord, et de la nécessité d'évoluer de part et d'autre pour faciliter un compromis. L'acheteur peut, à cet instant, faire de façon plus précise des concessions sur des points qui le permettent (sans dénaturer sa position ni abattre d'entrée toutes ses cartes : des concessions plus importantes sont à réserver pour la suite), points qui auront dans la mesure du possible été anticipés dès le montage du dossier à cet effet ; l'acheteur devra faire dûment remarquer au candidat ces efforts qu'il concède, les valoriser, et rechercher son adhésion sur ceux-ci pour lui demander, en retour, de faire également des efforts. La phase de conciliation se poursuivra le cas échéant par des avancées réciproques successives, jusqu'à obtention d'un accord (insister sur le « gagnant / gagnant »), voire sur le constat partagé de l'impossibilité de trouver un terrain d'entente : on doit a minima tomber d'accord sur le fait de ne pas être d'accord !
- **la conclusion** : que la phase de conciliation ait ou non abouti à une solution, il importe, en conclusion, de reformuler la teneur des échanges pour éviter tout malentendu, et de préciser clairement les points d'accord et de désaccord ; un compte-rendu sera établi, et le candidat sera invité à adresser un courrier dans un délai fixé (en général quelques jours) confirmant la teneur de la négociation. Le cas échéant, il lui sera possible d'établir une nouvelle offre (avec un nouvel acte d'engagement) tenant compte des éléments modifiés. Lorsque la négociation a donné lieu à des tensions, l'acheteur doit veiller à conclure de façon apaisée, y compris lorsque les deux parties ont constaté l'impossibilité d'un accord, en rappelant le sérieux de l'entreprise et en ouvrant la porte à une éventuelle collaboration future, ce qui, à l'extrême, pourra être vu comme l'amorce de la future négociation à intervenir entre les deux parties.

Ce découpage peut apparaître artificiel, mais il est généralement efficace par son côté systématique et logique ; on pourra ainsi, d'expérience, le retrouver de façon naturelle dans la plupart des réunions de négociation.

5/ les suites de la réunion de négociation :

Tout au long de l'entretien de négociation, les représentants de la collectivité doivent veiller à prendre des notes, qui permettront d'établir un compte-rendu détaillé.

Certains services ont pour pratique de procéder à un enregistrement audio des réunions de la négociation, afin de faciliter l'établissement du compte-rendu ; cette pratique est bien entendu possible si les participants en sont informés et en sont d'accord ; néanmoins, elle peut conduire à « rigidifier » la négociation, en incitant les participants à une certaine retenue ; il est donc préférable d'opter pour une simple prise de notes.

La phase de négociation ne cesse bien entendu pas avec l'entretien, qui n'emporte au mieux que des engagements de principe. Elle sera suivie de plusieurs phases en aval :

- **la confirmation écrite** : au terme de la discussion, il est demandé au candidat au stade de la conclusion de confirmer ses engagements verbaux dans un délai donné ; ce délai doit être « raisonnable » (de 24 heures pour des éléments simples, à 15 jours lorsque la réponse appelle des calculs ou études plus complexes) ; l'attention du candidat doit être attirée sur le caractère obligatoire de cette confirmation et du délai imparti ; faute de s'y conformer, le candidat devra être informé que la collectivité restera sur la base de son offre précédente. Pour des négociations complexes ou importantes, ou lorsque le climat de la négociation laisse présager d'un risque de contentieux, on devra confirmer les demandes par écrit, par un moyen traçable ; il en ira de même lorsque la collectivité aura des concessions notables à faire, qui influent de façon substantielle sur l'établissement d'une offre modifiée.
- **le cas d'une négociation en plusieurs rounds** : il peut arriver que la négociation s'opère par phases successives, avec le cas échéant une élimination de certains candidats entre deux phases si cette possibilité a été prévue. Cette pratique de « rounds » ne doit pas être généralisée, car elle est génératrice d'un allongement des délais, d'une moindre « lisibilité » de la négociation, et pourra, lors des consultations futures, rendre la négociation plus complexe et moins efficace si des candidats sont échaudés.
- **la traçabilité de la négociation** : lorsque la négociation donne lieu à des échanges de mails (soit dans le cas d'une négociation indirecte, soit pour des petits marchés sur procédure adaptée sans rédaction d'un contrat écrit complet, soit enfin lorsque les adaptations et précisions ne justifient pas de contractualiser de façon ferme), il importe que les candidats « officialisent » le dernier mail en l'éditant, et en le retournant dûment daté, signé, et revêtu du cachet de l'entreprise ; on peut également se contenter d'échanges électroniques lorsque les parties utilisent un moyen d'en assurer la complétude et l'authenticité. Pour les affaires les plus importantes de par leur montant ou leur complexité, on devra toutefois veiller à l'établissement de pièces de procédure écrites ;
- **l'établissement d'un rapport final** : il est souhaitable de retracer les différentes étapes de la négociation dans un rapport de synthèse ; ce rapport, bien que non prévu par le code des marchés publics, permettra à l'autorité signataire de visualiser aisément les dispositions prises. Il facilitera également l'évaluation du dispositif.

Les pièces relatives à la négociation (lettres d'invitations, rapports d'analyse, offres initiales et modifiées, compte-rendus...) doivent être archivées (même dans le cas de procédures adaptées) ; cette précaution facilitera les réponses aux éventuelles questions de la Chambre régionale des comptes.

6/ la gestion de la négociation

La négociation comporte bien évidemment une dimension psychologique, et exige de l'acheteur un minimum de repères ainsi qu'une capacité à bien se connaître soi-même. Le présent guide n'entend pas s'attacher à présenter des éléments relevant des techniques de communication ni à une analyse des profils de négociateur et aux stratégies qui s'y rattachent : il appartiendra aux acheteurs intéressés d'explorer ces techniques si ils le souhaitent.

Les quelques propositions suivantes ont été établies à partir des formations, mais aussi de constats opérés à l'occasion des échanges intervenus avec les acheteurs, tirés de leur propre expérience. On pourra ainsi veiller notamment aux quelques points suivants :

- **la date du rendez-vous** : l'acheteur doit, dans la mesure du possible, s'efforcer de garder la main sur les conditions de la négociation, à commencer par la date. En effet, en laissant les candidats imposer plus ou moins le calendrier, on accrédite l'idée selon laquelle la collectivité est en position de demande. Ainsi, l'acheteur aura intérêt à fixer lui-même la date et le lieu du rendez-vous (quitte à refuser délibérément la date initialement proposée par l'interlocuteur), ce qui peut être officiellement justifié par le respect du principe d'égalité de traitement entre les candidats. On pourra ainsi plus facilement rappeler à l'interlocuteur que la collectivité n'entend pas abandonner sa maîtrise de la situation.
- **les participants** : il est utile, pour l'acheteur, de connaître à l'avance le nombre, le nom, et la qualité des personnes qui participeront à l'entretien de négociation au nom de l'entreprise, et de veiller dans la mesure du possible à ce que les représentants de la collectivité soient désignés en conséquence, afin de maintenir un équilibre. En effet, un candidat annonçant la venue de l'un de ses dirigeants place a priori la négociation sur un terrain favorable, en marquant son intérêt pour le marché ; inversement, la présence de représentants sans pouvoir décisionnel peut traduire un intérêt limité, ou une volonté dilatoire, qui justifiera une réponse adaptée. De même, il est utile de prévoir la présence de représentants qualifiés : on opposera ainsi des techniciens si l'entreprise l'a prévu de son côté, des juristes face à des juristes, etc.
- **les styles d'acheteur et les différentes stratégies** : chaque acheteur a des traits dominants de caractère (on distingue couramment 4 styles différents de négociateur plus ou moins marqués : le passif, le manipulateur, l'agressif, l'assertif), qui dicteront de façon plus ou moins consciente sa gestion de la négociation, et les stratégies qu'il sera porté à mettre en œuvre. Il est toutefois intéressant pour l'acheteur de bien se connaître, de « mixer » les styles en fonction du contexte (on doit éviter d'associer deux acheteurs de même style), et dans la mesure du possible de veiller à la complémentarité des négociateurs : la négociation d'un accord potentiellement « difficile » s'abordera différemment de la recherche d'un accord sur des points de détail lorsque les positions des deux parties à la négociation semblent proches au départ !
- **l'approche psychologique de la négociation** : certains chercheurs avancent que, en matière de relations sociales, le langage (sens du mot prononcé et façon dont il est prononcé) ne représenterait 20 % de la communication, et le paralangage (attitude générale de celui qui communique) représenterait, lui, les 80 % restants...Le négociateur

doit donc être en mesure d'interpréter les modes de communication de son interlocuteur que de s'adapter à celui-ci, tant pour le langage que dans son attitude ; il est bien entendu impératif de garder son calme et d'éviter tout ce qui pourrait donner lieu à interprétation négative, mais aussi de veiller à « synchroniser » son discours sur celui de la partie adverse, et de montrer de l'intérêt pour celle-ci ;

- **la crédibilité de l'acheteur** : on doit veiller, lors d'une négociation, à trouver un juste équilibre entre afficher sa légitimité décisionnelle, et se ménager une porte de sortie en conditionnant la décision finale à une validation hiérarchique ou de l'exécutif, en fonction de l'importance des enjeux. Cet équilibre peut être subtil ; on pourra ainsi trouver une formule dans laquelle le négociateur de la collectivité, après avoir énoncé ses fonctions au sein de celle-ci, rappellera aux représentants de l'entreprise que le fonctionnement normal d'une collectivité ne fait des agents que les instructeurs et les exécuteurs de décisions qui relèvent de l'exécutif... mais qu'il est également d'usage que les propositions du négociateur soient fréquemment suivies par l'exécutif. Ainsi, le candidat saura que les propositions d'accord sont crédibles, sans être nécessairement définitives.
- **la « meilleure solution de repli »** (dite MESORE) : dans une négociation, et a fortiori lorsque l'entreprise est potentiellement en position de force, il est judicieux de se ménager une issue crédible (solution de repli), et de l'annoncer si besoin en cas de blocage. Cette solution de repli peut permettre de faire face à un réel blocage (cas par exemple d'une entreprise qui refuse toute concession), comme une véritable alternative ; elle peut également être affirmée comme un instrument de négociation, pour faire comprendre à l'entreprise que, en cas de refus persistant de toute concession, la collectivité aura en tout état de cause une échappatoire (comme, par exemple, renoncer à un avenant pour faire réaliser des travaux par une entreprise tierce ou par ses propres services en régie, ou encore remettre une solution technique en cause si la société pressentie entend profiter exagérément de sa position) ; la « meilleure solution de repli » peut, enfin, être une concession ultime que la collectivité proposera à l'entreprise, pour forcer la voie d'un accord ;
- **l'évaluation de la négociation** : au terme de la négociation, après avoir raccompagné les représentants du candidat, il est souhaitable de procéder à un débriefing, afin d'évaluer la qualité du travail de préparation comme le comportement des représentants de la collectivité au cours de l'entretien ; on devra également analyser l'attitude des candidats, afin d'anticiper sur la suite.

Enfin, l'acheteur pourra utilement prendre quelques instants pour essayer d'analyser la façon dans laquelle la négociation s'est déroulée, afin d'améliorer si besoin son approche pour les opérations futures.

Annexe 1 : une clause à insérer dans le règlement de la consultation.

Article xxx : déroulement de la négociation

1/ Le pouvoir adjudicateur engagera des négociations avec les auteurs des offres initiales jugées comme « économiquement les plus avantageuses » : sous réserve d'un nombre suffisant de candidats, 3 candidats seulement seront invités à négocier, quel que soit le nombre de candidats en lice. En acceptant de faire acte de candidature ou de remettre une offre dans le cadre de la présente consultation, le candidat s'engage par avance à accepter le principe de cette négociation. La négociation aura pour but d'adapter l'offre de chaque candidat à la demande, au regard des critères posés ; elle pourra déboucher sur la production de variantes techniques et / ou économiques lorsque le règlement de la consultation en aura ouvert la possibilité. Le nombre maximum et le champ possible de ces variantes seront précisés dans la lettre d'invitation à négocier au cours de la réunion de négociation, dans les mêmes conditions pour tous les candidats admis à négocier.

2/ pour les lots suivants [...] : la négociation donnera lieu à une réunion entre les représentants du pouvoir adjudicateur et ceux du candidat admis à négocier, chaque candidat étant reçu séparément ; une invitation à négocier sera adressée simultanément à chaque candidat, fixant les date et heure de la réunion, ainsi, le cas échéant, que les points de l'offre sur lesquels le pouvoir adjudicateur entend négocier. Cette convocation sera adressée [8] jours au moins avant la date fixée pour la réunion. Ce délai pourra être réduit si besoin, dans des conditions identiques pour tous les candidats. Il appartiendra au candidat convoqué :

- de confirmer par écrit sa présence ;
- de préciser quelles personnes seront, pour ce qui le concerne, habilitées à participer à la négociation ; ce nombre ne devra pas être supérieur à 3 personnes pour chaque candidat ;
- de se présenter à la date indiquée ou, à défaut, d'informer immédiatement le représentant du pouvoir adjudicateur de son incapacité à participer à cette réunion ;
- en l'absence de réponse, ou en l'absence des représentants désignés du candidat à la réunion de négociation à la date fixée sans motif valable, le candidat sera réputé avoir refusé de négocier, et rester sur son offre initiale, qui sera considérée comme sa première et dernière offre.

Les frais inhérents à leur participation à la négociation (frais de déplacement, d'hébergement, etc.) seront à la charge des candidats. A titre exceptionnel, lorsque l'implantation géographique du candidat serait de nature à lui générer des frais disproportionnés ou à rendre l'organisation d'une réunion matériellement difficile, le candidat pourra demander l'organisation d'une conférence téléphonique au lieu et place de la réunion mentionnée au présent article et détaillée ci-après.

La réunion de négociation se déroulera dans les locaux du pouvoir adjudicateur ; elle sera d'une durée identique pour tous les candidats invités à négocier, et se déroulera dans la mesure du possible à une même date. Au cours de cette réunion, le pouvoir adjudicateur s'engage à ne divulguer aucun élément d'une offre de l'un des autres candidats admis à participer à la négociation si cet élément est susceptible de relever du secret industriel et commercial. Les candidats n'auront à aucun moment connaissance de l'identité des autres candidats admis à participer à la négociation, ni du contenu de leurs offres.

Au terme de la réunion, qui donnera lieu à l'établissement d'un compte-rendu de négociation, le candidat devra confirmer par écrit les compléments d'information ou les engagements pris le cas échéant par lui au cours de la réunion, dans un délai qui ne devra pas dépasser [huit] jours ; toutefois, si ce délai devait s'avérer insuffisant au regard de l'ampleur du travail inhérent à une adaptation de l'offre initiale ou à l'étude d'une variante, un délai suffisant sera fixé en accord avec les candidats, délai qui sera identique pour tous les candidats concernés. La confirmation et / ou toute offre nouvelle devront être signées d'une personne habilitée à engager le candidat, et auront valeur d'engagement.

Le pouvoir adjudicateur se réserve la possibilité soit de s'en tenir aux offres ainsi modifiées, soit de convoquer de nouveau les candidats si, au terme du premier tour des négociations, le résultat de la consultation ne soit pas jugé conforme aux attentes dudit pouvoir adjudicateur. Dans ce dernier cas, seuls les candidats ayant participé au tour précédent seront invités à participer au tour suivant.

3/ pour les lots suivants : [...], eu égard au montant estimé des marchés concernés, la négociation sera opérée par écrit exclusivement ; elle s'opérera par l'envoi d'une lettre, fixant aux candidats en lice les éléments sur lesquels le pouvoir adjudicateur entend que l'offre soit optimisée.

4/ quel que soit le mode de négociation (directe comme présenté au point 2 du présent article, ou écrite comme prévu au point 3), lorsque le pouvoir adjudicateur estimera avoir obtenu des offres conformes à ses attentes, il sera mis fin à la négociation, et tous les candidats en seront avisés. Le jugement définitif des offres sera établi sur la base des critères fixés dans l'avis d'appel public à la concurrence et / ou le règlement de la consultation. Le cas échéant, le pouvoir adjudicateur pourra décider de classer la consultation sans suite pour un motif d'intérêt général, à tout moment.

Annexe 2 : lettre-type d'invitation à négocier

Tours, le

Société xxxxxx
A l'attention de

Objet : consultation pour : invitation à négocier.

Madame, Monsieur,

Vous avez bien voulu m'adresser une offre pour l'opération citée en objet, et je vous en remercie. Aussi, au terme de l'analyse des offres menée conformément aux dispositions du règlement de consultation, je vous informe que votre proposition initiale demeure parmi les plus intéressantes pour le Conseil Général.

Toutefois, plusieurs éléments me semblent devoir être précisés ou amendés avant que le choix final ne puisse intervenir :

(lister les points de négociation envisagés)

Aussi, j'ai le plaisir de vous convier à un entretien de négociation, d'une durée de [30] minutes environ, qui aura lieu le à , dans les locaux du Conseil général d'Indre-et-Loire, à .

Cet entretien aura notamment pour objet d'aborder les points d'amélioration de votre offre mentionnés ci-dessus, et, de façon plus générale, de rechercher une solution optimisée en vue de l'attribution éventuelle de ce marché. Je vous confirme que, à la suite de cet entretien, il vous sera possible de me faire parvenir une offre optimisée, dans les mêmes conditions que votre offre initiale (même mode de transmission et même adresse, avant le, 16 heures.

Je vous remercie par avance de me confirmer par écrit votre présence, sous 48 heures à compter de la réception de la présente invitation, en précisant les personnes qui seront, pour ce qui concerne votre société, habilitées à participer à la négociation, en précisant leur fonction au sein de votre société ; ce nombre ne devra pas être supérieur à 3 personnes.

Dans l'hypothèse où votre société ne serait pas représentée lors de cette réunion, sans accord préalable de la part des services compétents du Conseil Général, votre société serait alors réputée avoir refusé toute négociation, et votre offre initiale serait alors considérée comme la première et la dernière.

Néanmoins, conformément aux dispositions du règlement de la consultation, je vous rappelle qu'il vous est possible de demander la tenue d'une conférence téléphonique si la participation à cette réunion était rendue matériellement difficile par des motifs étrangers à votre fait.

Je vous prie de croire, Madame, Monsieur, en l'assurance de mes sentiments les meilleurs.

Annexe 3 : exemple de grille d'analyse des offres avant négociation

Opération :				
Procédure :				
Contraintes :				
	Critère 1	Critère 2	Critère 3	Commentaires
OFFRES SELECTIONNEES				
OFFRE A	<u>Points forts :</u>	<u>Points forts :</u>	<u>Points forts :</u>	
	<u>Points faibles :</u>	<u>Points faibles :</u>	<u>Points faibles :</u>	
	<u>Négociation sur :</u>	<u>Négociation sur :</u>	<u>Négociation sur :</u>	
OFFRE B	<u>Points forts :</u>	<u>Points forts :</u>	<u>Points forts :</u>	
	<u>Points faibles :</u>	<u>Points faibles :</u>	<u>Points faibles :</u>	
	<u>Négociation sur :</u>	<u>Négociation sur :</u>	<u>Négociation sur :</u>	
OFFRE C	<u>Points forts :</u>	<u>Points forts :</u>	<u>Points forts :</u>	
	<u>Points faibles :</u>	<u>Points faibles :</u>	<u>Points faibles :</u>	
	<u>Négociation sur :</u>	<u>Négociation sur :</u>	<u>Négociation sur :</u>	
Commentaires	Points à vérifier :	Points à vérifier :	Points à vérifier :	
	Non négociable :	Non négociable :	Non négociable :	
	Marges :	Marges :	Marges :	
	Objectif :	Objectif :	Objectif :	
Pour mémoire : autres offres non retenues				
OFFRE D				
OFFRE E				
OFFRE G				
OFFRE H				
...				

Annexe 4 : exemple de grille de conduite de la négociation

Opération :				
Contraintes :				
Critères de jugement des offres				
Meilleure solution de repli :				
RENDEZ- VOUS :				
Date :				
Heure :				
Durée :				
<u>Participants pour le candidat :</u>				
- nom :		fonction		
- nom :		fonction		
- nom :		fonction		
<u>Participants pour la collectivité :</u>				
- nom :		fonction		
- nom :		fonction		
- nom :		fonction		
	Offre initiale	Objectif	Risque	Commentaires
Critère 1				
Critère 2				
Critère 3				
Confirmations demandées				
<i>Echanges</i>				
	<i>Demandes de la collectivité</i>		<i>Propositions du candidat</i>	
Critère 1				
Critère 2				
Critère 3				
COMMENTAIRES				

<u>Rappels</u>
<ul style="list-style-type: none"> - ne pas transiger sur les éléments non négociables - respecter l'égalité de traitement tout au long de la procédure - respecter le secret industriel et commercial - assurer la transparence - respecter l'interlocuteur - veiller à l'efficacité de la dépense et à la bonne utilisation des deniers publics - reformuler pour éviter toute incompréhension - préserver l'avenir

Annexe 5 : compte-rendu de négociation

Opération :		
Critères de jugement des offres		
PROCES-VERBAL D'ENTRETIEN DE NEGOCIATION		
Date :	Heure :	Durée :
<u>Participants pour le candidat :</u>		
- nom :	fonction.....	
- nom :	fonction.....	
- nom :	fonction.....	
<u>Participants pour la collectivité :</u>		
- nom :	fonction.....	
- nom :	fonction.....	
- nom :	fonction.....	
PRECISIONS SUR L'OFFRE INITIALE		
	Questions de la collectivité	Réponses du candidat
Critère 1		
Critère 2		
Critère 3		
COMMENTAIRES		
ECHANGES		
	Demandes de la collectivité	Propositions du candidat
Critère 1		
Critère 2		
Critère 3		
COMMENTAIRES		
Le candidat souhaite-t-il déposer une offre modifiée ?		
Pour quelle date ?		

Annexe 6 : bilan de négociation

Phase	Auto-évaluation					Commentaires
	5	4	3	2	1	
Rédaction du dossier						
Période de lancement						
Maîtrise du calendrier						
Degré de précision des clauses						
Marges de négociation						
Analyse des offres initiales						
Appréciation des points forts						
Appréciation des points faibles						
Définition des objectifs						
Préparation de la négociation						
Maîtrise du dossier						
Stratégie retenue						
Complémentarité des négociateurs						
Conditions matérielles						
Créneau imparti						
Respect des objectifs						
Objectif haut réaliste						
Objectif moyen						
Objectif bas satisfaisant						
MESORE crédible et opérante						
Déroulement de la négociation						
Respect des phases						
Gestion du temps						
Climat général						
Efficacité de l'entretien						
Comportement de l'acheteur						
Assurance						
Clarté						
Para-langage						
Suites						
Gains obtenus						
Concessions faites						
Incidences sur le classement						
Ressenti final						
Aisance dans la négociation						
Satisfaction						

NB : la note de 1 correspond au ressenti le moins bon, 5 à la note maximale