

La négociation en MAPA

La possibilité offerte de négocier en procédure adaptée (MAPA) a grandement contribué à l'essor de la négociation dans la commande publique. L'acheteur public se trouve pourtant désarmé face à cette liberté dont le déroulement n'est pas fixé par les articles 65 et 66 du Code des marchés publics, applicable aux procédures négociées telles qu'elles sont autorisées dans le code. Nous allons dans un premier temps présenter les règles minimum à respecter pour pouvoir négocier en procédure adaptée (I) et définir comment négocier dans le respect des principes constitutionnels de la commande publique (II).

I. Le formalisme minimum à respecter

Le recours à la négociation est expressément prévu par l'article 28 du Code des marchés publics définissant la procédure adaptée : « 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 ». Cette possibilité de recourir à la négociation n'était pas prévue, initialement, dans le code de 2006. Et pour cause : la procédure adaptée, comme son nom l'indique, est librement adaptée, dans le respect des grands principes de la commande publique, par le pouvoir adjudicateur. Cette mention a été rajoutée par le décret n° 2008-1356 du 19 décembre 2008 de mise en œuvre du plan de relance de l'économie dans les marchés publics afin d'encourager les acteurs de la commande publique à négocier. Néanmoins, si le pouvoir adjudicateur décide de recourir à la négociation, il devra l'annoncer dans son avis d'appel public à la concurrence ou dans le règlement de consultation (Question écrite n° 07293 (Sénat) – Réponse publiée le 7 mai 2009 ; voir, également, TA Lille, 5 avril 2011, *Préfet du Nord*, n° 1003008 et 1003238 et TA Toulouse, 23 novembre 2010, *Société FM Projet*, n° 1004555).

La doctrine comme la jurisprudence considère en effet que le recours à la négociation est une caractéristique principale de la consultation. Or, l'article 42 du code dispose que « pour les marchés passés selon une procédure adaptée, le règlement de la consultation peut se limiter aux caractéristiques principales de la procédure et du choix de l'offre ». Le Guide de bonnes pratiques du 14 février 2012 précise même que « le recours à la négociation doit être expressément indiqué, dès le lancement de la procédure de consultation [...]. Il [le pouvoir adjudicateur] ne peut pas "se réserver le droit de recourir à la négociation" [...]. Dès lors qu'il a expressément prévu le recours à la négociation, l'acheteur public est obligé de négocier ».

Ainsi, la procédure adaptée n'est pas synonyme d'absence de procédure. Elle consiste bien en une procédure écrite par le pouvoir adjudicateur dans le respect des principes fondamentaux. Si les candidats doivent être informés qu'une négociation sera organisée par le pouvoir adjudicateur avant de remettre leur offre, cela n'est pas suffisant. Le règlement de consultation doit aussi préciser *a minima* le déroulement de la négociation. Celle-ci doit respecter le principe d'égalité de traitement des candidats ce qui implique, comme l'indique le Guide de bonnes pratiques, que « 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 ».

Cependant, le pouvoir adjudicateur dispose d'une plus grande marge de manœuvre qu'avec la procédure

négociée formalisée des articles 65 et 66 du code. En effet, le Conseil d'État, par une décision du 30 novembre 2011, *Ministère de la Défense*, a considéré que conformément à l'article 28 du CMP, « le pouvoir adjudicateur peut négocier avec les candidats ayant présenté une offre », même si celle-ci est inappropriée, irrégulière ou inacceptable, sous réserve bien évidemment qu'à l'issue des négociations l'offre retenue soit devenue conforme.

De même, dans la mise en œuvre des critères de choix, le pouvoir adjudicateur peut utiliser l'expérience des candidats à condition que cela soit rendu nécessaire par l'objet du marché et ce, sans effet discriminatoire (CE, 2 août 2011, *Parc naturel régional des Grands Causses*, n° 348254). Cette plus grande souplesse ne l'autorise pourtant pas à abandonner un critère en cours de négociation. Le Conseil d'État a rappelé dans l'arrêt *Président du Sénat* que l'article 28 du CMP, qui dispose que « la négociation peut porter sur tous les éléments de l'offre, notamment sur le prix », n'a pas pour objet ni pour effet d'autoriser le pouvoir adjudicateur à abandonner en cours de procédure, le critère du prix ».

II. Comment négocier

C'est le pouvoir adjudicateur et non la commission d'appel d'offres qui est compétent pour négocier et attribuer le marché. Cela signifie que bien que pouvant être aidé et conseillé par une commission technique ou autre, c'est en vertu des règles de délégation du Code général des collectivités territoriales que le représentant de la collectivité agit en tant que pouvoir adjudicateur.

Les négociations peuvent porter sur tous les éléments de l'offre, notamment sur le prix comme l'indique l'article 28 du CMP. Le Guide de bonnes pratiques ajoute que : « La négociation ne permet pas de modifier les caractéristiques principales du marché, telles que, notamment, son objet ou les critères de sélection des candidatures et des offres [...]. Mais elle laisse à l'acheteur public la possibilité de négocier librement le contenu des prestations et l'adaptation du prix aux prestations finalement retenues ». Ceci signifie qu'il est possible de négocier sur des éléments qui seraient considérés comme substantiels dans le cadre d'une procédure négociée. Les caractéristiques principales d'une consultation ne sont pas à confondre avec ses éléments substantiels. Selon le point 12.2 du Guide de bonnes pratiques, le pouvoir adjudicateur peut négocier :

- « 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 ».

Conformément aux principes fondamentaux de la commande publique, les négociations doivent respecter le principe d'égalité de traitement des candidats et le principe de transparence, mais aussi le respect du secret industriel et commercial.

Le respect du principe de transparence suppose de prévoir une traçabilité écrite des négociations. Le respect du principe d'égalité est plus délicat, dans la mesure où l'acheteur public, mal formé en général lors de la négociation, sera tenté par un marchandage brouillon. Ce marchandage a de grandes chances d'amener le pouvoir adjudicateur à ne pas inviter l'ensemble des candidats à proposer une nouvelle offre à chaque fois

que l'acheteur accepte une modification de son cahier des charges. C'est pourquoi, afin de respecter tant le principe d'égalité que le secret industriel et commercial, il semble opportun d'avoir, préalablement à la consultation, adopté une stratégie de négociation.

Une stratégie de négociation repose sur la définition d'objectifs à atteindre et, en fonction de ceux-ci, l'élaboration de documents de la consultation et d'outils permettant la négociation. Cela peut être, par exemple, un cahier des charges technique et fonctionnel devant être complété par les candidats en lieu et place d'un cahier des clauses techniques ou une décomposition financière assez fine des offres et une grille d'analyse des négociations intégrant les différents critères de négociations. Ces outils permettent de cadrer les négociations et facilitent le travail de comparaison des offres autant que le suivi des négociations.

Sources :

- CMP, art. 28
- Question écrite n° 07293 (Sénat) – Réponse publiée le 7 mai 2009
- Circulaire du 14 février 2012 relative au Guide de bonnes pratiques en matière de marchés publics
- CE, 30 novembre 2011, *Ministre de la Défense*, n° 353121
- CE, 2 août 2011, *Parc naturel régional des Grands Causses*, n° 348254
- CE, 27 avril 2011, *Président du Sénat*, n° 344244