

MÉMOIRE

LA PLACE DE LA NÉGOCIATION DANS LES MARCHÉS PUBLICS

Victoria FROMAGEAT

BNDPA 2011, MEM. 3

BNDPA



Tous droits de traduction, d'adaptation et de reproduction par tous procédés, réservés pour tous pays.

Toute reproduction ou représentation intégrale ou partielle, par quelque procédé que ce soit du présent ouvrage, faite sans l'autorisation de l'éditeur est illicite et constitue une contrefaçon. Conformément aux dispositions du Code de la propriété intellectuelle, seules sont autorisées, d'une part, les reproductions strictement réservées à l'usage privé du copiste et non destinées à une utilisation collective et, d'autre part, les courtes citations justifiées par le caractère scientifique ou d'information de l'œuvre dans laquelle elles sont incorporées.

© EDPA, 2012

SOMMAIRE

INTRODUCTION

1^{ère} Partie : L'intégration progressive de la négociation dans le droit des marchés publics

CHAPITRE 1 : La particularité de la notion de négociation dans le droit des marchés publics

Section 1 : La définition incertaine de la négociation dans les marchés publics

Section 2 : La confrontation à la négociation dans la commande publique

CHAPITRE 2 : La place croissante de la négociation dans le droit des marchés publics

Section 1 : La négociation dans les procédures d'appel d'offres, négociée et adaptée de passation des marchés publics

Section 2 : Le développement de la possibilité de négocier, once de libéralisation dans la procédure de passation des marchés publics

2^{ème} Partie : L'amélioration nécessaire du recours à la négociation dans les procédures de passation

CHAPITRE 1 : L'opportunité de recourir à la négociation en fonction de son impact sur la passation et l'exécution du marché

Section 1 : Les conséquences de la phase de négociation sur la passation et l'exécution des marchés

Section 2 : Négociation et efficacité, les points-clés d'une négociation performante

CHAPITRE 2 : La généralisation souhaitable de la phase de négociation dans la procédure de passation des marchés publics

Section 1 : La négociation, une nécessité pour « assurer l'efficacité de la commande publique et la bonne utilisation des deniers publics »

Section 2 : Assimilation de la réglementation par les pouvoirs adjudicateurs et perspectives d'évolution

CONCLUSION

INTRODUCTION

Pour répondre à leurs besoins, les personnes publiques ont le choix entre utiliser leurs moyens internes ou faire appel à des opérateurs économiques par le biais du contrat. Il s'agit là de la seule manifestation de la liberté contractuelle des personnes publiques. Celles-ci disposent simplement d'une alternative quant à la manière d'assurer la satisfaction de leurs besoins.

Dès lors qu'elles optent pour la voie contractuelle, des limitations importantes sont apportées à cette liberté pourtant constitutionnellement reconnue¹. Si le contrat envisagé répond à la définition du marché public², telle qu'elle est énoncée à l'article 1^{er} du Code des marchés publics, sa passation est soumise à une réglementation spécifique et détaillée qui régit chaque étape menant à la signature du contrat. Elles n'organisent donc pas librement la passation de leurs contrats, ce qui constitue une limitation radicale à la liberté contractuelle.

La raison d'être de ces règles est le respect des principes fondamentaux de la commande publique : la liberté d'accès à la commande publique, l'égalité de traitement des candidats et la transparence des procédures. Ces principes imposent que le cocontractant soit déterminé suite à une procédure de publicité et de mise en concurrence. C'est précisément ce qu'organisent les procédures de passation dans le Code des marchés publics.

Dans le prolongement de la première limitation apportée à la liberté contractuelle, le pouvoir adjudicateur ne choisit pas discrétionnairement la procédure réglementée à mettre en œuvre pour passer ses marchés publics. Au contraire, toutes supposent que certaines conditions soient remplies pour y recourir, à l'exception de l'appel d'offres.

Cette procédure non conditionnée est traditionnellement mise en œuvre par les pouvoirs adjudicateurs pour la passation de leurs marchés publics. L'objectivité et la transparence associées à l'appel d'offres ont contribué à son positionnement comme procédure de principe, positionnement qui a d'ailleurs été formellement confirmé par les textes³. Mais c'est avant tout la possibilité d'y recourir librement qui a fait de l'appel d'offres la procédure de passation de droit commun.

¹ Cons. constit., 30 janvier 2006, n° 2006-543 DC, concernant la loi relative au secteur de l'énergie

² L'article 1^{er} du Code des marchés publics définit le marché public comme un contrat conclu à titre onéreux entre un pouvoir adjudicateur et un opérateur économique public ou privé, pour répondre à ses besoins en matière de travaux, de fournitures ou de services.

³ « Les marchés sont passés sur appel d'offres », article 26 du Code des marchés publics, dans sa version en vigueur avant le 1^{er} septembre 2006

A contrario, les autres procédures sont toutes soumises à des conditions : objet, montant ou caractéristiques du marché, complexité ou urgence du projet. Ainsi le recours à la procédure négociée, au dialogue compétitif, au concours et à la procédure adaptée n'est qu'exceptionnel par rapport à celui à l'appel d'offres⁴.

Alors que la conclusion d'un contrat privé revient à confronter des intérêts divergents, pour ensuite procéder à des négociations afin de trouver un accord, un tel consensualisme fait défaut dans les marchés publics. L'accord entre les parties potentielles au contrat doit par principe être trouvé sans qu'aucun échange n'ait lieu. En effet, l'appel d'offres pose l'interdiction de la négociation des offres au cours de la passation du marché.

La procédure de principe se distingue des procédures dérogatoires par sa rigidité : elle n'admet aucun échange entre le pouvoir adjudicateur et les candidats. Le marché public passé selon une procédure d'appel d'offres est un véritable contrat d'adhésion. Cela rejoint l'idée développée par le Doyen Georges Péquignot au sujet des contrats administratifs⁵ dans leur globalité qui seraient précisément « la manifestation d'une volonté prépondérante, à quoi une autre volonté se contente d'adhérer »⁶.

Il en va pourtant différemment des autres procédures. Une phase de négociation a lieu dans la procédure négociée à titre obligatoire et facultativement dans la procédure adaptée. Il en va de même à l'issue d'un concours lorsque le marché de services qui en découle est attribué à l'un des lauréats. Le dialogue compétitif prévoit quant à lui une phase de discussion avec les opérateurs.

Le Code des marchés publics intègre ainsi plusieurs procédures permettant la négociation et, plus largement, le dialogue, auxquelles il n'est toutefois possible de recourir que dans des hypothèses spécifiques.

Parallèlement aux marchés publics, d'autres contrats de la commande publique sont soumis à des procédures : les conventions de délégation de service public et les contrats de partenariat.

⁴ Le système d'acquisition dynamique n'est pas mentionné ici dans la mesure où cette procédure suit les phases de l'appel d'offres ouvert. Il peut néanmoins être considéré que le recours au système d'acquisition dynamique est également conditionné, puisque seuls les marchés ayant pour objet des fournitures courantes sont susceptibles d'être passés selon cette procédure.

⁵ Même si tous les marchés publics ne sont pas des contrats administratifs, ceux dont il est question dans ce mémoire en sont, dans la mesure où ils sont passés par les pouvoirs adjudicateurs soumis au Code des marchés publics.

⁶ Georges PEQUIGNOT, *Théorie générale du contrat administratif*, Pedone, 1945, p.260 ; cité par Alain MENEMIS, Laurent RICHER, dans « Dialogue et négociation dans la procédure de dialogue compétitif », CP-ACCP, n° 45, juin 2005, pp. 33 à 36

La passation des premières impose une phase de négociation, tandis que la passation des seconds comportera un dialogue, dans la mesure où la procédure de dialogue compétitif sera généralement retenue pour conclure ce contrat.

Mais au-delà de l'aspect procédural, le contexte de la passation des contrats publics est un terrain propice pour le développement d'enjeux d'ordre économique : des contraintes budgétaires sont apparues et un objectif d'efficacité économique de la commande publique a été fixé ; ces éléments encouragent l'émancipation des échanges entre les parties potentielles à un contrat.

Au final, l'interdiction de négocier en appel d'offres est une exception dans le paysage des procédures de la commande publique. Néanmoins, l'appel d'offres demeurant la procédure de principe de passation des marchés publics, il confère le caractère de règle de principe à l'interdiction de négocier.

La négociation ne peut par conséquent avoir lieu que si les conditions permettant le recours aux procédures dérogatoires sont réunies. Plus encore, il faut que le pouvoir adjudicateur ait la volonté de recourir à une procédure dérogatoire, puisqu'il dispose toujours de la possibilité de passer un appel d'offres.

En outre, se poser la question de la place de la négociation conduit au préalable à s'accorder sur la notion, qui admet des acceptions plus ou moins étendues. C'est une définition restreinte du terme qui sera ici retenue.

« La négociation est un processus de formation contractuelle par lequel l'acheteur public et les entreprises candidates discutent et accordent leurs volontés »⁷. Elle se déroule postérieurement à la remise des offres ; en effet, le pouvoir adjudicateur commence par prendre connaissance des propositions faites par les candidats avant de déterminer ceux des aspects à négocier pour apporter une meilleure réponse au besoin faisant l'objet du marché.

La négociation est donc un procédé « d'amélioration des offres par rapport à des besoins définis précisément par la personne publique »⁸. Si la négociation se fait par rapport aux besoins, ceux-ci sont un référentiel par conséquent formellement exclu du champ de la négociation : ils doivent avoir été définis avec précision avant toute négociation,

⁷ Arnaud CABANES, « Marchés négociés », Jurisclasseur Contrats et Marchés Publics, fascicule 63-10, n° 8, 04-2007

⁸ Yves-René GUILLOU, « Pourquoi et quand recourir à la négociation ? », CP-ACCP, n° 45, juin 2005, pp. 22 à 30

conformément à l'article 5 du Code des marchés publics. L'objet exclusif du marché étant de répondre à ce besoin, il doit rester hors du champ des modifications apportées par la négociation. Celle-ci porte sur les offres qui ont été faites, ainsi que sur les caractéristiques du marché et ses conditions d'exécution, sans modifier la substance du besoin. Si les caractéristiques et conditions d'exécution étaient exclues de la négociation, elle n'aurait pas lieu d'être puisque le périmètre de modification de l'offre serait très restreint. Il se limiterait à la diminution du prix et son corollaire implicite qui est la diminution de la qualité, étant donné que les négociations vont rarement dans le sens d'une augmentation du premier paramètre. Les discussions permettant aux parties d'accorder leurs volontés se déroulent dans les limites des besoins définis dans les documents de la consultation. L'étendue de la négociation dépendra directement du niveau de précision de la description du besoin.

Cette définition de la négociation n'intègre pas le dialogue mené dans la procédure de dialogue compétitif. En effet, si la négociation telle qu'entendue ici et le dialogue ont en commun l'existence d'un échange entre le pouvoir adjudicateur et les candidats, l'objet de l'échange est distinct. La négociation n'a pas pour but de déterminer les moyens de répondre à un besoin généralement emprunt de complexité : les opérateurs économiques font leur offre à partir du cahier des charges que le pouvoir adjudicateur a établi au préalable.

La négociation n'est permise par la réglementation que dans deux procédures de passation. La procédure adaptée, qui vise les marchés d'un montant inférieur aux seuils de procédure formalisée, permet de recourir sans condition à la négociation. Cette procédure est aussi applicable à la passation des marchés de services relevant de l'article 30 du Code des marchés publics, voire de certains lots d'un marché supérieur aux seuils communautaires dans le respect des conditions de l'article 27 III du même code. En parallèle, la procédure négociée formalisée peut être mise en œuvre dans les hypothèses énoncées à l'article 35 du Code des marchés publics.

Si, dans le cadre de la procédure adaptée, la phase de négociation est librement organisée à l'image de l'ensemble de cette procédure de passation, il n'en va pas de même en procédure négociée : le Code des marchés publics précise les modalités selon lesquelles la négociation se déroule. Ces modalités restent d'ordre très général et leur portée pratique est faible. La méthodologie de la négociation n'est donc pas communiquée à travers les textes : il revient

aux pouvoirs adjudicateurs eux-mêmes de déterminer comment la négociation doit être menée.

L'absence de cadre législatif laisse les pouvoirs adjudicateurs libres d'organiser cette phase en adéquation avec leur besoin. Mais cette liberté est aussi source de complexité, voire d'insécurité juridique. La crainte d'un éventuel contentieux tend à dissuader la personne publique de recourir à la négociation, alors même que la réglementation l'y autoriserait.

En effet, les marchés publics passés selon une procédure adaptée représentent la proportion majoritaire des marchés conclus par les pouvoirs adjudicateurs. Etant donné que la possibilité de négocier est dans ce cas expressément admise, il est légitime de penser que la pratique de la négociation y est aujourd'hui généralisée. Néanmoins, le constat est tout autre : la négociation ne semble pas être aussi répandue que la théorie le permettrait.

Les raisons pour lesquelles la possibilité de négocier n'est pas utilisée dans toute sa potentialité doivent être précisées. Outre les risques juridiques, d'autres inconvénients apparaissent : la longueur de la procédure, l'importance du formalisme nécessaire à sécuriser cette phase ou encore la nécessité de former des négociateurs au sein des pouvoirs adjudicateurs.

Certes, ces difficultés sont liées au caractère laconique de l'encadrement réglementaire en la matière. Mais la liberté d'organisation est intrinsèque à l'idée de négociation. Par conséquent, réglementer d'avantage ne serait pas la réponse la plus pertinente au problème. Et ce d'autant plus que la réglementation est abstraite et générale, alors que les questions liées à la mise en œuvre de la négociation appellent des réponses concrètes et pratiques. Il est essentiel que les pouvoirs adjudicateurs intègrent ce concept longtemps étranger à la passation des marchés publics. Cela suppose qu'ils se familiarisent avec la conjoncture économique de l'achat. La négociation n'est, en effet, source d'efficacité que dans certaines hypothèses directement liées à l'environnement économique et concurrentiel du marché. Un recours systématique à la négociation n'est pas opportun. Il serait, en revanche, nécessaire de déterminer dans quelles conditions et dans quel contexte ce recours permettra effectivement aux pouvoirs adjudicateurs de trouver une meilleure réponse à leurs besoins.

La pratique de la négociation par les pouvoirs adjudicateurs peut raisonnablement progresser, étant donné le périmètre actuel de l'interdiction de négocier. La réglementation relative aux marchés publics initialement réticente à cette technique contractuelle a finalement permis à cette notion de s'autonomiser au sein de la matière. D'un point de vue conceptuel et réglementaire, la négociation a été progressivement intégrée dans le droit des marchés publics (1^{ère} Partie), mais sans engendrer une intensification proportionnelle de l'usage des possibilités de négocier. Eu égard aux avantages qu'une telle pratique est susceptible de procurer, l'amélioration du recours à la négociation dans les marchés publics est plus que souhaitable (2^{ème} Partie).

1^{ère} Partie : L'intégration progressive de la négociation dans le droit des marchés publics

Les marchés publics sont traditionnellement présentés comme hermétiques à l'idée de négociation, par opposition notamment aux délégations de service public. Pourtant, elle a su s'y développer jusqu'à acquérir une signification propre et autonome. La négociation en marchés publics se distingue à présent par sa singularité (CHAPITRE 1). Outre l'autonomisation du concept, son champ d'application a été progressivement clarifié et étendu grâce à l'évolution du droit des marchés publics (CHAPITRE 2).

CHAPITRE 1 : La particularité de la notion de négociation dans le droit des marchés publics

La négociation est un terme à contenu variable et qui recouvre un périmètre plus ou moins étendu en fonction du contexte dans lequel il est utilisé. Au sein des marchés publics, des discordances sur le champ de la notion subsistent selon qu'elle intègre ou non le dialogue (Section 1). Outre les marchés publics, d'autres contrats de la commande publique font l'objet de discussions avec les opérateurs ayant présenté une offre, mais ces négociations ne distinguent de celles pouvant avoir lieu en marché public (Section 2).

Section 1 : La définition incertaine de la négociation dans les marchés publics

Différentes procédures de passation impliquent, au cours de leur déroulement, une phase d'échanges entre le pouvoir adjudicateur et les opérateurs économiques candidats. Dans une acception large du terme, ces échanges peuvent être assimilés à une négociation. Afin d'appréhender précisément la place qu'elle occupe dans la passation des marchés publics, une distinction devra néanmoins être opérée entre le dialogue qui est mené avec des opérateurs dans le cadre d'un dialogue compétitif ou d'un concours (I) et la négociation telle qu'elle est envisagée dans la procédure adaptée ou négociée (II).

I. La négociation au sens large : l'existence d'une discussion avec l'opérateur économique

La procédure de dialogue compétitif permet au pouvoir adjudicateur d'avoir des échanges avec les opérateurs économiques qui candidatent préalablement à la remise d'une offre : celle-ci ne fait pas directement l'objet de négociation (A). Quant à la procédure de concours, elle n'implique des négociations qu'au stade de l'attribution du marché à l'un des lauréats (B).

A. Le dialogue compétitif

La procédure de dialogue compétitif est, tout comme la procédure négociée, une procédure dérogatoire à l'appel d'offres : son recours se justifie par la complexité du marché en cause⁹, qui se révèle à travers les difficultés rencontrées par le pouvoir adjudicateur pour « définir seul et à l'avance les moyens techniques pouvant répondre à ses besoins » ou pour « établir le montage juridique ou financier »¹⁰

Cette procédure permet, avant la remise d'une offre, que soit directement mené avec les candidats sélectionnés un dialogue dont l'objet est « l'identification et la définition des moyens propres à satisfaire au mieux [les besoins du pouvoir adjudicateur] »¹¹. Ce dialogue est donc conduit par celui-ci « en vue de développer une ou plusieurs solutions aptes à répondre à ses besoins et sur la base de laquelle ou desquelles les candidats sélectionnés seront invités à remettre une offre »¹²

Ce n'est donc que postérieurement à ce dialogue que les candidats sont en mesure de remettre une offre. Par conséquent le dialogue ne porte pas sur leur offre, puisqu'elle n'est pas encore formulée, mais uniquement sur le projet de contrat, sur la base d'un programme fonctionnel : le cahier des charges n'est arrêté qu'à l'issue du dialogue, pour permettre la formulation d'une offre par les candidats.

⁹ Article 29 de la directive n° 2004/18/CE du 31 mars 2004 ; article 36 al. 2 du Code des marchés publics

¹⁰ Il s'agit des conditions alternatives de recours à la procédure du dialogue compétitif, énoncées à l'article 1^{er} § 11 point c) de la directive n° 2004/18/CE du 31 mars 2004, et reprise à l'article 36 du Code des marchés publics

¹¹ Article 29 de la directive n° 2004/18/CE du 31 mars 2004 ; article 67-VI du Code des marchés publics

¹² Article 1^{er} § 11 point c) de la directive n° 2004/18/CE du 31 mars 2004

Une fois les offres remises, aucune possibilité de négocier n'est prévue : les offres sont directement examinées eu égard aux critères d'attribution.

Conformément à l'article 67 du Code des marchés publics qui reprend le point 6. de l'article 29 de la directive communautaire, le pouvoir adjudicateur a la possibilité de demander des précisions, clarifications, perfectionnements ou compléments sur les offres, sans entraîner la modification de leurs éléments fondamentaux. Ces demandes ne permettent pas l'introduction d'une phase de quasi-négociation des offres dans la procédure de dialogue compétitif, mais servent au mieux à effectuer une mise au point.

Après l'attribution du marché, l'opérateur retenu pourra simplement « être amené à clarifier des aspects de son offre ou à confirmer les engagements figurant dans celle-ci »¹³ sans qu'aucune modification substantielle ne puisse avoir lieu. Il ne s'agit pas de négocier l'offre retenue postérieurement à l'attribution du marché.

Le dialogue se distingue clairement de la négociation dans la mesure où il ne porte pas sur les offres des candidats, mais uniquement sur la définition du projet¹⁴.

Dans le projet initial de directive communautaire, les dispositions relatives au dialogue compétitif mentionnaient indifféremment les termes de « négociation » et de « dialogue », en précisant toutefois que, dans cette procédure, la négociation se limitait à la phase précédant la remise des offres.

En maintenant uniquement le terme de dialogue, la volonté de distinguer les deux notions est affirmée¹⁵ : alors que la négociation n'a lieu qu'en procédures négociée et adaptée après la remise des offres, le dialogue est, au contraire, limité à la période qui précède la remise des offres. Le dialogue est même indispensable à la formulation d'une offre par les candidats, puisqu'il permet au pouvoir adjudicateur d'établir le cahier des charges.

Les deux notions se distinguent aussi par leur finalité : la négociation permet l'adéquation de l'offre au besoin afin de choisir l'offre la plus avantageuse, alors que le dialogue permet au pouvoir adjudicateur de rédiger le cahier des charges pour que les candidats soient en mesure de formuler une offre. Le choix de l'offre économiquement la plus avantageuse n'intervient qu'ultérieurement.

¹³ Article 29 point 7. de la directive 2004/18/CE du 31 mars 2004 ; article 67-VIII du Code des marchés publics

¹⁴ Alain MENEMIS, Laurent RICHER, « Dialogue et négociation dans la procédure de dialogue compétitif », CP-ACCP, n° 45, juin 2005, pp. 33 à 36

¹⁵ Voir en sens contraire : Alain MENEMIS, Laurent RICHER, « Dialogue et négociation dans la procédure de dialogue compétitif », CP-ACCP, n° 45, juin 2005, pp. 33 à 36 : « ceci ne suffit pas pour juger que le dialogue et la discussion présentent une différence de nature avec la négociation ».

Outre la procédure de dialogue compétitif, le concours envisage également qu'un dialogue ait lieu entre le jury et les candidats. Ce dialogue, qui n'est pas de la même nature que celui prévu dans le dialogue compétitif, ne permet pas non plus de procéder à de véritables négociations.

B. Le concours

Le concours est une procédure dérogatoire de passation des marchés publics pouvant être mise en œuvre dans certains domaines limitativement énumérés à l'article 38 du Code des marchés publics¹⁶.

La procédure est décrite à l'article 70 du Code des marchés publics. Elle prévoit l'intervention d'un jury, notamment pour le classement des prestations présentées par les candidats. Ce classement donne lieu à l'établissement d'un procès-verbal dans lequel est consigné « tout point nécessitant des éclaircissements ».

Ce n'est qu'ensuite qu'intervient une phase de discussion avec les candidats. Le dialogue porte sur ces points à éclaircir : le jury « peut inviter », c'est une simple faculté, les candidats à répondre aux questions consignées dans le procès-verbal.

Le but est seulement de « clarifier tel ou tel aspect d'un projet ».

Il ne s'agit donc pas de négociation.

En revanche, une phase de négociation peut avoir lieu ultérieurement, au moment de la sélection du lauréat qui sera attributaire du marché de services. La passation de ce marché correspond, en effet, à l'une des hypothèses permettant de recourir à la procédure négociée sans publicité ni mise en concurrence préalable.

Cette possibilité est mentionnée au point 7° de l'article 35 II du Code des marchés publics qui prévoit que « les marchés de services qui sont attribués à un ou plusieurs lauréats d'un concours peuvent être négociés sans publicité préalable et sans mise en concurrence ».

¹⁶ Cette procédure concerne les domaines de l'aménagement du territoire, de l'urbanisme, de l'architecture et de l'ingénierie ou des traitements de données, d'après l'article 38 du Code des marchés publics

Cette disposition est conforme au droit communautaire : l'article 31 3) de la directive n° 2004/18/CE du 31 mars 2004 prévoit que le recours à la procédure négociée sans publication d'un avis de marché est justifié « dans le cas des marchés publics de services, lorsque le marché considéré fait suite à un concours et doit, conformément aux règles applicables, être attribué au lauréat ou à un des lauréats du concours », précisant que tous les lauréats doivent être invités à participer aux négociations.

Il y a donc deux phases à distinguer dans la procédure de concours¹⁷.

La première a pour finalité le choix du ou des lauréats en fonction des plans et projets proposés. Les candidats remettent leurs prestations, lesquelles ne peuvent aucunement faire l'objet de négociation : seul un dialogue à finalité clarificatrice peut avoir lieu.

S'en suit la deuxième phase : celle de la procédure négociée pour l'attribution du marché de services. La Cour de justice des communautés européennes a posé des conditions pour qu'il puisse être fait appel à la procédure négociée : le marché de services doit découler du concours et doit avoir un lien fonctionnel avec le concours, et l'avis de concours devait préciser que le marché de services serait attribué obligatoirement à l'un des lauréats du concours¹⁸.

Lors de cette étape, le pouvoir adjudicateur devra alors négocier avec le ou les lauréats, avant de choisir l'attributaire.

Ainsi, la procédure de concours ne comporte une phase de négociation qu'en raison de l'application de l'une des hypothèses de procédure négociée sans publicité ni mise en concurrence, en vue de l'attribution du marché de service découlant du concours, après que les lauréats aient été choisis.

Cas particulier du marché de maîtrise d'œuvre – Par principe, ce marché de services particulier est passé selon la procédure du concours lorsque les seuils de procédure formalisée sont atteints, ou selon une procédure adaptée lorsqu'il est inférieur aux seuils, ce qui implique la possibilité de prévoir une phase de négociation¹⁹.

¹⁷ Droit des marchés publics, Editions Le Moniteur, III.221.12 Lauréat d'un concours (art. 35-II-7°)

¹⁸ CJCE, 14 octobre 2004, aff. C-340/02, *Commission contre France*

¹⁹ L'article 28 du Code des marchés publics sur la procédure adaptée précise que « le pouvoir adjudicateur peut négocier avec les candidats ayant présenté une offre ».

Par exception²⁰, la procédure de concours peut être remplacée par un appel d'offres, ce qui exclut impérativement la négociation, ou par une procédure négociée après publicité préalable et mise en concurrence lorsque les conditions de l'article 35 du Code des marchés publics sont remplies. Dans ce cas, une étape de négociation sera donc obligatoirement organisée ; les modalités prévues par l'article 74 III b) du Code des marchés publics s'appliquent par dérogation à l'article 65 du même code précisant les modalités de passation de la procédure négociée de droit commun.

En somme, la passation d'un marché de maîtrise d'œuvre conduira généralement à une étape de négociation : obligatoirement dans la procédure de concours ou la procédure négociée, facultativement dans la procédure adaptée. Seule la procédure d'appel d'offres exclut la possibilité de négocier les offres des candidats.

Le dialogue portant sur un projet de contrat ou visant à clarifier une offre ne peut pas être confondu avec la négociation dont l'objectif est d'adapter l'offre au besoin du pouvoir adjudicateur. Une telle négociation n'est prévue que dans deux procédures de passation des marchés publics : la procédure négociée et la procédure adaptée.

II. La négociation au sens restreint : un échange « post-remise de l'offre »

Le terme de négociation entendu de manière restrictive vise uniquement la phase comprise en aval de la remise des offres par les candidats et en amont du choix de l'offre par le pouvoir adjudicateur (B). Une telle négociation ne peut avoir lieu que lorsque la réglementation la prévoit (A).

A. Les procédures de passation incluant une phase de négociation

Une telle négociation n'est autorisée par la réglementation qu'au cours de deux procédures de passation des marchés publics.

²⁰ L'article 74 du Code des marchés publics prévoit qu'il peut être dérogé à la procédure de concours dans quatre cas, à savoir « 1° Pour l'attribution d'un marché de maîtrise d'œuvre relatif à la réutilisation ou à la réhabilitation d'ouvrages existants ; 2° [...] relatif à des ouvrages réalisés à titre de recherche, d'essai ou d'expérimentation ; 3° [...] qui ne confie aucune mission de conception au titulaire ; 4° [...] relatif à des ouvrages d'infrastructures.

En premier lieu, sont concernés les marchés dont le montant estimatif est inférieur aux seuils de procédure formalisée et qui sont passés selon une procédure adaptée telle que prévue à l'article 28 du Code des marchés publics ; il est précisé que « le pouvoir adjudicateur peut négocier avec les candidats ayant présenté une offre ». La négociation est donc une possibilité à la disposition du pouvoir adjudicateur : il décide discrétionnairement d'y recourir ou non.

En second lieu, la négociation est une étape qui précède obligatoirement le choix de l'offre lorsque la procédure négociée est mise en œuvre pour passer un marché. Cette procédure dérogatoire à l'appel d'offres n'est permise que dans les cas limitativement énumérés à l'article 35 du Code des marchés publics. Deux catégories de marchés négociés doivent par ailleurs être identifiées : ceux négociés après publicité préalable et mise en concurrence et ceux négociés sans publicité ni mise en concurrence.

L'article 34 du Code des marchés publics définit cette procédure comme étant celle « dans laquelle le pouvoir adjudicateur négocie les conditions du marché avec un ou plusieurs opérateurs économiques » ; autrement dit, l'étape de la négociation s'impose dès lors que le marché est passé selon une procédure négociée.

La négociation, qu'elle soit facultative en procédure adaptée ou obligatoire pour la procédure négociée, n'aura lieu qu'après le dépôt de leur offre par les candidats. En effet, il s'agit de confronter l'offre au besoin du pouvoir adjudicateur et d'en modifier certains aspects pour la rendre plus adéquate à ce besoin.

B. Une étape clairement délimitée dans la procédure de passation

Les procédures adaptées et négociées permettent au pouvoir adjudicateur, après avoir pris connaissance des offres des candidats, de discuter du contenu de ces offres avec leurs auteurs, dans le but de les faire concorder au mieux avec le besoin objet du marché.

Cette phase peut donc conduire les candidats à modifier leur offre. A cet égard, des limites sont expressément posées par les dispositions relatives au déroulement de la procédure négociée. L'article 66-V du Code des marchés publics prévoit que la négociation « ne peut porter sur l'objet du marché, ni modifier substantiellement les caractéristiques et les conditions d'exécution du marché telles qu'elles sont définies dans les documents de la

consultation ». Les termes de la négociation sont de cette manière encadrée pour ne pas méconnaître l'égalité de traitement des candidats, principe fondamental de la commande publique²¹ (encadrement cependant incertain eu égard à la généralité de la règle énoncée).

Ces limites ne sont pas mentionnées dans les dispositions relatives à la négociation dans le cadre d'une procédure adaptée²² ; elles s'imposent néanmoins logiquement, puisque leur méconnaissance conduirait à ne pas respecter le principe d'égalité de traitement. Or les principes fondamentaux s'imposent indifféremment à la passation des marchés selon une procédure formalisée ou adaptée²³.

Ce n'est qu'au terme des négociations que les offres sont définitives : elles peuvent alors être examinées au regard des critères d'attribution, puis classées, afin d'attribuer le marché au candidat dont l'offre est économiquement la plus avantageuse.

Une fois le marché attribué, l'offre du candidat retenu ne peut plus faire l'objet de négociations : elle est définitive.

La phase de négociation est donc clairement délimitée par la remise des offres initiales et l'examen des offres négociées.

Section 2 : La confrontation à la négociation dans la commande publique

Alors que la négociation n'apparaît dans les procédures de passation des marchés publics qu'à titre dérogatoire, elle est une étape primordiale dans la passation des conventions de délégation de service public (I). Généralement, les contrats de partenariat incluent également, au cours de leur passation, une phase d'échanges caractérisée par un dialogue, dans la mesure où le dialogue compétitif est la procédure à laquelle il est logiquement recouru (II).

²¹ Article 1^{er} du Code des marchés publics

²² L'article 28 du Code des marchés publics mentionne simplement que « cette négociation peut porter sur tous les éléments de l'offre, notamment sur le prix. »

²³ CJCE, ord., 3 décembre 2001, aff. C-59/00, *Bent Moustén Vestergaard* ; CE, avis, 29 juillet 2002, n° 246921, *Sté MAJ Blanchisseries de Pantin*

I. Comparaison avec la notion de négociation dans les délégations de service public

A la différence de la passation des marchés publics, la passation d'une convention de délégation de service public impose une étape de négociation avec les délégataires potentiels (A). De même, la négociation menée en délégation de service public ne se déroule pas de la même manière que celle admise par exception en marché public : son étendue est plus vaste, son organisation est empreinte de beaucoup de liberté (B).

A. L'obligation de négocier dans la procédure de passation des délégations de service public

Si l'on considère qu'aucun principe ne peut exister sans exception, la négociation en matière de délégations de service public n'est pas un principe. Il s'agit, en effet, d'une obligation qui ne souffre aucune exception. Conformément aux dispositions régissant la passation des délégations de service public, l'autorité délégante procède au choix du délégataire « au terme des négociations »²⁴, ce qui implique obligatoirement que les offres des candidats retenus soient négociées²⁵.

Cette modalité a été introduite dès 1993, dans la loi Sapin²⁶. Elle s'expliquerait par le fait que la délégation de service public est un contrat conclu *intuitu personae*, ce qui rend nécessaire le maintien d'une liberté dans le choix du délégataire au profit du délégant. La négociation garantirait le libre choix du délégataire. « Le principe d'une négociation préalablement au choix du délégataire confirme [...] la volonté du législateur de laisser à l'autorité délégante une grande latitude dans la sélection de son co-contractant »²⁷.

A l'inverse, l'attribution du marché public selon la procédure d'appel d'offres se fait au terme d'une mise en concurrence, en appliquant les critères établis dans l'avis d'appel public à la concurrence ou le règlement de la consultation, sans permettre qu'une discussion ait lieu entre le pouvoir adjudicateur et les candidats.

²⁴ Article L.1411-1 al.5 du Code général des collectivités territoriales

²⁵ Sur l'obligation de négocier au cours de la passation d'une DSP, voir en sens contraire un arrêt récent : TA Cergy-Pontoise, 2 décembre 2010, n° 07-07713, *SA Autos Polyservices Remorquages (APR)*

²⁶ Loi n° 93-122 du 29 janvier 1993 relative à la prévention de la corruption et à la transparence de la vie économique et des procédures publiques

²⁷ Lamy Droit public des affaires 2010, n° 3646

Par exception, l'attribution est précédée d'une négociation dans le cadre des procédures négociées ; son étendue est encadrée par la réglementation qui interdit notamment qu'elle porte sur l'objet du marché.

Cette phase est nettement moins bridée pour la passation des délégations de service public.

B. Une forme de négociation propre aux délégations de service public

Les offres sont librement négociées par l'autorité délégante, d'après l'article L.1411-1 du Code général des collectivités territoriales. Aucune disposition ne vient limiter cette phase, contrairement à l'article 66 du Code des marchés publics qui précise que la négociation « ne peut porter sur l'objet du marché ni modifier substantiellement les caractéristiques et les conditions d'exécution du marché telles qu'elles sont définies dans les documents de la consultation »²⁸. Ainsi, le pouvoir adjudicateur est étroitement lié par les mentions faites dans ces documents : dès lors que ces mentions sont trop précises, sa capacité à négocier s'en trouve nettement amoindrie.

Il en va autrement de l'étendue de la négociation dans les délégations de service public : la marge de manœuvre de l'autorité délégante est supérieure à celle du pouvoir adjudicateur. Par conséquent, la jurisprudence sur la négociation dans les délégations de service public n'est pas toujours transposable aux marchés publics. Il en est ainsi concernant les atteintes à l'objet du contrat : si la modification de l'objet reste prohibée, son adaptation par le jeu de la négociation peut être admise, dans certaines conditions, pour la passation d'une délégation de service public²⁹. Rappelons que toute négociation portant sur l'objet du marché est expressément interdite lors de la procédure négociée.

Une autre différence notable tient au nombre minimum de candidats admis à présenter une offre et avec lesquels sera donc menée la négociation. Alors que la procédure négociée impose de retenir au moins trois candidats, l'autorité délégante peut choisir de ne retenir qu'un seul candidat ; les négociations ne seront donc engagées qu'avec celui-ci³⁰.

C'est finalement la logique intrinsèque aux conventions de délégation de service public qui conditionne les différences avec la négociation qui a lieu par exception lors de la passation

²⁸ Article 66-V du Code des marchés publics

²⁹ Droit des marchés publics, Editions Le Moniteur, III-222.3 Négociation

³⁰ CE, 14 mars 2003, n° 251610, *Société Air Lib*

des marchés publics. Lorsqu'il s'agit de déléguer la gestion d'un service public, la personne publique a des attentes précises liées aux exigences de ce service ; c'est le service public qui détermine le cadre de la négociation.

Alors que la passation d'une délégation de service public impose une étape de négociation, l'organisation d'une discussion au cours de la passation d'un contrat de partenariat dépend de la procédure mise en œuvre. Mais à la différence des marchés publics, une phase d'échanges aura généralement lieu.

II. Comparaison avec la notion de négociation dans les contrats de partenariat

Les contrats de partenariat, troisième grande catégorie de contrats réglementés de la commande publique, après les marchés publics et les délégations de services publics, peuvent être passés selon une procédure d'appel d'offres, de dialogue compétitif sous réserve que les conditions soient remplies, voire selon une procédure négociée lorsque le montant du contrat est inférieur aux seuils de procédure formalisée³¹. Deux procédures permettent donc en théorie qu'une discussion soit organisée entre la personne publique et les candidats (A). En pratique, toutefois, seul le dialogue en amont de la remise des offres aura lieu, excluant toute négociation en aval (B).

A. Dialogue et négociation dans la passation des contrats de partenariat

Il ne peut y avoir de phase de négociation des offres des partenaires potentiels que si la procédure négociée a été mise en œuvre pour passer le contrat. Or le recours à cette procédure est conditionné par le montant du contrat, lequel doit être inférieur au seuil de 4 845 000 € HT³². Il s'agit là d'une différence notable par rapport à la procédure négociée en marché public qui vise, au contraire, les contrats d'un montant supérieur aux seuils de procédure formalisée.

³¹ Article 5 de l'ordonnance n° 2004-559 du 17 juin 2004 sur les contrats de partenariats ; article L.1414-5 du Code général des collectivités territoriales

³² Article 7 de l'ordonnance n° 2004-559 ; article L.1414-8-1 du CGCT ; article D.1414-5 du CGCT pour le montant du seuil

Néanmoins, cette différence n'est qu'un constat sans conséquence dans la mesure où la procédure négociée est une possibilité théorique inutilisée en pratique. Cela est dû au fait que lorsque la personne publique recourt au contrat de partenariat, le montant du contrat en cause est en général nettement supérieur au seuil mentionné.

En effet, dans le contrat de partenariat, il s'agit de confier une mission globale comportant la construction, l'entretien, la maintenance, l'exploitation, voire la conception des ouvrages ou équipements, d'où l'importance du montant du contrat. L'étendue de la mission révèle également la complexité de l'objet du contrat, laquelle rend utile le recours à la procédure de dialogue compétitif.

La mise en œuvre de cette procédure doit classiquement être justifiée par le fait que la personne publique n'est pas en mesure de définir les moyens techniques pour répondre à son besoin ou le montage juridique ou financier du projet³³. Ces conditions sont identiques à celles prévues pour la passation d'un marché public.

En conséquence, le dialogue mené a pour objet de « définir les moyens techniques et le montage juridique et financier les mieux à même de répondre [aux besoins de la personne publique] »³⁴. Il s'agit donc d'une discussion sur le projet de contrat ; aucune négociation n'est permise une fois les offres remises par les candidats, à l'issue du dialogue.

La procédure est tout à fait similaire à celle du dialogue compétitif pour la passation d'un marché public.

Si les procédures sont les mêmes, la différence se situe au niveau de l'objet du contrat : les caractères complexe et global de la mission confiée au partenaire le distingue du marché public. Ces caractères ont aussi une conséquence sur la nécessité même d'engager une discussion lors de la passation du contrat.

B. Un dialogue rendu nécessaire par la globalité et la complexité de l'objet du contrat

Si le recours à la procédure négociée doit être écarté en raison du montant du contrat qui sera en toute logique supérieur au seuil prévu, il doit en être de même pour la procédure d'appel

³³ Article 5 de l'ordonnance n° 2004-559 du 17 juin 2004

³⁴ Article 7-I de l'ordonnance n° 2004-559 du 17 juin 2004

d'offres pour un autre motif. Cette procédure ne convient pas à la nature même du contrat de partenariat. En effet, ce contrat a pour but de confier une mission globale au partenaire. Et cette globalité est rendue nécessaire par le projet sur lequel porte le contrat. Ce projet sera généralement soit complexe, soit urgent : le recours au contrat de partenariat n'est possible que si l'un de ces critères est rempli. Même s'il existe un troisième critère, celui de l'efficacité économique, de nature à permettre le recours à ce contrat, la complexité ou l'urgence sont les justifications les plus fréquentes.

Par ailleurs, si la complexité du projet est avérée, elle permet non seulement de passer un contrat de partenariat, mais aussi d'effectuer cette passation grâce à la procédure de dialogue compétitif. Cette procédure en devient quasi-automatique. Contrairement à l'appel d'offres, le dialogue compétitif est approprié à l'ampleur du projet, à sa durée et aux investissements financiers générés. Le dialogue, ou négociation en amont de la remise des offres, permet de clarifier le besoin de la personne publique.

L'absence de négociation en aval n'est cependant pas un inconvénient dans la mesure où le dialogue mené au préalable porte en pratique aussi sur le « futur » contenu des offres. Même si les candidats ne prennent pas d'engagement au stade du dialogue, les attentes de la personne publique sont connues. Dans tous les cas, la demande de clarifications, précisions, compléments ou perfectionnements postérieurement à la remise des offres est identique à celle prévue dans le dialogue compétitif pour la passation d'un marché public.

CHAPITRE 2 : La place croissante de la négociation dans le droit des marchés publics

L'enchaînement des codes des marchés publics au cours de la dernière décennie a permis une évolution de la place laissée à la négociation dans la passation des marchés. Les dispositions réglementaires modifiées au fil des codes engendrant l'émancipation de la négociation sont celles relatives à la procédure d'appel d'offres, à la procédure négociée et à la procédure adaptée. La première descend de son piédestal, la deuxième fait l'objet d'une clarification et la troisième sort enfin de l'ombre. Il convient d'exposer l'état actuel de l'approche faite de la négociation dans les procédures de passation des marchés publics (Section 1), avant de constater dans quelle mesure des considérations d'ordre économique ont pu conduire au développement des possibilités de négocier (Section 2).

Section 1 : La négociation dans les procédures d'appel d'offres, négociée et adaptée

Malgré les modifications réglementaires nombreuses apportées à la matière des marchés publics, l'appel d'offres demeure la procédure de passation de principe. Et l'impossibilité de négocier continue de le caractériser (I). En parallèle, les procédures qui comportent une phase de négociation tendent à s'imposer : la mention expresse de la possibilité de négocier en procédure adaptée en est une parfaite illustration. Le Code des marchés publics intègre alors progressivement la notion de négociation dans ses dispositions (II).

I. Une interdiction toujours affirmée dans l'appel d'offres, procédure formalisée de principe

Aussi bien en appel d'offres ouvert qu'en appel d'offres restreint, les dispositions du Code des marchés publics excluent expressément que les offres des candidats fassent l'objet d'une négociation (A) : cela entacherait la procédure d'irrégularité. Cette interdiction serait fondée sur des motifs économiques et juridiques intrinsèquement liés(B).

A. L'interdiction de négocier dans le cadre de la procédure d'appel d'offres

Les dispositions relatives au déroulement de la procédure d'appel d'offres mentionnent formellement qu'« il ne peut y avoir de négociation avec les candidats ». Cette précision, qui est reprise deux fois à l'identique, respectivement pour la procédure ouverte³⁵ et pour la procédure restreinte³⁶, est superfétatoire dans la mesure où la définition de l'appel d'offres en faisait déjà état. En effet, l'article 33 du Code des marchés publics définit l'appel d'offres comme « la procédure par laquelle le pouvoir adjudicateur choisit l'attributaire, sans négociation, sur la base de critères objectifs [...] ».

Au cours de la procédure, le pouvoir adjudicateur a toutefois - mais « seulement » - la possibilité de demander aux candidats de préciser ou compléter la teneur de l'offre³⁷. Ces demandes ne peuvent nullement se transformer en négociation. Il en est de même de la mise au point des composantes du marché³⁸ pouvant avoir lieu après attribution avec le candidat retenu.

Si l'interdiction de négocier en procédure d'appel d'offres est indiscutable, la portée de cette interdiction peut néanmoins être sujette à discussion : la rédaction de l'article 26 du Code des marchés publics présentant les différentes procédures a évolué dans les codes successifs de manière à réduire l'écart entre l'appel d'offres et les autres procédures formalisées. Avant 2006, « les marchés [étaient] passés sur appel d'offres »³⁹ : le principe est clairement affirmé, reléguant au rang d'exceptions les autres procédures formalisées. Le code de 2006 mise sur une autre approche, à savoir l'énumération des différentes procédures formalisées selon lesquelles les pouvoirs adjudicateurs passent leurs marchés et mentionnent les conditions de recours à la procédure adaptée.

Sur un plan purement descriptif, on assiste aussi à une raréfaction de l'expression même d'« appel d'offres » par le changement des procédures : l'appel d'offres sur concours devient la procédure de concours et l'appel d'offres sur performance est remplacé par le dialogue compétitif.

³⁵ Article 59-I du Code des marchés publics

³⁶ Article 64-I du Code des marchés publics

³⁷ Articles 59-I et 64-I du Code des marchés publics

³⁸ Articles 59-II et 64-II du Code des marchés publics

³⁹ Ex-article 26 du Code des marchés publics de 2004 et 2006

Entre dévalorisation de l'appel d'offres et revalorisation des autres procédures, l'impact de ce changement de rédaction reste symbolique⁴⁰ : la procédure de principe est et demeure l'appel d'offres, parce qu'aucune condition ne vient limiter la possibilité d'y recourir. A l'inverse, la procédure adaptée est conditionnée par le montant du marché et le recours à la procédure négociée est lié aux circonstances et contexte dans lesquels le pouvoir adjudicateur passe le marché.

Le seul élément qui permettrait d'affirmer un recul de l'appel d'offres, et corrélativement une diminution du champ de l'interdiction de négocier, est le relèvement des seuils imposant le recours à la procédure formalisée, principalement en matière de travaux. En effet, avant 2004, l'appel d'offres s'imposait dès 130 000 € HT pour l'Etat et 200 000 € HT pour les collectivités territoriales. S'alignant sur les seuils communautaires, l'appel d'offres ne s'imposait plus qu'à partir de 5 900 000 € HT (seuil actuellement fixé à 4 845 000 € HT).

Le code de 2004 permettait alors de recourir à la procédure négociée pour les marchés compris entre 230 000 € HT et 5 900 000 € HT⁴¹. Mais allant également dans le sens d'une augmentation du champ de la procédure adaptée, ce seuil intermédiaire est supprimé en 2008⁴².

En conséquence du relèvement des seuils, le recours à la procédure adaptée est élargi : quantitativement, le nombre de marchés pouvant être passé selon une procédure adaptée augmente, ce qui engendre l'augmentation du nombre de marchés susceptibles d'intégrer une phase de négociation. Il faut cependant noter que la négociation n'étant qu'une faculté dont dispose le pouvoir adjudicateur, le développement de la négociation n'est, dans les faits, pas proportionnel au nombre de marchés passés en procédure adaptée.

Malgré la succession des codes des marchés publics et l'évolution de la réglementation, l'interdiction de négocier en appel d'offres a toujours été réaffirmée. Il est à présent intéressant d'exposer les raisons qui ont conduit à poser cette interdiction afin de comprendre cette position réglementaire constante.

⁴⁰ François LICHERE, « L'appel d'offres au fil des codes », CP-ACCP, n° 67, juin 2007, pp. 28 à 32

⁴¹ Ex-article 35-I-5° du Code des marchés publics

⁴² Article 3 du Décret n° 2008-1355 du 19 décembre 2008 de mise en œuvre du plan de relance économique dans les marchés publics, qui supprime le 5° du I de l'article 35 du Code des marchés publics

B. Les fondements de l'interdiction de principe

Pour comprendre les raisons de l'interdiction de négocier en appel d'offres, il faut remonter aux fondements mêmes de cette procédure : en somme, pourquoi passe-t-on des marchés publics selon la procédure d'appel d'offres ? Des motifs économiques et juridiques se conjuguent.

Initialement, c'est la protection des deniers publics qui était visée ; il s'agit de « garantir juridiquement une qualité économiquement optimale des marchés attribués »⁴³. L'objectivation de cette attribution devait aussi mettre un terme à la corruption qui entachait traditionnellement la passation des marchés publics.

Plus récemment, la rigueur des modalités de passation de ces contrats a aussi été justifiée par des considérations relatives à la concurrence entre les opérateurs économiques présents sur un même marché. Il est indéniable que l'achat public a un impact sur l'économie eu égard, notamment, à la régularité des besoins, aux montants des contrats, au caractère toujours solvable des personnes publiques écartant ainsi le risque de défaut de paiement. Le formalisme dont est emprunté l'appel d'offres permet d'assurer le respect des principes fondamentaux de la commande publique tels qu'ils sont aujourd'hui reconnus, alors même que la procédure d'appel d'offres existait bien avant leur consécration. Ainsi, le formalisme objectif de l'appel d'offres garantit la sécurité juridique du contrat. Dès lors qu'aucune négociation, qu'aucun échange n'a lieu entre le pouvoir adjudicateur et les opérateurs économiques, sont évités les risques de rompre l'égalité entre les candidats et les risques d'arrangement entre les parties.

En clair, la procédure de publicité et de mise en concurrence de l'appel d'offres doit permettre, d'une part, à l'ensemble des opérateurs économiques de soumissionner et, d'autre part, au pouvoir adjudicateur de déterminer objectivement l'offre économiquement la plus avantageuse.

Idéalement, le besoin du pouvoir adjudicateur aura été défini de manière claire, précise et détaillée dans le cahier des charges, et les offres proposées par les candidats y répondront au mieux, ceux-ci ayant eu connaissance des critères qui serviront à l'attribution objective du marché. Dans ces conditions, la négociation apparaît tout simplement inutile, ce que confirme

⁴³ Frédéric ALLAIRE, « Dépasser le droit des marchés publics », AJDA 2009, p. 1696

une approche économique reposant sur le risque de l'incertitude des candidats⁴⁴. Selon cette théorie, l'appel d'offres serait la procédure d'optimisation de l'achat public par excellence dans la mesure où le candidat, n'étant pas certain de la performance de son offre, proposerait immédiatement la meilleure offre qu'il soit en mesure de formuler pour assurer ses chances d'être désigné attributaire. L'absence de négociation serait donc même un facteur incitant les opérateurs à formuler de meilleures offres. Mais cela ne vaut qu'à la condition que le marché économique en cause soit effectivement concurrentiel.

L'absence de négociation en appel d'offres repose donc sur deux ordres de justification : la sécurité juridique, l'absence d'échange étant un rempart contre la corruption, et l'efficacité économique, les candidats présentant immédiatement une offre optimale.

Mais l'appel d'offres et l'interdiction de négocier inhérente à cette procédure ne sont pas adaptés à tous les marchés publics, en raison du montant du marché et de l'effectivité de l'espace concurrentiel. La réglementation prend acte de ce constat en développant les possibilités d'intégrer une phase de négociation dans la passation des marchés, par le biais de procédures dérogatoires.

II. L'extension progressive des hypothèses permettant d'intégrer une phase de négociation dans la passation des marchés publics

La procédure négociée comme procédure formalisée dérogatoire à l'appel d'offres apparaît déjà dans le Code des marchés publics antérieur à 2001. Son champ d'application était, toutefois, nettement plus restreint qu'il ne l'est actuellement (A). Concernant les marchés d'un montant inférieur aux seuils imposant une procédure formalisée, une phase de négociation dans la passation n'a été formellement admise que récemment par les textes. La pratique avait, cependant, anticipé cette précision réglementaire (B).

⁴⁴ Yves-René GUILLOU, « Pourquoi et quand recourir à la négociation ? », CP-ACCP, n° 45, juin 2005, pp. 22 à 30

A. L'élargissement du recours exceptionnel et conditionné à la procédure négociée

La clarification des hypothèses de recours à cette procédure formalisée dérogatoire – Le décret du 1^{er} août 2006⁴⁵ réorganise l'article 35 du Code des marchés publics qui liste les différentes hypothèses de recours à la procédure négociée. Deux familles sont à distinguer : la procédure négociée après publicité préalable et mise en concurrence, et celle sans publicité préalable et sans mise en concurrence.

La route menant à cette clarté a été longue. Une chronologie rapide peut être présentée pour matérialiser le chemin parcouru⁴⁶. La négociation est présente en substance dès le code de 1964, à travers les marchés dits de « gré à gré », c'est-à-dire ceux pour lesquels « la collectivité ou l'établissement engage librement les discussions qui lui paraissent utiles et attribue librement le marché à l'entrepreneur ou au fournisseur retenu »⁴⁷. Le changement terminologique s'opère lorsque les marchés de gré à gré sont remplacés par les marchés négociés⁴⁸ ; la notion apparaît formellement. Le code distingue encore à cette période les marchés de l'Etat et de ses établissements publics autres que ceux ayant le caractère industriel et commercial d'une part (Livre II), et les marchés passés au nom des collectivités locales et de leurs établissements publics d'autre part (Livre III). Un décret de 1992 va enfin consacrer l'expression de « procédure négociée »⁴⁹.

Outre la terminologie, ce sont les cas de recours à la procédure négociée qui ont évolué. On peut ainsi noter que ces hypothèses étaient parfois conditionnées par un montant maximum. Enfin, les codes de 2001 et 2004 distinguaient trois familles de procédure négociée : avec publicité et mise en concurrence, sans publicité ni mise en concurrence et celle « sans publicité préalable mais avec mise en concurrence ». Cette dernière catégorie sera pour partie refondue dans les deux autres dans le code de 2006 et pour partie supprimée (l'hypothèse des marchés exigeant le secret relève de l'article 3 point 7° du Code des marchés publics sur les exclusions du champ d'application de la réglementation). Un des apports notables du code de 2006 concerne la distinction opérée entre les offres inacceptables ou irrecevables et les offres

⁴⁵ Décret n° 2006-975 du 1^{er} août 2006 portant Code des marchés publics NOR : ECOM0620003D

⁴⁶ Droit des marchés publics, Editions Le Moniteur, III-220.1 Négociation et droit des marchés publics

⁴⁷ Article 36 du décret n° 60-724 du 25 juillet 1960 relatif aux marchés passés au nom des départements, des communes, des syndicats de communes, des établissements publics départementaux et communaux ; codifié par le décret 66-887 du 28 novembre 1966 modifiant et complétant le décret n° 64-729 du 17 juillet 1964 modifié portant codification des textes réglementaires relatifs aux marchés publics

⁴⁸ Article 15 du décret n° 76-89 du 21 janvier 1976 tendant à améliorer la mise en concurrence des marchés publics

⁴⁹ Article 62 du décret n° 92-1310 du 15 décembre 1992 portant simplification du Code des marchés publics

inappropriées : seul ce dernier cas permet la procédure négociée sans publicité ni mise en concurrence ; dans le premier cas, la publicité et mise en concurrence s'impose toujours.

Résiduellement, l'article 35 II du Code des marchés publics intègre deux nouvelles hypothèses : les marchés ayant pour objet l'achat de matières premières cotées et achetées en bourse (art. 35 II 9° du CMP), ainsi que ceux ayant pour objet l'achat de fournitures à des conditions particulièrement avantageuses (art. 35 II 10° du CMP).

Au final, l'article 35 du Code des marchés publics est devenu la transposition quasi-parfaite des dispositions communautaires⁵⁰ listant les cas de recours aux marchés négociés uniquement en fonction des caractéristiques des marchés, et non en fonction de leur nature ou montant. La dernière divergence est supprimée en 2008 : il s'agit du recours à la procédure négociée avec publicité et mise en concurrence dans l'hypothèse d'un marché de travaux dont le montant est compris entre 206 000 € HT et 5 150 000 € HT.

Sans citer exhaustivement tous les cas de recours à la procédure négociée, il peut être fait état de ceux auxquels le pouvoir adjudicateur est susceptible de faire appel le plus fréquemment.

En premier lieu, lorsqu'un appel d'offres ou dialogue compétitif est infructueux au motif que seules des offres inacceptables ou irrégulières ont été déposées, le marché pourra être négocié après publicité et mise en concurrence (art. 35 I 1° du CMP).

En second lieu, les recours les plus notables à la procédure sans publicité ni mise en concurrence sont les suivants : suite à l'infructuosité d'un appel d'offres en raison d'offres inappropriées ou de l'absence d'offres (art. 35 II 3° du CMP) ; la passation de marchés complémentaires de fournitures (art. 35 II 4° du CMP) ou de marchés complémentaires de services et travaux (art. 35 II 5° du CMP). Dans ce dernier cas, le montant cumulé des travaux complémentaires est limité ; ce maximum, qui était fixé à 33% du montant du marché principal dans le code de 2001, a été augmenté à 50% du marché principal dans le code de 2004, opérant ainsi un alignement du droit national sur le droit communautaire.

Enfin l'attribution d'un marché de service au lauréat d'un concours peut aussi procéder d'une négociation sans publicité ni mise en concurrence (art. 35 II 7° du CMP) : on estime que ces modalités ont été effectuées lors de la procédure de concours.

⁵⁰ Articles 30 et 31 de la directive n° 2004/18/CE du 31 mars 2004

Il faut par ailleurs noter que lorsque le pouvoir adjudicateur a la qualité d'entité adjudicatrice, ces hypothèses restrictives de recours à la procédure négociée ne s'appliquent pas. En effet, les dispositions applicables aux entités adjudicatrices sont celles de la deuxième partie du Code des marchés publics. L'article 144 de ce code dispose que pour la passation de leurs marchés, les entités adjudicatrices « choisissent librement » entre la procédure négociée avec mise en concurrence, l'appel d'offres, le concours et le système d'acquisition dynamique.

La procédure négociée avec mise en concurrence (et avec publicité préalable d'après l'article 150 du Code des marchés publics) est ainsi relevée au rang de procédure de droit commun : aucune condition de recours n'est imposée.

L'explication de cette différence tient aux secteurs d'interventions dans lesquels sont passés les marchés. Un pouvoir adjudicateur n'est qualifié d'entité adjudicatrice que lorsqu'il passe des marchés en tant qu'opérateur de réseaux dans les domaines de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux, d'après les articles 134 et 135 du Code des marchés publics. C'est la logique économique à laquelle sont soumises les entités adjudicatrices qui justifie, pour les secteurs de réseaux, le recours sans condition à la procédure négociée avec mise en concurrence⁵¹.

L'article 144 II du Code des marchés publics prévoit également une dizaine d'hypothèses de recours à la procédure négociée sans mise en concurrence - et sans publicité, d'après l'article 150 du même code. Ces hypothèses sont similaires à celles de l'article 35 du Code des marchés publics pour les pouvoirs adjudicateurs. On peut tout de même mentionner le cas particulier des marchés « ayant pour objet l'achat de fournitures qu'il est possible d'acquérir en profitant d'une occasion particulièrement avantageuse qui se présente dans une période de temps très courte et qui permet de payer un prix considérablement plus bas que les prix normalement pratiqués sur le marché » (art. 144 II 10° du CMP).

L'obligation de négocier – Pour rappel, l'article 34 du Code des marchés publics définit la procédure négociée comme « une procédure dans laquelle le pouvoir adjudicateur négocie les conditions du marché avec un ou plusieurs opérateurs économiques ». L'emploi d'un présent de l'indicatif à valeur impérative tranche nettement avec la formulation antérieure au code de

⁵¹ François LICHERE, « L'appel d'offres au fil des codes », CP-ACCP, n° 67, juin 2007, pp. 28 à 32

2001 selon laquelle « la personne responsable du marché engage librement les discussions qui lui paraissent utiles avec les candidats de son choix »⁵².

En toute logique, recourir à la procédure négociée sans négocier est un non sens, voire un détournement de procédure : cette phase d'échanges avec les candidats a pour but de rendre une offre économiquement plus avantageuse que dans sa version initiale. S'interdire de négocier, revient à passer une procédure d'appel d'offres. Or celle-ci oblige à publier un avis public d'appel à la concurrence, lequel fait défaut en cas de recours à l'article 35 II du Code des marchés publics. Le détournement de procédure serait avéré.

De surcroît, en se tenant à la lettre du code, l'article 66 énonce formellement que c'est « au terme des négociations » que l'offre est choisie. Il en résulte que si les négociations n'ont pas lieu, le marché ne pourra pas être attribué. Les négociations s'imposent lorsqu'il est fait application de la procédure négociée.

Outre cette procédure formalisée dérogatoire, une phase de négociation est aussi prévue dans le cadre de la procédure adaptée.

B. La négociation dans la passation des marchés selon une procédure adaptée

La possibilité de négocier en procédure adaptée – « Le pouvoir adjudicateur peut négocier avec les candidats ayant remis une offre ». Cette disposition a été récemment introduite dans l'article 28 du Code des marchés publics, sur la procédure adaptée, par le décret « plan de relance de l'économie »⁵³ de 2008.

La négociation n'était pas pour autant interdite avant que cette précision ne soit faite. Au contraire, il était déjà admis par la doctrine que « rien ne s'oppose à la mise en œuvre d'une phase de négociation dans les marchés publics à procédure adaptée »⁵⁴. La circulaire d'application du code de 2004 encourageait déjà le recours à la négociation, précisant que ce

⁵² Ex-article 103 du Code des marchés publics de 1964

⁵³ Article 36 du décret n° 2008-1355 du 19 décembre 2008 de mise en œuvre du plan de relance économique dans les marchés publics, ECEX0829772D, JO du 20 décembre 2008, p. 19544

⁵⁴ Brigitte ROMAN-SEQUENSE, « Les nouvelles modalités de la négociation », Contrats-Marchés publ., n° 2, février 2007, Pratiques professionnelles n° 2, pp. 37 à 38

recours « est possible pour tous [les] marchés [dont le montant est inférieur au seuil fixé à l'article 28], sans aucune condition ni de circonstance ni de montant du marché »⁵⁵.

La possibilité de recourir à la négociation en procédure adaptée, qui était considérée comme étant de droit⁵⁶, a simplement été officialisée par le décret de 2008.

Une condition de seuil doit néanmoins être respectée pour passer un marché en procédure adaptée : la valeur estimée du marché doit être inférieure aux seuils de procédure formalisée mentionnés à l'article 26 II du Code des marchés publics. Les marchés de fournitures et services peuvent être passés selon une procédure adaptée lorsque le besoin est inférieur à 125 000 € HT pour l'Etat et 193 000 € HT pour les collectivités territoriales. Notons qu'il y a une différence significative de seuil lorsque les pouvoirs adjudicateurs passent des marchés de fournitures ou services en tant qu'entités adjudicatrices (387 000 € HT, article 144 IIIa) du Code des marchés publics).

Les marchés de travaux d'un montant inférieur à 4 845 000 € HT peuvent aussi être passés selon une procédure adaptée, ce seuil étant identique pour tous les pouvoirs adjudicateurs, y compris les entités adjudicatrices.

La restriction qui ne permettait de passer en procédure adaptée les seuls marchés de travaux inférieurs à 206 000 € HT a été supprimée par le décret précité de 2008. La suppression de ce seuil intermédiaire a permis de s'aligner sur le droit communautaire.

Par dérogation aux règles de computation des seuils, certains lots d'un marché peuvent être passés selon une procédure adaptée alors même que le montant global du marché est supérieur aux seuils de procédure formalisée. Par conséquent, ces lots pourraient également faire l'objet de négociation. Il s'agit de l'hypothèse développée à l'article 27 III du Code des marchés publics : les lots concernés doivent être inférieurs à des seuils spécifiques, à savoir 80 000 € HT pour les marchés de fournitures et services, et 1 000 000 € HT pour les marchés de travaux, et le montant cumulé de ces lots ne doit pas excéder 20% de la valeur totale du marché alloti.

Il existe enfin une hypothèse dans laquelle le pouvoir adjudicateur peut librement recourir à la procédure adaptée, quel que soit le montant du contrat : il s'agit de la passation des marchés

⁵⁵ Circulaire du 7 janvier 2004 portant manuel d'application du Code des marchés publics, ECOZ0300024C, troisième partie, point 11, JO du 8 janvier 2004 p. 37031

⁵⁶ Yves-René GUILLOU, « Méthodologie de la négociation dans les marchés publics », CP-ACCP, n° 31, mars 2004, pp. 102 à 114

de services qui ne sont pas mentionnés à l'article 29 du Code des marchés publics. Depuis 2005, l'article 30 du code précise la possibilité de passer ces marchés selon une procédure adaptée⁵⁷.

Etant donné qu'une phase de négociation peut avoir lieu au cours de cette procédure, les marchés de services relevant de l'article 30 peuvent être négociés sans condition de seuil (par exception à l'article 28), ni conditions tenant à des circonstances particulières (par exception à l'article 35).

Ainsi, le champ d'application de la procédure adaptée est potentiellement vaste ; il en est par conséquent de même de la possibilité de négocier. Il faut cependant convenir que, s'agissant d'une faculté à la disposition du pouvoir adjudicateur, le recours effectif à la négociation reste à sa discrétion, dans la mesure où il détermine librement les modalités de la procédure.

Le silence des directives communautaires – S'il est vrai que le droit communautaire détermine l'essentiel du contenu du droit des marchés publics, il n'en demeure pas moins que le champ d'application des directives « Marchés publics » de 2004 est cantonné aux marchés d'un montant supérieur aux seuils de procédures formalisées. Logiquement, aucune disposition ne traite de la question des marchés inférieurs aux seuils passés selon une procédure adaptée, qui de ce fait est « d'origine exclusivement prétorienne »⁵⁸. Ce silence permet de considérer que rien ne s'oppose à ce que ces marchés soient négociés, alors même qu'ils présenteraient un intérêt transfrontalier certain. La seule limite est celle du respect des règles fondamentales du Traité CE. L'ex-Cour de justice des communautés européennes (et actuelle Cour de justice de l'Union européenne) a, en effet, précisé que l'exclusion du champ d'application des directives en raison du montant du marché n'empêche pas sa soumission aux règles fondamentales du Traité⁵⁹.

Dès lors que l'organisation et le déroulement de la négociation sont conformes aux règles du Traité, rien ne fait obstacle à ce que les marchés inférieurs aux seuils de procédure formalisée fassent l'objet d'une négociation. En ce sens, la Commission européenne a précisé dans une communication de 2006 de quelle manière l'attribution des marchés non soumis aux directives, au nombre desquels figurent les marchés passés selon une procédure adaptée,

⁵⁷ Article 2 du décret n° 2005-1008 du 24 août 2005 modifiant le Code des marchés publics

⁵⁸ Stéphane BRACONNIER, « Droit des marchés publics : l'âge de la maturité . - À propos des décrets n° 2008-1334 du 17 décembre 2008, n° 2008-1355, n° 2008-1356 du 19 décembre 2008, et n° 2008-1550 du 31 décembre 2008 », CMP, n° 2, février 2009, étude 9

⁵⁹ CJCE, ord., 3 décembre 2001, *Bent Moustén Vestergaard*, affaire C-59/00

respectera les règles du Traité. Elle privilégie ainsi une approche transparente et objective, ce qui signifie que « tous les participants doivent pouvoir connaître à l'avance les règles applicables et avoir la certitude que ces règles sont appliquées de la même manière à tous les opérateurs »⁶⁰. Cela implique notamment que mention soit faite du recours à la négociation dans le règlement de la consultation du marché.

Le cadre réglementaire lié à la négociation est désormais établi : l'interdiction formelle en appel d'offres n'a pas empêché l'intégration d'hypothèses variées de passation négociée dans le cadre de procédures dérogatoires. Il convient à présent d'appréhender les raisons de l'expansion textuelle de la négociation dans la passation des marchés publics.

Section 2 : Le développement de la possibilité de négocier, once de libéralisation dans la procédure de passation des marchés publics

La prise en compte des théories et contraintes économiques pour appréhender la passation des marchés publics conduit à l'évolution de la culture de prohibition de la négociation. L'efficacité qu'elle apporte est reconnue (I). Une fois acquise l'évolution des concepts servant de fondement, il reste à évaluer son impact concret à la fois sur la réglementation et l'application faite de cette réglementation (II).

I. Les raisons à l'origine de l'intégration progressive du concept de négociation dans la passation des marchés publics

Le droit des marchés publics a été construit en suivant trois fils conducteurs : la régularité juridique, la transparence et la moralisation. On constate que l'aspect économique de l'achat public n'est pas pris en compte. Il était donc nécessaire que la théorie économique s'adapte de manière à intégrer l'objectif d'efficacité de l'achat public(A). Cette évolution passe par un changement de paradigme : de la rigidité à l'assouplissement des règles de passation (B).

⁶⁰ Communication interprétative de la Commission relative au droit communautaire applicable aux passations de marchés non soumises ou partiellement soumises aux directives « marchés publics » ; Comm. CE, communication 2006/C 179/02 : JOUE n° C 179, 1^{er} août 2006, p. 2

A. L'efficacité de la commande publique, un nouvel objectif révélateur des limites de la théorie des enchères

La passation des marchés publics et la notion de négociation sont originellement antagoniques⁶¹. L'explication réside principalement dans la théorie de l'enchère, théorie économique sur laquelle se fonde le droit des marchés publics.

Pour rappel, une théorie économique est un instrument objectif d'analyse. L'analyse économique de la réglementation des marchés publics par le biais des théories économiques permet d'évaluer la pertinence de cette réglementation.

Bertrand du Marais explique les raisons pour lesquelles l'appel d'offres recourt aux méthodes d'enchères : elles sont, à la fois, une modalité de la concurrence et un moyen de révéler les coûts des fournisseurs ; cela permet de réduire l'asymétrie d'information entre le pouvoir adjudicateur et les offreurs, nocive pour l'intérêt général poursuivi par l'acheteur public⁶².

Cette asymétrie, qui porte sur la qualité et le « juste prix » des produits ou prestations, rend nécessaire de recourir à une procédure de mise en concurrence excluant tout échange : l'absence de négociation oblige les opérateurs à proposer immédiatement leur offre optimale⁶³.

Cette conception de la procédure de passation des marchés publics n'est cependant viable que dans un espace effectivement concurrentiel. Elle repose en effet sur le risque de l'incertitude des candidats⁶⁴, évoqué dans un développement précédent, qui conduit le candidat à assurer ses chances d'être désigné attributaire en proposant d'emblée une offre optimale. Or ce risque est faible lorsque le marché n'est pas concurrentiel.

En conséquence, les offres seront proposées à un prix nettement supérieur à leur valeur réelle. La négociation étant interdite, le pouvoir adjudicateur aura un choix se limitant à signer à un prix excessif ou déclarer la procédure infructueuse, qui génère également un coût.

⁶¹ Franck LEPRON, « Quelle place pour le dialogue et la négociation dans l'achat public ? », CP-ACCP, n° 100, juin 2010, pp. 59 à 61

⁶² Bertrand DU MARAIS, *Droit public de la régulation économique*, Paris, Presses de Sciences Po/Dalloz, Amphithéâtre, 2004

⁶³ Franck LEPRON, précité

⁶⁴ Yves-René GUILLOU, « Pourquoi et quand recourir à la négociation ? », CP-ACCP, n° 45, juin 2005, pp. 22 à 30

L'appel d'offres – ou procédure « en aveugle »⁶⁵ - est un cadre juridique de passation des marchés dont la rigidité a des effets anti-économiques. Ce résultat est en contradiction avec l'objectif d'efficacité de la commande publique affirmée à l'article 1^{er} du Code des marchés publics.

Certes, l'appel d'offres assure la régularité juridique et la transparence de la procédure de passation du marché. Mais le recours à la négociation ne va pas, par nature, rendre la passation irrégulière et occulte. Au contraire, pour atteindre l'objectif d'efficacité économique, il est indispensable d'intégrer la logique inhérente aux contrats d'affaire qui ne peut pas être détachée de la négociation. Cette intégration doit bien sûr se faire dans les limites que permet le droit de la commande publique, à savoir le choix objectif de l'attributaire du marché. Négociation et objectivité ne sont pas incompatibles : la suspicion attachée aux échanges entre pouvoir adjudicateur et opérateur doit être levée.

Par ailleurs, la réglementation des marchés publics doit cesser d'être un amoncellement de règles au service de la seule sécurité juridique, pour se recentrer sur l'objectif premier des marchés publics qui est de répondre aux besoins des pouvoirs adjudicateurs. En clair, les marchés publics ne sont pas passés dans le but d'appliquer des règles de procédure.

Le droit des marchés publics ne doit pas être considéré comme une finalité, mais un moyen au service des pouvoirs adjudicateurs pour répondre efficacement à leurs besoins. Or une réponse efficace implique aussi de rentabiliser les deniers publics. Alors même que l'article 1^{er} du Code des marchés publics les énonce distinctement, l'efficacité de la commande publique et la bonne utilisation des deniers publics sont intrinsèquement liés. Les difficultés budgétaires des pouvoirs adjudicateurs étant une réalité, la négociation permet aussi une bonne utilisation des deniers, et par conséquent un achat efficace : elle demeure, néanmoins, interdite dans la procédure de droit commun.

Si la rigidité des règles est un obstacle à l'efficacité, celles-ci doivent être assouplies, notamment en permettant aux parties d'avoir des échanges.

⁶⁵ Yves-René GUILLOU, « Méthodologie de la négociation dans les marchés publics », CP-ACCP, n° 31, mars 2004, pp. 102 à 114

B. La négociation comme remède à la rigidité de la passation des marchés publics

« A la différence d'une procédure d'appel d'offres où le cahier des charges est fixé de manière unilatérale et intangible »⁶⁶, les procédures intégrant une phase de négociation permettent d'adapter le contenu des prestations ainsi que leur prix.

La circulaire d'application du code de 2004 précisait déjà que « l'acte d'achat efficace se caractérise par la recherche d'une adéquation de l'offre du vendeur aux besoins de l'acheteur. La négociation permet d'adapter les offres à la demande »⁶⁷.

Plus encore, elle constitue « un élément décisif de la qualité de l'achat public »⁶⁸.

Bien que la négociation ne soit permise qu'à titre dérogatoire au-dessus des seuils communautaires, les hypothèses permettant le recours à la procédure négociée sont nombreuses et variées. Quant aux marchés passés selon une procédure adaptée, la faculté de négocier est une règle sans exception. Pour mesurer l'étendue de cette faculté, rappelons que ces marchés sont non seulement ceux inférieurs aux seuils de procédures formalisées, c'est-à-dire quantitativement la majorité des marchés publics passés par les pouvoirs adjudicateurs, mais aussi les marchés de services relevant de l'article 30 du Code des marchés publics, voire les lots d'un marché alloti répondant aux conditions de l'article 27 III du même code.

Les circulaires de la dernière décennie ne tarissent pas d'éloges à l'égard de la négociation : elles en assurent même une promotion active, en encourageant sa mise en œuvre dans la procédure adaptée. Cela révèle clairement le changement de paradigme qui s'est opéré : l'efficacité économique de l'achat public prime. Renonce-t-on pour autant à la moralisation de la commande publique ? La réponse est assurément négative : simplement, cet objectif serait relativement atteint (davantage en raison de l'élaboration d'un régime de financement des partis politiques que du fait de la rigueur des textes prévoyant des obligations de transparence et mise en concurrence⁶⁹). L'objectif de performance de la commande publique, compatible avec sa moralisation, peut alors prendre le relais. Il s'agit d'apporter une réponse au problème des achats passés sur un marché non-concurrentiel : la structure de la

⁶⁶ Circulaire du 29 décembre 2009 relative au Guide de bonnes pratiques en matière de marchés publics, ECEM0928770C, JO du 31 décembre 2009 p. 23171

⁶⁷ Circulaire du 7 janvier 2004 portant manuel d'application du Code des marchés publics, ECOZ0300024C, troisième partie, JO du 8 janvier 2004 p. 37031

⁶⁸ Circulaire du 29 décembre 2009 précitée

⁶⁹ Frédéric ALLAIRE, « Dépasser le droit des marchés publics », AJDA 2009, p. 1696

concurrence implique de recourir à la négociation pour éviter que l'acte d'achat ne soit économiquement contre-performant.

D'après Jérôme Grand d'Esnon, ancien directeur des affaires juridiques du ministère de l'économie, « un bon acheteur doit connaître ses interlocuteurs, et pouvoir discuter avec eux pour mieux préciser son besoin lorsqu'il est complexe ». Il ajoute que la négociation est une procédure qui stimule la concurrence⁷⁰. Négocier est donc un moyen performant pour atteindre l'objectif d'efficacité de la commande publique.

L'interrogation qui subsiste concerne l'appréhension concrète de la négociation dans le déroulement de la procédure de passation : certes la nécessité casuelle d'un échange entre le pouvoir adjudicateur et les opérateurs est admise, mais le déroulement effectif de cet échange reste à démontrer.

II. L'organisation de la négociation en droit et en pratique dans la passation des marchés publics

Le déroulement de la phase de négociation n'est détaillé par aucune règle précise : seules quelques dispositions générales viennent l'encadrer. La jurisprudence n'est d'aucun secours en raison de la rareté du contentieux (A). Les pouvoirs adjudicateurs bénéficient ainsi d'une liberté importante dans l'organisation de la négociation, à laquelle ils semblent toutefois renoncer (B).

A. Le faible encadrement réglementaire et jurisprudentiel de la négociation

Les articles 65 et 66 du Code des marchés publics portent sur le déroulement de la procédure négociée. A l'origine succincte, leur rédaction a été développées dans le code de 2006. Cette nouvelle rédaction avait été accueillie très positivement : « une procédure de négociation des marchés publics [décrivant] chacune des étapes essentielles » était enfin mise en place par le

⁷⁰ Sophie D'AUZON, « La peur de la négociation, un fantasme ? », dans « Marchés des entités adjudicatrices : la procédure négociée permet de lever toutes les ambiguïtés », Le Moniteur, 17 septembre 2010, p. 106

code⁷¹. Il faut néanmoins relativiser cette révolution qui n'en est pas une. Ces dispositions prolixes ont pour seule qualité de fixer expressément les étapes de la procédure négociée, et non de la procédure de négociation.

Elles restent effectivement silencieuses quant au déroulement de la phase de négociation. Les seules mentions qui s'appliquent directement à la négociation sont à l'article 66 V du code. Ce point fixe notamment des limites générales à l'objet des négociations : les caractéristiques et conditions d'exécution du marché ne peuvent être substantiellement modifiées, et l'objet du marché est exclu de la négociation. Quelques principes relevant du bon sens sont ensuite rappelés, à savoir le principe de la confidentialité des offres et celui de l'égalité de traitement des candidats, rappel qui plus est superfétatoire dans la mesure où c'est un principe fondamental de la commande publique.

Seules ces précisions sont relatives au déroulement de la négociation, puisque celles qui suivent sont d'ordre procédural : la possibilité de mettre en place des phases successives, le choix de l'offre économiquement la plus avantageuse au terme des négociations.

Concernant la procédure adaptée, les modalités de passation sont librement fixées par le pouvoir adjudicateur. Cette liberté d'organisation porte également sur le déroulement de la négociation. Une précision utile est toutefois faite à l'article 28 du Code des marchés publics : « la négociation peut porter sur tous les éléments de l'offre, notamment le prix ».

Cette mention confirme la liberté de négocier les offres dans leur globalité.

Par ailleurs, les limites à l'objet des négociations précisées à l'article 66 du code sont aussi valables pour la procédure adaptée, alors même qu'il n'y est pas fait référence. *A contrario*, la validité de la procédure serait remise en cause.

Le laconisme de la réglementation pourrait conduire le juge administratif à apporter certaines précisions. Mais la rareté du contentieux portant sur la négociation⁷² dans les marchés publics, en opposition avec l'abondance en matière de délégation de service public, fait obstacle aux apports jurisprudentiels.

⁷¹ Brigitte ROMAN-SEQUENSE, « Les nouvelles modalités de la négociation », *Contrats-Marchés publ.*, n° 2, février 2007, *Pratiques professionnelles* n° 2, pp. 37 à 38

⁷² Arnaud CABANES, « La négociation dans le Code des marchés publics », *CP-ACCP*, n° 45, juin 2005, pp.18 à 21

La cour administrative d'appel de Bordeaux a toutefois été saisie d'un litige dans lequel le requérant se prévalait de moyens relatifs au déroulement même de la négociation⁷³. Dans cet arrêt, la cour précise dans quelle mesure les principes fondamentaux de la commande publique sont effectivement respectés au stade des négociations.

Le principe d'égalité des candidats est ainsi respecté lorsque le pouvoir adjudicateur permet à chacun de modifier son offre et qu'il mène la négociation avec eux dans les mêmes conditions. Dans ce contexte, la négociation a bien eu lieu alors même qu'un candidat se borne à maintenir son offre de base.

De même, lorsqu'un candidat consent une réduction de prix en cours de négociation, il n'est pas possible, en l'absence de principe ou disposition en ce sens, d'exiger une justification de cette modification. En ce sens, la violation du principe de confidentialité des offres ne peut découler de la seule circonstance qu'un candidat ait accepté une réduction de prix.

On remarquera, par ailleurs, que le juge utilise le terme d'« audition » en référence à la phase de négociation qui s'est déroulée. Cela montre le faible niveau d'exigence du juge qui se contente de ce que les candidats soient entendus, sans que les offres ne soient véritablement négociées par le biais d'échanges entre les parties. Florian Linditch fait remarquer à cet égard que « les auditions, parfois également appelées² «entretien collégial», tiennent pour l'instant davantage du concours administratif, frappé du sceau de l'unilatéralité napoléonienne, que d'une véritable relation égalitaire »⁷⁴. Si le juge l'admet, c'est sans doute pour laisser au pouvoir adjudicateur le temps d'opérer le changement culturel provoqué par l'intégration de la négociation dans la passation des marchés.

La question de la formalisation de l'offre finale issue des négociations se pose également. La cour considère que l'offre n'a pas à être assortie d'un nouvel acte d'engagement. Là encore, les parties bénéficient d'une grande liberté quant à la manière de formaliser les engagements des candidats.

La cour de Bordeaux a fait œuvre de beaucoup de souplesse quant au déroulement de la négociation. Cette approche est confirmée par le Conseil d'Etat qui estime que « dans le cadre

⁷³ CAA Bordeaux, 14 févr. 2006, n° 04BX02064, n° 04BX02085 et n° 05BX00690, *Synd. intercom. d'alimentation en eau potable du Confolentais, Sté d'aménagement urbain et rural (SAUR France) et Sté aquitaine de gestion urbaine et rurale (AGUR)*

⁷⁴ Florian LINDITCH, « La CAA de Bordeaux fournit d'utiles précisions sur la négociation », note sous CAA Bordeaux, 14 févr. 2006, *Synd. intercom. d'alimentation en eau potable du Confolentais, Sté d'aménagement urbain et rural*, JCP A, n° 31, 31 juillet 2006, 1178

d'une procédure négociée, le pouvoir adjudicateur détermine librement les modalités de discussion des offres »⁷⁵

Si cette souplesse vaut pour la procédure négociée, il en est de même en procédure adaptée. Sans encadrer cette phase, la « pararéglémentation »⁷⁶ pose certaines directives de nature à garantir la transparence de la procédure, plus que la négociation en elle-même. Le Guide de bonnes pratiques de 2009 précise que les candidats doivent être informés de la décision de recourir à la négociation en procédure adaptée dès le début de la procédure, dans l'avis d'appel public à la concurrence ou dans les documents de la consultation⁷⁷.

Quant au respect du principe d'égalité des candidats dans l'organisation de la négociation, la circulaire précise que le pouvoir adjudicateur doit négocier avec l'ensemble des opérateurs économiques admis à présenter une offre. La même règle s'applique donc en procédure négociée et en procédure adaptée.

En somme, peu de règles relatives au déroulement de la négociation sont posées et celles qui le sont ont un caractère général. Cette absence d'encadrement confère une grande liberté au pouvoir adjudicateur. Mais celui-ci en a une conception négative qui freine la mise en œuvre effective d'échanges dans la passation des marchés publics.

B. Le recours timoré à la négociation par les pouvoirs adjudicateurs

L'ampleur concrète du recours aux procédures permettant de négocier est bien inférieure à ce que la réglementation permet. Les recours à la procédure négociée et à la procédure adaptée sont à distinguer.

D'une part, les hypothèses de l'article 35 du Code des marchés publics sont sous-exploitées. En effet, alors même que le marché à passer relèverait d'un cas de recours à la procédure négociée, les pouvoirs adjudicateurs préfèrent y renoncer. Deux séries d'explications sont avancées. La première tient au risque contentieux attaché au recours injustifié à l'article 35 :

⁷⁵ CE, 11 août 2009, n° 325465, n° 325498, *Société Val'Horizon*

⁷⁶ Lamy Droit public des affaires 2010, n° 2670 et s.

⁷⁷ Circulaire du 29 décembre 2009 relative au Guide de bonnes pratiques en matière de marchés publics, préc. point 10.3.2.2

si cela relève dans certains cas du détournement de procédure⁷⁸, il peut aussi s'agir d'une erreur d'interprétation par le pouvoir adjudicateur. Ainsi, en cas d'incertitude quant à l'existence réelle d'une condition de mise en œuvre de la procédure négociée, la sécurité juridique pousse l'acheteur à renoncer au bénéfice de la négociation, recourant alors à l'appel d'offres, procédure non conditionnée et bien maîtrisée⁷⁹.

La deuxième explication tient au fait même de devoir négocier. Les acheteurs publics ne sont pas rompus à cette technique contractuelle issue du droit privé ; pire, ils ont longtemps été sensibilisés, pour ne pas dire endoctrinés, aux effets néfastes sur l'égalité et la transparence des échanges. Le revirement opéré depuis les années 2000 ne sera que progressivement et lentement intégré par les pouvoirs adjudicateurs.

Le propos doit être tempéré : cette frilosité n'est pas commune à toutes les personnes publiques. On conçoit plus aisément que les petites collectivités dépourvues de services spécialisées soient réticentes à procéder à des négociations en l'absence de compétences réelles en la matière. En revanche, les communes d'une taille importante, les départements et régions ainsi que les établissements publics de coopération intercommunale tels les communautés d'agglomération et urbaines sont généralement dotées d'un service consacré à la commande publique ou aux marchés et comptent des personnes ayant les compétences nécessaires pour négocier. Si certains pouvoirs adjudicateurs ont clairement intégré le caractère bénéfique de la négociation tant pour la qualité de l'achat que sur son impact budgétaire, d'autres restent réticents. C'est à l'encontre de ces pouvoirs adjudicateurs pusillanimes qu'est dirigée la critique.

D'autre part, les marchés passés selon une procédure adaptée ne prévoient que rarement une phase de négociation. Certes, elle n'est pas nécessaire dans tous les marchés. Mais lorsqu'elle s'avérerait économiquement efficace, c'est-à-dire dans un contexte faiblement concurrentiel, les pouvoirs adjudicateurs devraient y procéder. La critique développée précédemment à l'encontre des pouvoirs adjudicateurs en capacité de négocier mais qui renonce à la procédure négociée s'applique aussi dans le cadre de la procédure adaptée.

Dans certains cas, les documents de la consultation indiquent qu'une phase de négociation pourrait avoir lieu : le pouvoir adjudicateur décide alors de l'opportunité de mettre en œuvre cette phase après réception des offres. Il en ressort une volonté de l'acheteur de faire appel

⁷⁸ En cas, notamment, de déclaration d'infructuosité abusive d'un appel d'offres afin de permettre une négociation directe avec les entreprises

⁷⁹ François LICHERE, « L'appel d'offres au fil des codes », CP-ACCP, n° 67, juin 2007, pp. 28 à 32

aux possibilités offertes par la réglementation. Mais cette façon d'intégrer hypothétiquement la négociation dans la procédure adaptée peut engendrer un risque contentieux : l'information donnée aux candidats est-elle conforme au principe de transparence de la procédure ? Le débat reste ouvert.

En dehors du fait que les pouvoirs adjudicateurs sont encore trop réticents à négocier, lorsque la négociation a lieu, celle-ci s'apparente davantage à une audition qu'à de véritables échanges, telle qu'évoquée précédemment. Le Conseil d'Etat juge lui-même expressément que « la circonstance que les négociations n'aient pas été très développées est indifférente »⁸⁰, et ne rend pas leur déroulement irrégulier. Il n'empêche que des échanges véritables sont plus efficaces pour permettre l'adéquation des offres au besoin du pouvoir adjudicateur.

Deux points sont donc à approfondir par les pouvoirs adjudicateurs : premièrement, la manière dont ils exploitent les possibilités offertes par la réglementation ; deuxièmement, une véritable négociation entre eux et les candidats doit avoir lieu.

⁸⁰ CE, 11 août 2009, n° 325465, n° 325498, *Société Val'Horizon*

2^{ème} Partie : L'amélioration nécessaire du recours à la négociation dans les procédures de passation

L'intérêt de toute négociation est de permettre un ajustement entre l'offre et la demande au cours de la passation d'un contrat. En marchés publics, la prédominance de l'objectivisme contractuel a d'abord conduit à répandre l'idée que négocier était sans effet en la matière. Cette conception est aujourd'hui dépassée et le caractère opportun de la négociation est admis eu égard à son influence, tant sur la passation du contrat, que sur son exécution (CHAPITRE 1). Dès lors, la généralisation de cette phase de discussion ne peut être qu'encouragée lorsque le contexte de l'achat est propice à des négociations efficaces (CHAPITRE 2).

CHAPITRE 1 : L'opportunité de recourir à la négociation en fonction de son impact sur la passation et l'exécution du marché

Négocier au stade de la remise des offres vise à assurer une adéquation maximale entre ces offres et les besoins exprimés par le pouvoir adjudicateur. Cette étape cruciale de la passation d'un contrat suppose de maîtriser l'essence même de la négociation : le pouvoir adjudicateur doit être en mesure de déterminer le contexte dans lequel cette discussion est économiquement opportune et la manière dont elle doit être menée pour être efficace (section 2). La meilleure des offres négociées sera donc réellement celle économiquement la plus avantageuse. Pourtant, certains freins de nature contentieuse ou procédurale dissuaderaient d'utiliser ce procédé d'amélioration des offres. Mais une mise en balance de ces aspects négatifs avec les conséquences bénéfiques induites par la négociation sur la réponse apportée au besoin implique qu'elle soit mise en œuvre (section 1).

Section 1 : Les conséquences de la phase de négociation sur la passation et l'exécution des marchés

La phase de négociation a des conséquences à court et moyen terme. Les échanges permettent aux opérateurs de cerner exactement le besoin du pouvoir adjudicateur ; cette adéquation entre

offre et besoin se répercutera ensuite au moment de l'exécution du marché, notamment en terme de délai et coût supplémentaire. Le revers de l'optimisation de l'achat réside dans le risque contentieux et la complexification du déroulement de la procédure ainsi générés (I). Ces effets sont à relativiser dans la mesure où un risque n'est par définition qu'éventuel et que la complexification en amont peut se révéler source de simplification en aval (II).

I. Les différents ordres d'inconvénients potentiels découlant de la négociation

Les échanges menés avec les opérateurs candidats peuvent faire naître un risque juridique pour le pouvoir adjudicateur si la négociation n'est pas menée conformément aux principes de la commande publique (A). Outre l'aspect juridique, il y a des inconvénients procéduraux qui consistent en l'augmentation des coûts et délais de procédure, voire en un effet contre-productif si le contexte n'est pas opportun à la négociation (B).

A. Les risques juridiques associés à la phase de négociation

Les risques juridiques proviennent de la méconnaissance du principe d'égalité des candidats qui est susceptible d'engendrer l'annulation de la procédure, risques accrus en cas de manquement au principe de transparence de la procédure (1). Des poursuites pénales pourraient également être engagées si les faits sont constitutifs d'une infraction telle le délit d'octroi d'avantage injustifié (2).

1. Le risque d'un contentieux de la négociation

Par contentieux de la négociation, il faut entendre « le contentieux lié au déroulement de la négociation ». Il se distingue de celui de la procédure : si dans la procédure adaptée le pouvoir adjudicateur peut librement décider de négocier, il ne peut le faire en procédure formalisée que lorsqu'une condition de mise en œuvre de la procédure négociée est effectivement remplie. Dans le cas contraire le recours à la procédure formalisée dérogatoire est irrémédiablement entaché d'irrégularité. Selon le commissaire du gouvernement Henri

Savoie, « la jurisprudence a une interprétation très restrictive des dispositions du Code des marchés publics qui permettent de recourir à la formule des marchés négociés »⁸¹.

Ce contentieux est toutefois sans lien avec le déroulement de la négociation elle-même, dont le contentieux est généré par la méconnaissance des principes fondamentaux de la commande publique, plus précisément : l'égalité de traitement des candidats et la transparence de la procédure.

Mais il ne s'agit pas d'un contentieux inévitable lors de la passation de marchés négociés : ce risque ne se réalise pas dès lors que deux points sont respectés. D'une part, en veillant à la traçabilité de la négociation, la transparence de la procédure est assurée. D'autre part, en engageant les négociations avec l'ensemble des candidats, en s'astreignant à respecter la confidentialité des offres et à communiquer les mêmes informations aux candidats, le pouvoir adjudicateur ne méconnaît pas le principe d'égalité.

Par ailleurs, le juge administratif appréhende la phase de négociation avec souplesse : l'arrêt de 2006 de la cour administrative de Bordeaux⁸² en est l'exemple. Dans cet arrêt déjà cité précédemment, le juge avait rejeté l'ensemble des moyens portant sur le déroulement de la négociation.

Il en va cependant différemment si le pouvoir adjudicateur demande seulement à certains candidats de présenter une variante : dans ce cas, le juge relève obligatoirement que « les conditions dans lesquelles la négociation a été conduite révèle une rupture de l'égalité de traitement des candidats admis à présenter une offre »⁸³. La solution est évidente.

La négociation ne rend pas le risque contentieux plus accru pour ces procédures de passation. C'est, au contraire, un risque partagé par toutes les procédures en raison de la palette de recours, à savoir celui pour excès de pouvoir à la disposition des tiers, les actions en référé précontractuel et contractuel ainsi que le recours en contestation de la validité du contrat formés par les tiers ayant la qualité de candidat évincé, auxquels s'ajoutent les actions en responsabilité des candidats s'estimant irrégulièrement évincés.

⁸¹ Conclusions du commissaire du gouvernement Henri SAVOIE, sur CE, 28 juillet 2000, n° 202792, *M. Jacquier*, BJCP 2000, p. 429

⁸² CAA Bordeaux, 14 févr. 2006, n° 04BX02064, n° 04BX02085 et n° 05BX00690, *Synd. intercom. d'alimentation en eau potable du Confolentais, Sté d'aménagement urbain et rural (SAUR France) et Sté aquitaine de gestion urbaine et rurale (AGUR)* ; précitée à la note 57

⁸³ CAA Nantes, 12 novembre 2010, n° 09NT03108, *SARL Levanoy Parcs et Jardins*

Au final, il sera admis que le déroulement de la négociation puisse être une source de contentieux dans le cas où cette phase d'échanges est menée par des personnes non rompues à ces techniques. Ce sont généralement les petites collectivités qui sont concernées.

En considérant que ce contentieux est légitimement évitable, il ne peut servir d'argument pour justifier que les pouvoirs adjudicateurs ne recourent pas aux procédures prévoyant une phase de négociation. Il convient de déterminer s'il en est de même du risque pénal.

2. Le risque pénal en cas de délit d'octroi d'avantage injustifié

L'argument récurrent qui est avancé pour justifier que les personnes publiques ne négocient pas avec les candidats, alors qu'elles en auraient la possibilité, est la crainte du délit de favoritisme. Celui-ci « tétanise les acheteurs » selon la formule utilisée dans le rapport Stoléro⁸⁴ ; crainte d'autant plus exacerbée lors de la phase de négociation d'une procédure négociée ou adaptée du fait de l'existence d'un échange direct entre le pouvoir adjudicateur et les candidats. Ce délit serait donc un obstacle à la généralisation de la négociation dans la passation des marchés : le pouvoir adjudicateur recourrait plutôt à l'appel d'offres alors même que le marché correspondrait d'une hypothèse de procédure négociée, et il renoncerait à la possibilité de négocier en procédure adaptée.

Un rappel de la notion du délit d'octroi d'avantage injustifié n'est pas inutile. Cette infraction pénale issue de la loi n° 91-3 du 3 janvier 1991⁸⁵ a été codifiée à l'article L.432-14 du Code pénal, qui la définit comme « le fait par une personne dépositaire de l'autorité publique ou chargée d'une mission de service public ou investie d'un mandat électif public ou exerçant les fonctions de représentant, administrateur ou agent de l'Etat, des collectivités territoriales, des établissements publics, des sociétés d'économie mixte d'intérêt national chargées d'une mission de service public et des sociétés d'économie mixte locales ou par toute personne agissant pour le compte de l'une de celles susmentionnées de procurer ou de tenter de procurer à autrui un avantage injustifié par un acte contraire aux dispositions législatives ou réglementaires ayant pour objet de garantir la liberté d'accès et l'égalité des candidats dans les

⁸⁴ Rapport sur l'accès des PME aux marchés publics, par Lionel STOLERU, remis au Président de la République le 5 décembre 2007, La documentation française, Bibliothèque des rapports publics

⁸⁵ Loi n° 91-3 du 3 janvier 1991 relative à la transparence et à la régulation des procédures de marchés, modifiée notamment par la loi n° 95-127 du 8 février 1995

marchés publics et les délégations de service public. » (art. L.432-14 du Code pénal) ; délit puni de deux ans d'emprisonnement et de 30 000 euros d'amende.

Champ d'application - Le champ d'application de cette disposition légale est vaste : concernant l'auteur du délit, l'article L.432-14 du Code pénal distingue cinq catégories de personnes. La dernière vise celles agissant pour le compte d'une personne précédemment mentionnée, ce qui permet finalement d'envisager tout auteur potentiel qui ne rentrerait pas dans les quatre autres catégories. Un très large panel de personnes est donc susceptible d'être poursuivi sur le fondement de cette disposition.

Matériellement, tous les marchés publics sont visés, indistinctement de leur procédure de passation, formalisée ou adaptée.

Qualification « semi-automatique » - Le comportement incriminé est le fait « de procurer ou de tenter de procurer à autrui un avantage injustifié » par un acte méconnaissant les lois et règlements garantissant la liberté d'accès et l'égalité des candidats.

L'infraction est caractérisée même en l'absence d'avantage retiré par l'auteur du délit. Et il est suffisant de démontrer qu'un acte irrégulier a procuré un avantage injustifié à un candidat : il consiste à méconnaître les « dispositions législatives ou réglementaires ayant pour objet de garantir la liberté d'accès et l'égalité des candidats ». Il peut en être ainsi en cas de recours abusif au marché négocié, par exemple en cas d'exclusivité du fournisseur injustifiée⁸⁶, en cas d'appel d'offres déclaré infructueux « de manière artificielle et irrégulière » pour recourir à la procédure négociée⁸⁷ ; est également abusive l'utilisation d'une procédure négociée fondée sur le prétendu savoir-faire d'une société⁸⁸. Il faut noter que le déroulement même de la négociation n'est ici pas en cause : il s'agit de sanctionner un détournement de procédure qui aurait avantagé un candidat.

En revanche, un acte irrégulier comme méconnaissant l'égalité de traitement des candidats ou la transparence des procédures, principes fondamentaux de la commande publique, peut se révéler au cours de la négociation même. Il en est ainsi lorsque, aussi bien en procédure formalisée qu'en procédure adaptée, le pouvoir adjudicateur communique des informations d'un contenu différent aux candidats participant à la négociation, « de nature à avantager

⁸⁶ Cass. crim., 25 juin 2008, n° 07-88373 : JurisData n° 2008-044926

⁸⁷ Cass. crim., 23 mai 2007, n° 06-87898 : JurisData n° 2007-039877

⁸⁸ CA Bordeaux, 17 mars 1997 : JurisData n° 1997-043248

certain d'entre eux »⁸⁹, ce que les dispositions du Code des marchés publics interdisent expressément.

L'acte irrégulier est nécessaire mais insuffisant à qualifier le délit de favoritisme. A l'image du droit de la concurrence qui ne sanctionne la position dominante qu'en cas d'abus, le droit pénal ne condamne l'auteur d'un acte irrégulier que si celui-ci a procuré un avantage injustifié à « autrui », candidat ou autre. Il peut être souligné que l'avantage ne peut être injustifié que dans la mesure où il résulte de la violation de la loi ; par conséquent, « la formulation légale est pléonastique »⁹⁰. Et souvent la méconnaissance de la réglementation suffit au juge pour considérer qu'un candidat ait bénéficié d'un avantage injustifié.

Mais c'est à l'égard de l'élément intentionnel de l'infraction que les principales critiques sont formulées. La Chambre criminelle de la Cour de cassation considère que « la seule constatation de la violation légale ou réglementaire implique de la part de son auteur l'intention coupable »⁹¹. Les critiques reposent donc sur la déduction faite par le juge du manquement à la loi pour considérer qu'il y avait intention de favoriser⁹². Alors qu'en principe, « il n'y a point de crime ou délit sans intention de le commettre »⁹³, la Cour de cassation se contente d'une intention présumée qui découle « du seul fait que l'auteur [ait] accompli sciemment l'acte constituant l'élément matériel du délit »⁹⁴. Certains auteurs font alors remarquer que « le délit n'est plus de favoritisme, mais de violation du Code des marchés publics »⁹⁵.

L'hypothèse de la dépénalisation du délit de favoritisme - Le risque pénal induit par le délit d'octroi d'avantage injustifié serait un frein à l'activité économique et dissuaderait notamment les pouvoirs adjudicateurs de prévoir une phase de négociation dans la passation de marchés en procédure adaptée.

⁸⁹ art. 35 V al.4 du Code des marchés publics

⁹⁰ J. BENOIT, Le délit de favoritisme, Encyclopédie des collectivités territoriales Dalloz, folio n° 12090, n° 208

⁹¹ Cass. crim., 24 mai 1994, *Bull. crim.* 1994, n° 203 ; et plus récemment : Cass. crim., 14 janvier 2004, n° 03-83396

⁹² *a contrario*, Gilles FINKELSTEIN, « Marchés négociés et délit de favoritisme : les risques », CP-ACCP, n° 84, janvier 2009, pp. 66 à 68 ; l'auteur estime que « la trop grande généralité de l'incrimination [...] est de nature à limiter l'établissement de la volonté coupable », précisant que cela « semble être désormais la contrepartie de la liberté de négocier »

⁹³ art. 121-3 du Code pénal

⁹⁴ Cass. crim., 30 avril 2003, n° 02-83.285

⁹⁵ J. BENOIT, précité, n° 235

La proposition de dépenalisation de ce délit figurant dans le rapport Stoléru précité, n'a pas abouti à ce jour.

Le délit a été initialement créé, au début des années 90, pour la protection de la transparence des procédures et de l'égalité de concurrence des opérateurs candidats à l'attribution des marchés publics. Dans un commentaire du rapport, Florian Linditch relève qu'il n'est pas justifié de supprimer ce délit dans la mesure où les critiques ne concernent pas l'infraction en elle-même mais l'application qui en est faite par le juge pénal⁹⁶. La réaffirmation de l'élément intentionnel comme volonté d'avantager un candidat suffirait à réduire les hypothèses de qualification du délit : seul le favoritisme serait condamnable et non plus la simple méconnaissance des dispositions relatives aux marchés publics. Un repositionnement de la Chambre criminelle de la Cour de cassation serait donc de nature à dissiper la menace pénale qui flotte sur l'action du pouvoir adjudicateur.

Finalement, le risque pénal pèse donc indifféremment sur l'ensemble des marchés publics, qu'ils soient passés avec ou sans phase de négociation. Celle-ci n'accroîtrait le risque que si elle était menée de manière obscure. Or la négociation peut, au contraire, être un gage supplémentaire de transparence de la procédure dans la mesure où sa traçabilité est assurée par des moyens tels que les rapports de négociation co-signés par les parties.

Par ailleurs, cette crainte ne serait justifiée que dans la mesure où la jurisprudence de la Chambre criminelle révélait effectivement des condamnations pour manquements lors de la phase de négociation. Or le constat est le suivant : les condamnations ne sont pas plus fréquentes en matière de marchés passés en procédure négociée qu'en appel d'offres. De même, quand la passation d'un marché négocié est en cause, le délit n'est pas matériellement commis au moment des négociations mais plus en amont : il s'agit généralement d'un recours abusif à l'article 35 du Code des marchés publics, tel qu'il en ressort des exemples énoncés précédemment. Excepté dans l'hypothèse de la communication d'informations de nature à avantager un candidat, le déroulement de la négociation n'est pas directement en cause. Négocier n'est donc pas un facteur prépondérant entraînant la responsabilité pénale des personnes liées à la passation des marchés.

L'argument tenant au risque pénal ne peut pas être retenu pour justifier que les marchés dont la passation pourrait comprendre une phase de négociation n'en bénéficient pas. L'effort de

⁹⁶ Florian LINDITCH, « Rapport Stoléru "L'accès des PME aux marchés publics" », Contrats-Marchés publ. n° 1, janvier 2008, alerte 1

recourir à la négociation doit être fait sans arguer la menace pénale qui plane indifféremment sur toutes les procédures de passation.

L'organisation d'une telle phase d'échanges peut néanmoins avoir des conséquences indésirables sur la passation du marché.

B. Les effets négatifs sur la procédure de passation du marché public

Les effets négatifs de la négociation sont de deux ordres. Le premier résulte du fait que les opérateurs économiques sont informés par avance qu'une phase d'échanges aura lieu : le comportement des candidats peut fausser le résultat des négociations (1). Le deuxième effet consiste en l'allongement de la procédure ainsi qu'en l'augmentation de son coût (2).

1. Un dévoiement éventuel de l'objectif initial de la négociation par les opérateurs économiques

L'objectif d'identification de l'offre économiquement la plus avantageuse grâce à une adéquation optimale de l'offre à la demande n'est pas atteint lorsque le candidat gonfle artificiellement le prix de l'offre initiale en prévision d'une baisse au moment de sa négociation.

Les marchés passés en procédure adaptée sont ici en particulier visés. Lorsque la négociation est systématique dans un domaine, les opérateurs auront tendance à gonfler leur prix de départ de telle sorte qu'ils donneront l'apparence de concéder une baisse lors de la négociation. Cette pratique résulte du fait que le pouvoir adjudicateur met systématiquement en œuvre une phase de négociation pour passer les marchés d'un domaine précis dans lesquels les opérateurs sont habitués à candidater. C'est l'assurance de pouvoir négocier leur offre après leur remise qui permet aux candidats de proposer des prix largement supérieurs à ceux du marché pertinent en cause. En plus du temps consacré en vain à la négociation, le pouvoir adjudicateur n'obtiendra pas un prix optimal. La phase de négociation est radicalement improductive, voire contre-productive par rapport à un appel d'offres ou une procédure adaptée sans négociation qui permettrait le libre jeu de la concurrence.

Toutefois, cette conséquence ne découle que du caractère systématique de la mise en œuvre de la négociation dans un domaine qui ne s’y prête pas, c’est-à-dire pour les marchés répondant à un besoin banal ou récurrent. A titre d’exemple, la passation des marchés adaptés de travaux routiers ne convient pas à une négociation efficace, dans la mesure où aucun élément n’est susceptible d’être utilement discuté. Une phase d’échanges serait, dans ce cas, l’opportunité pour les opérateurs de présenter des offres d’un montant excessif, lequel sera ensuite revu mais sans certitude pour le pouvoir adjudicateur que le prix optimal soit atteint. Le pouvoir adjudicateur sera amené à payer un prix supérieur à la valeur intrinsèque de la prestation réalisée. Il revient donc aux pouvoirs adjudicateurs d’identifier les domaines dans lesquels la négociation peut être économiquement efficace.

Si la procédure adaptée permet au pouvoir adjudicateur de négocier sans l’y obliger, les candidats doivent être informés dans le cas où il décide d’y recourir. Cette précision est à apporter dans l’avis d’appel public à la concurrence ou, le cas échéant, dans les documents de la consultation. C’est ainsi que les opérateurs ont l’assurance de l’existence d’une phase d’échanges. Certaines collectivités font néanmoins le choix de rester « flou » sur la survenance réelle de cette étape en mentionnant que « le pouvoir adjudicateur se réserve la possibilité de procéder à la négociation des offres remises ». Une telle formulation a pour conséquence de laisser subsister un doute. La négociation n’étant qu’hypothétique, les candidats ne prendront pas le risque de s’auto-éliminer pour l’attribution du marché en proposant un prix initial trop élevé. Cette formulation qui semble alors optimale ne sera toutefois pas recommandée : en effet, elle pourrait être considérée comme contraire au principe de transparence de la procédure, dans la mesure où l’information donnée aux candidats n’est pas suffisamment précise et laisse ouverte une option pour le pouvoir adjudicateur.

Par ailleurs, l’objectif initial de la négociation est également dévoyé par les candidats à l’attribution du marché lorsque ceux-ci se sont entendus préalablement au déroulement des négociations.

Dans un système économique théorique parfait, les opérateurs économiques ne communiquent pas entre eux sur la nature et les caractéristiques de leurs offres : le jeu de la concurrence se déroule sans être faussé. En pratique, le schéma peut toutefois différer. Certes, le risque d’une entente entre les opérateurs candidats existe également en appel d’offres : les opérateurs se concertent sur la teneur de leurs offres avant de les remettre. Mais la jurisprudence relate des exemples où les entreprises se sont entendues pour proposer des

offres inacceptables en réponse à un appel d'offres, lequel a ensuite été déclaré infructueux et a permis le recours à la procédure négociée (article 35 I 1° du Code des marchés publics).

La négociation présente ainsi un risque si le pouvoir adjudicateur n'est pas attentive aux pratiques éventuellement néfastes des entreprises. L'abandon pour motif d'intérêt général est toutefois un outil à la disposition des personnes publiques de nature à dissuader ces comportements. Si ces risques demeurent purement éventuels, l'affectation de la durée et du coût de la procédure par la négociation est plus avérée.

2. L'augmentation de la durée et du coût de la procédure

La conséquence logique de l'introduction d'une phase supplémentaire dans une procédure est d'augmenter sa durée. Ce rallongement de la procédure dépend aussi de la manière dont la négociation est menée : soit des réunions sont organisées, soit les échanges s'effectuent par écrit. De même, une seule ou plusieurs phases de négociation peuvent avoir lieu, permettant de discuter d'un élément précis à chaque rencontre ; enfin, la négociation peut aussi se dérouler selon des phases successives à l'issue desquelles les candidats remettent leur offre améliorée, ce qui permet d'en éliminer au fur et à mesure de l'avancement des négociations.

La passation du marché nécessite donc plusieurs semaines supplémentaires, ce qui dissuadera les pouvoirs adjudicateurs de recourir à la procédure négociée ou à la procédure adaptée avec mise en œuvre d'une étape de négociation, lorsque le marché doit être conclu dans un délai restreint, privilégiant alors la rapidité à l'efficacité économique.

Il faut noter que l'augmentation de la durée de la procédure de passation ne vaut pas pour les marchés passés selon une procédure négociée sans publicité ni mise en concurrence, c'est-à-dire l'hypothèse prévue à l'article 35 II du Code des marchés publics. Les semaines épargnées en omettant la publicité préalable seront utilisées pour la phase de négociation, qui pourra d'ailleurs être rapide du fait qu'il n'y aura souvent qu'un opérateur avec lequel des négociations seront entreprises. Cette procédure est par principe moins longue que l'appel d'offres.

En outre, l'allongement de la durée a pour corollaire l'augmentation du coût de la procédure. Le pouvoir adjudicateur doit affecter des agents à cette mission. Hormis la présence lors des

négociations, ces agents doivent aussi les préparer en amont en déterminant le résultat à atteindre et les éléments à négocier.

Ce coût est aussi généré du côté des opérateurs ; ils subissent la même conséquence puisqu'ils doivent préparer et assister aux négociations de la même manière que les pouvoirs adjudicateurs. La pratique de la négociation étant toutefois habituelle chez les opérateurs économiques, il ne s'agit pas d'un désavantage.

Au final, outre les risques d'ordre juridique, l'augmentation de la durée et du coût de la procédure peuvent être de nature à dissuader de recourir à la négociation. Néanmoins, ces aspects négatifs sont à relativiser dans la mesure où ils ont généralement un pendant positif pour le marché, à la fois au terme de la procédure et lors de l'exécution du contrat. L'enjeu réside dans l'efficacité économique de l'achat public.

II. L'avantage de la négociation : une réponse plus efficace au besoin de l'acheteur public

Si les réformes et ajustements successifs du Code des marchés publics intègrent progressivement le dialogue et la négociation dans les procédures de passation, c'est grâce à une prise de conscience de l'enjeu économique en cause. Le fait que ces contrats soient passés par des pouvoirs adjudicateurs n'en fait pas moins des contrats d'affaire. Pourtant leur soumission à des règles très contraignantes les empêche d'être vecteur d'efficacité économique. Celle-ci ayant été érigée en objectif de la commande publique, il était indispensable de donner aux pouvoirs adjudicateurs les moyens de l'atteindre. Cela passe par une possibilité élargie de recourir à la négociation qui engendre une exécution optimale du marché (B) parce qu'elle permet de faire concorder au mieux l'offre au besoin (A).

A. Assurer l'adéquation de l'offre au besoin au stade de la passation du marché

La circulaire d'application du Code des marchés publics de 2004 affirmait déjà que « l'acte d'achat efficace se caractérise par la recherche d'une adéquation de l'offre du vendeur aux

besoins de l'acheteur »⁹⁷. Cette phrase pleine de bon sens serait restée très théorique s'il n'était pas ensuite précisé que « la négociation permet d'adapter les offres à la demande ». Est ainsi officiellement admis l'apport en efficacité économique de la négociation.

En quoi cette phase d'échanges entre les futures parties potentielles au contrat permet-elle de mieux faire concorder offre et besoin, alors que le pouvoir adjudicateur a déjà précisé son besoin ? En effet, toute passation de marché public suppose, au préalable, une définition de ses besoins par le pouvoir adjudicateur. Les candidats en ont évidemment connaissance, ce qui leur permet de proposer une offre.

Si l'obligation de définir les besoins est en théorie aisée à formuler, les pouvoirs adjudicateurs éprouvent souvent des difficultés à ce stade, et plus généralement lorsque le besoin en cause est inhabituel ou qu'une part d'incertitude demeure. En conséquence, le besoin sera empreint de quelque imprécision et cela s'en ressentira sur sa définition et sa description faite aux candidats. Ceux-ci ne pourront faire une proposition qu'eu égard à leur compréhension propre du besoin.

Il sera ensuite fort opportun pour l'acheteur de pouvoir préciser ses attentes après avoir eu connaissance, grâce aux offres déposées, de la manière dont les opérateurs ont appréhendé le besoin.

La négociation a clairement pour but de permettre une meilleure compréhension du besoin par les opérateurs économiques. Et si les possibilités de négocier tendent à prendre de l'ampleur dans la réglementation, c'est en raison de cette prise de conscience de la difficulté légitime qu'ont les pouvoirs adjudicateurs pour définir précisément leurs besoins.

Parallèlement, si le besoin est mieux compris par les opérateurs, les offres sont également mieux interprétées par le pouvoir adjudicateur. C'est clairement une démarche de clarification qui s'opère de part et d'autre. Cela peut notamment permettre de « sauver » des offres : alors qu'en appel d'offres, le pouvoir adjudicateur doit éliminer les offres inappropriées, inacceptables et irrégulières⁹⁸, la procédure négociée fait ici œuvre de souplesse. En effet, l'article 66 V du Code des marchés publics oblige seulement à éliminer les offres inappropriées, c'est-à-dire celles apportant une réponse sans rapport avec le besoin, pouvant ainsi être assimilée à une absence d'offre, d'après l'article 35 II 3° du même code. *A contrario*, les offres irrégulières et inacceptables peuvent faire l'objet de négociations : c'est

⁹⁷ Circulaire du 7 janvier 2004 portant manuel d'application du Code des marchés publics, ECOZ0300024C, troisième partie, JO du 8 janvier 2004 p. 37031

⁹⁸ Articles 58 III et 63 al.3 du Code des marchés publics

donc l'occasion de régulariser ces offres ou de les rendre acceptables⁹⁹. Une réponse ministérielle explique que cela se justifie par le fait que, contrairement à la procédure d'appel d'offres où le cahier des charges est fixé de manière unilatérale et intangible avant le lancement de la procédure, la procédure négociée laisse au pouvoir adjudicateur la possibilité de déterminer librement par la négociation le contenu des prestations et l'adaptation du prix aux prestations retenues¹⁰⁰.

Le fait que des offres irrégulières et inacceptables fassent l'objet de négociation n'implique pas que le pouvoir adjudicateur doive informer les candidats du caractère particulier de leur offre. C'est ce qu'a récemment jugé le tribunal administratif de Montreuil¹⁰¹. Si cette solution est exacte en droit puisqu'il est vrai que ni l'article 66 du Code des marchés publics, ni aucun autre principe n'oblige le pouvoir adjudicateur à donner cette information tel que le précise le juge administratif de Montreuil, elle connaît toutefois ses limites en pratique : il est véritablement permis de s'interroger quant à l'intérêt qu'aurait l'acheteur à inviter un candidat à négocier sans l'informer du caractère inacceptable ou irrégulier de son offre¹⁰². Ne pas signaler le risque d'élimination rend la négociation contre-productive : si le candidat ne s'en rend pas compte de lui-même, son offre sera éliminée au terme de l'article 53 III du Code des marchés publics, à l'issue des négociations.

Concernant la procédure adaptée, le pouvoir adjudicateur bénéficie toujours de liberté. Dans la mesure où les dispositions de l'article 66 V s'imposent aux seules procédures négociées, elles ne régissent pas le déroulement de la procédure adaptée. En conséquence, il revient au pouvoir adjudicateur lui-même de prévoir le régime qu'il appliquera aux offres jugées inappropriées, inacceptables ou irrégulières. Ces précisions doivent être mentionnées dans les documents de la consultation. Le pouvoir adjudicateur peut notamment s'inspirer des règles applicables aux procédures négociées¹⁰³ et ne pas les exclure pour ce seul motif des négociations ou, au contraire, se caler sur le modèle de l'appel d'offres avec une élimination d'office. Concernant les offres inappropriées, il est logique de les éliminer systématiquement dans la mesure où elles sont assimilées à une absence d'offre. D'après une réponse

⁹⁹ Note 8 sous l'article 66 du Code des marchés publics 2010 commenté, Litec

¹⁰⁰ Réponse ministérielle n° 25408 : JO Sénat Q, 4 janvier 2007, p. 28 (Q., 23 novembre 2006, M. Bernard Piras), Contrats-Marchés publ. n°3, mars 2007, commentaire 95, Brigitte ROMAN-SEQUENSE

¹⁰¹ TA Montreuil, ordonnance, 24 mars 2011, n° 1102016, *Société Bouygues Télécom*

¹⁰² François LLORENS, « Procédure négociée : le pouvoir adjudicateur n'a pas l'obligation d'attirer l'attention d'un candidat en cours de négociation sur la non-conformité de son offre initiale », Contrats-Marchés publ. n°6, juin 2011, observation sur TA Montreuil, ord., 24 mars 2011, n° 1102016, *Société Bouygues Télécom*

¹⁰³ Réponse ministérielle n° 07294 : JO Sénat Q, 7 mai 2009, p. 1142 (Q., 5 février 2009, M. Bernard Piras), Contrats-Marchés publ. n° 7, juillet 2009, commentaire 246, Brigitte ROMAN-SEQUENSE

ministérielle de 2010, le principe d'égalité de traitement des candidats interdirait d'engager des négociations avec un candidat ayant remis une offre inappropriée¹⁰⁴.

La difficulté qui demeure est de distinguer les offres irrégulières ou inacceptables de celles qui sont inappropriées.

Faire concorder les offres au besoin préalablement à l'attribution du marché évite également de procéder à une « mise au point – négociation » avec le candidat retenu. Il est certes possible, en appel d'offres, de procéder à une mise au point des composantes du marché. Malheureusement, en pratique, le risque est qu'elle s'apparente à des négociations dès lors que des modifications des conditions initiales ont lieu. Une telle mise au point abusive est interdite parce qu'elle méconnaît le principe d'égalité de traitement des candidats par la modification des conditions initiales de mise en concurrence.

En plus d'être illégale, cette négociation occulte est inefficace pour le pouvoir adjudicateur. Celui-ci n'est plus en mesure d'imposer réellement ses conditions puisque le candidat est déjà retenu : étant assuré d'être attributaire, il peut aisément refuser des conditions supplémentaires que le pouvoir adjudicateur cherche à préciser dans le contrat.

Les offres concordant au mieux au besoin grâce aux précisions véhiculées par la négociation, le pouvoir adjudicateur sera en mesure de choisir l'offre qui est réellement économiquement la plus avantageuse. Ce choix étant fait, la procédure de passation du marché est achevée. S'en suit alors la phase d'exécution du marché lors de laquelle les effets positifs de la négociation s'exprimeront pleinement.

B. L'exécution optimale du marché

La procédure de passation du marché public s'achève suite à l'attribution du contrat au candidat ayant formulé l'offre économiquement la plus avantageuse. Dans le cadre d'une procédure adaptée avec phase de négociation ou d'une procédure négociée, les pouvoirs adjudicateurs ont d'autant plus l'assurance de ce que l'offre est économiquement avantageuse

¹⁰⁴ Réponse ministérielle n° 70215 : JOAN Q, 4 mai 2010, p. 5009 (Q., 2 février 2010, M. Daniel Fidelin)

puisqu'elle a fait l'objet de discussion pour qu'il y ait adéquation parfaite entre le besoin de l'acheteur et la réponse qui y est apportée par l'opérateur économique.

Cette adéquation va ensuite se matérialiser au stade de l'exécution du contrat, à travers les délais et coûts d'exécution, spécialement en matière de marchés publics de travaux.

En effet, lorsque l'offre ne concorde pas exactement au besoin de travaux du pouvoir adjudicateur, des travaux supplémentaires ou modificatifs devront intervenir. De tels travaux génèrent un allongement de l'exécution du contrat, ainsi qu'une augmentation de son coût.

Paradoxalement à ce qui a été développé précédemment, la négociation permet un gain de temps : alors qu'elle augmente la durée de la phase de procédure, elle conduit finalement à réaliser le marché tel qu'il était initialement prévu et ne nécessite ainsi aucun délai supplémentaire. Or les prorogation de délai sont quasi-habituelles pour les marchés passés en appel d'offres. Le temps « perdu à négocier » est finalement rattrapé au stade de l'exécution du marché, « qui se déroule avec moins de heurts »¹⁰⁵.

Ce temps consacré à faire concorder l'offre au besoin permet « de lever toutes les ambiguïtés susceptibles d'apparaître lors de l'exécution »¹⁰⁶, sachant qu'ambiguïté rime généralement avec avenant.

Il est effectivement plus que fréquent que l'exécution d'un marché de travaux donne lieu à la signature d'avenants, tel que l'article 20 du Code des marchés publics le permet. La seule limite posée est, sauf sujétions techniques imprévues, que l'économie du contrat ne doit pas être bouleversée, ni l'objet changé. Le recours aux avenants est d'autant plus contraignant que lorsque leur montant dépasse 5% du montant initial du marché, la commission d'appel d'offres doit être consultée. Les montants des avenants successifs doivent par ailleurs être cumulés. Cet encadrement strict des avenants expose les pouvoirs adjudicateurs à un risque contentieux si ces règles ne sont pas respectées. Cette complexité incite d'autant plus à clarifier au mieux les termes du marché, pour éviter toute erreur d'interprétation du cahier des charges.

¹⁰⁵ Cécile PAVAGEAU, propos recueillis par Sophie d'AUZON, « Marchés des entités adjudicatrices : la procédure négociée permet de lever toutes les ambiguïtés », Le Moniteur, 17 septembre 2010, p. 106

¹⁰⁶ Cécile PAVAGEAU, précité.

Dès lors qu'aucun avenant n'est nécessaire à l'exécution du marché, aucun coût supplémentaire et non-prévu n'est engendré. L'avantage considérable est donc la maîtrise du coût final du contrat : coût initial et coût final se confondent.

L'impact budgétaire du marché public est maîtrisé, ce qui participe à la réalisation de l'objectif de bonne utilisation des deniers publics, tel qu'il est affirmé à l'article 1^{er} II du Code des marchés publics.

La négociation permet d'atteindre cet objectif grâce aux économies qu'elle est susceptible d'engendrer. Ce constat peut être fait, d'une part, lors de la procédure de passation : les discussions entre opérateur et pouvoir adjudicateur peuvent donner lieu à une réduction des prix des prestations ; et d'autre part, à l'achèvement du marché, au moment où le décompte général et définitif est établi, sans avoir à prendre en compte une multitude d'avenants.

Les clarifications opérées au stade de la procédure de passation du marché grâce à la négociation des offres des opérateurs conduisent à une exécution maîtrisée du contrat. Cette maîtrise est tant sur le plan financier que technique.

Les inconvénients relevés dans un premier temps, qu'ils soient hypothétiques ou avérés, sont finalement compensés par des effets positifs réels. La négociation ne doit toutefois pas être présentée comme la solution incontournable permettant d'assurer à coup sûr l'efficacité des marchés ainsi conclus. Il s'agit au contraire de réfléchir aux différents éléments dont la réunion fait que la négociation entraînera effectivement une meilleure exécution du marché, et au final une meilleure satisfaction du besoin de l'acheteur.

Section 2 : Négociation et efficacité, les points-clés d'une négociation performante

Pour être source d'efficacité, la négociation doit être contextualisée. Elle n'est, en effet, pas la panacée et ne permet une meilleure satisfaction des besoins des pouvoirs adjudicateurs que lorsque certaines conditions sont réunies. Elles sont relatives à la fois à l'opportunité même de recourir à la négociation (I) et à l'organisation de celle-ci (II).

I. Le recours à la négociation : un choix stratégique en fonction du marché en cause

Le marché économique sur lequel est passé le contrat est le premier élément à prendre en compte. Ces considérations purement économiques rappellent que l'économie et le droit ne sont pas imperméables mais doivent se conjuguer. Il s'agit là, probablement, d'une des critiques les plus fréquemment formulées à l'encontre du droit des marchés publics : son manque de réalité pratique par rapport aux contraintes imposés par les marchés. Si le pouvoir adjudicateur envisage de recourir à la négociation, que ce soit par le biais de la procédure adaptée ou en recourant à une hypothèse de procédure négociée, il doit au préalable s'assurer que le contexte économique et concurrentiel dans lequel le marché est passé est propice à la négociation (A). Dans l'affirmative, il faut également que le pouvoir adjudicateur soit apte à mener ces discussions (B).

A. L'appréciation *in concreto* de l'opportunité de recourir à la négociation : le contexte économique et concurrentiel

La réglementation applicable aux marchés publics impose aux pouvoirs adjudicateurs de se placer dans un système économique de marché concurrentiel. Même si elle était initialement justifiée par le souci de moraliser les procédures d'achat, une fonction économique s'attache inévitablement aux règles de passation des marchés publics : la publicité et la mise en concurrence doivent permettre aux opérateurs du secteur économique concerné de candidater librement et d'être sûr que l'offre sera objectivement choisie. La mise en œuvre de la procédure d'appel d'offres nécessite impérativement que le marché soit concurrentiel.

A défaut, le recours à la négociation permet de compenser le faible niveau de concurrence d'un domaine : le jeu de la concurrence ne pouvant pas porter ses fruits en l'absence de concurrents effectifs, une discussion directe sur les offres permet de contrebalancer le manque de compétition.

Le pouvoir adjudicateur occupe une place confortable. Il s'entretient successivement avec les différents offreurs, connaît l'évolution progressive des offres alors que les autres opérateurs n'ont connaissance que du contenu de leur seule offre. Cette situation les conduit à améliorer au mieux le rapport qualité-prix de l'offre qu'ils proposent afin d'être désignés attributaire. La négociation est alors source d'efficacité.

La pertinence du recours à la négociation, et donc de la négociation en elle-même, est étroitement liée au besoin objet du marché.

Il faut évidemment qu'une négociation soit possible : différents paramètres du contrat doivent pouvoir être négociés. *A contrario*, le contrat en cause ne constituerait même plus un marché public, mais une convention d'adhésion¹⁰⁷ dans laquelle, par définition, toute discussion est exclue.

Les caractéristiques du besoin doivent ensuite être prises en compte. Une distinction entre les besoins dits basiques et ceux spécifiques est faite. En effet, les premiers ne permettent pas une négociation efficace. On assiste à une « standardisation des modèles contractuels » qui est suffisante à l'efficacité de la commande publique¹⁰⁸ : les opérateurs présentent globalement des offres très similaires et doivent tenter de se distinguer par le prix, ce qui réduit la marge de manœuvre.

A l'inverse, lorsque le besoin est plus spécifique, il appelle des réponses qui se différencient par leur inventivité, tant au niveau des techniques que des matériaux. Les offres présentées sont originales mais restent comparables dans la mesure où elles visent le même but, à savoir la satisfaction du besoin du pouvoir adjudicateur. Elles ne sont pas identiques et se différencient au-delà du simple critère du prix. Il y a donc matière à négocier.

L'intégration de la négociation dans certaines procédures de passation des marchés publics atteste de ce que la complexité du « phénomène concurrentiel » est prise en compte, dans le but d'assurer l'efficacité économique de l'achat¹⁰⁹. Ainsi, négocier est économiquement une nécessité dans un secteur non-concurrentiel où la seule mise en concurrence ne permet pas de garantir une allocation optimale des deniers publics.

Alain Jossaud précise d'ailleurs clairement que « la négociation [...] trouve son intérêt principal dans la possibilité de discuter des conditions économiques de la réalisation de la prestation¹¹⁰ ». Il reprend aussi les termes d'André Homent, selon lequel la négociation vise à traiter l'aléa commercial¹¹¹. En somme, le but est de mettre en relief l'offre ayant le meilleur rapport qualité-prix après mise en adéquation avec le besoin.

¹⁰⁷ Droit des marchés publics, Editions Le Moniteur, III-220.1 Négociation et droit des marchés publics

¹⁰⁸ Jean-Mathieu GLATT, Yves-René GUILLOU, « Négociation, discussion, échange : des leviers pour l'efficacité de la commande publique », CP-ACCP, n° 84, janvier 2009, pp. 38 à 43

¹⁰⁹ Olivier FEVROT, « Passation des marchés publics », JurisClasseur Administratif, fascicule n° 635, cote 01,2010

¹¹⁰ Alain JOSSAUD, « Marchés publics : dialoguer n'est pas négocier », AJDA, 2005, pp. 1718 à 1722

¹¹¹ André HOMENT, « Formes et techniques nouvelles : les marchés d'études et de définition », Rev. adm. 1963, p. 37, cité dans l'article d'Alain JOSSAUD précité

Après s'être assuré de l'efficacité potentielle de la procédure de négociation en fonction de l'état de la concurrence, il s'agit de veiller à ce que le pouvoir adjudicateur soit en mesure de mener les échanges.

B. La capacité de négocier de l'acheteur public

Le droit des marchés publics est historiquement marqué du sceau de l'interdiction de la négociation. Cette pratique, qui est nouvelle pour les pouvoirs adjudicateurs, ne peut pas être instinctivement appréhendée. Elle nécessite que des personnes au sein des pouvoirs adjudicateurs aient les compétences nécessaires pour négocier.

En effet, une négociation mal menée est potentiellement contre-productive, puisqu'elle peut aboutir à la conclusion de « contrats sous-optimaux », d'après Aurélien Colson et Alain Pokar Lempereur. Ces auteurs considèrent que « bien négocier requiert une série de compétences qu'il serait candide de considérer comme innées : il faut les acquérir et s'y entraîner »¹¹².

C'est ainsi que se dessinent les contours de la profession d'acheteur public, voire de négociateur public. Cette personne doit être rompue aux techniques de négociation développées par les opérateurs privés pour être en mesure de maîtriser l'échange, tout en les adaptant au contexte public de l'achat qui intègre nécessairement la notion d'intérêt public. En somme, l'acheteur public mène les négociations selon les techniques des opérateurs privés afin de conclure un contrat conforme à l'intérêt public.

Dans les faits, la négociation au sein des administrations est un créneau de formation en expansion. Des instituts spécialisés dispensent des enseignements spécifiques en la matière au sein de l'Ecole nationale de l'Administration (ENA) depuis 1997 et organisent des séminaires, notamment, à la Commission Européenne¹¹³.

Il y a une véritable prise de conscience de ce que l'acheteur public est une profession à part entière et que le défaut de maîtrise des modalités de négociation entraîne un risque de manipulation par les opérateurs économiques rompus à ces techniques.

¹¹² Aurélien COLSON, Alain POKAR LEMPEREUR, « Contractualisation et technique de négociation : l'indispensable formation », CP-ACCP, n° 45, juin 2005, pp. 41 à 42

¹¹³ Aurélien COLSON, Alain POKAR LEMPEREUR, précité

Outre l'inefficience économique, une négociation mal menée est aussi susceptible d'être juridiquement irrégulière.

La négociation, comme méthode d'achat à part entière¹¹⁴, doit se conjuguer avec les contraintes issues du droit des marchés publics.

D'une part, il faut que les acheteurs publics qui conduisent les négociations soient sensibilisés au respect impératif des principes de la commande publique, qui s'imposent quelle que soit la procédure mise en œuvre. Ils doivent ainsi veiller à ce que les candidats soient traités de manière égale : les mêmes informations sont communiquées à l'ensemble des opérateurs admis à négocier, le contenu des offres ne doit pas être communiqué aux concurrents. De même, la traçabilité des échanges permet d'assurer la transparence de la procédure.

D'autre part, les acheteurs publics doivent maîtriser le cadre de la négociation, c'est-à-dire le périmètre dans lequel des modifications peuvent être apportées aux offres initiales. La définition de ce périmètre n'est pas étrangère non plus aux principes fondamentaux de la commande publique. Le juge administratif considère ainsi qu'une négociation qui aboutit à modifier complètement l'objet du marché est illégale dans la mesure où la mise en concurrence effectuée n'a pas réellement porté sur le contrat finalement conclu¹¹⁵. Il en résulte une méconnaissance du principe de la liberté d'accès à la commande publique¹¹⁶.

La circulaire d'application du Code des marchés publics de 2004 considérait déjà que « l'acheteur doit à la fois se comporter en acteur public soucieux d'assurer la transparence de l'action publique mais aussi en opérateur économique avisé utilisant sa connaissance du marché et ses capacités de négociation pour obtenir le résultat le moins coûteux et garantir ainsi le bon usage des deniers publics dont il a la responsabilité. »¹¹⁷.

L'acheteur public cumule ainsi des compétences d'ordre économique relatives aux techniques de négociation, d'ordre juridique pour assurer la régularité de la nature et de la portée des échanges, mais aussi d'ordre technique. En effet, il faut que le négociateur ait une connaissance exacte du besoin, des offres et des entreprises¹¹⁸. Parallèlement, la maîtrise de

¹¹⁴ Jean-Mathieu GLATT, Yves-René GUILLOU, « Négociation, discussion, échange : des leviers pour l'efficience de la commande publique », CP-ACCP, n° 84, janvier 2009, pp. 38 à 43

¹¹⁵ CE, 25 juillet 2001, n° 229666, *Commune de Gravelines*

¹¹⁶ Rachel CATTIER, « Le régime des marchés relevant des articles 28 et 30 du code des marchés publics », CP-ACCP, n° 84, janvier 2009, pp. 52 à 55

¹¹⁷ Circulaire du 7 janvier 2004 portant manuel d'application du Code des marchés publics, ECOZ0300024C, introduction, JO du 8 janvier 2004 p. 37031

¹¹⁸ Yves-René GUILLOU, Jean-Marc BINOT, Yves-Marie LEGRAND, *L'achat public local*, Paris, Editions LGDJ-EJA, Politiques locales, 2005, pp.63-64

l'offre existante sur le marché est aussi primordiale. Cela permet à l'acheteur public de procéder à la comparaison des offres des opérateurs au besoin du pouvoir adjudicateur et à l'offre existante sur le marché. Ayant identifié les éléments pouvant faire l'objet de discussion, l'acheteur mène les négociations en fonction de l'objectif qu'il souhaite atteindre. En pratique, le pouvoir adjudicateur pourra être représenté par plusieurs personnes en fonction de leurs compétences. Cela relève des modalités d'organisation de la phase de négociation.

II. L'organisation de la négociation, élément indispensable à son efficacité

Le déroulement des procédures de passation des marchés publics est clairement détaillé par la réglementation, dès la définition du besoin et jusqu'à la notification du marché. Certaines étapes sont cependant simplement évoquées. Il en est ainsi de la négociation, dont les modalités ne sont guère précisées. Pourtant, s'il est certain que le négociateur participe à l'efficacité du marché ultérieurement conclu, cette efficacité dépend étroitement de la maîtrise des négociations par le pouvoir adjudicateur (B), ce qui implique qu'il les anticipe en amont de leur déroulement (A).

A. L'anticipation de la phase de négociation

Préalablement à la passation d'un marché public, le pouvoir adjudicateur doit déterminer la procédure applicable. La nécessité d'anticiper la négociation avant le lancement de la procédure est distincte en procédure négociée et en procédure adaptée.

Dans le premier cas, la phase de négociation est imposée par la réglementation : le pouvoir adjudicateur ne pose donc pas la question de savoir s'il négociera ou non les offres, puisqu'il y est obligé. Il n'est en revanche pas contraint à mettre en œuvre cette procédure dérogatoire et peut tout à fait recourir à l'appel d'offres, qui est la procédure de principe. C'est au moment du choix de la procédure à suivre que le pouvoir adjudicateur doit décider s'il est souhaitable de bénéficier d'une étape de négociation ou non, dès lors que le marché en cause le permet. A ce stade situé en amont de la passation du contrat, l'important est de déterminer clairement si le marché répond à l'une des hypothèses de recours à la procédure négociée listée à l'article 35 du Code des marchés publics. Le pouvoir adjudicateur doit être en mesure de pouvoir justifier ce recours : la sécurisation de la procédure en dépend. En effet, les exemples

jurisprudentiels d'annulation de procédure négociée concernent généralement des hypothèses où le juge estime que le marché ne relevait pas de l'article 35¹¹⁹.

Dès lors que le marché relève effectivement d'une hypothèse réglementaire, le pouvoir adjudicateur pourra librement recourir à la procédure négociée plutôt qu'à l'appel d'offres. S'il opte pour la procédure dérogatoire, la négociation postérieurement à la remise des offres est imposée. Lorsque les candidats répondent à l'avis d'appel public à la concurrence, ils ont connaissance de la procédure mise en œuvre et savent par conséquent d'emblée que des négociations auront lieu. Il en va *a fortiori* de même dans le cas d'une procédure négociée sans publicité ni mise en concurrence.

L'article 66 V du Code des marchés publics permet d'organiser des phases successives lors de la négociation et d'éliminer des offres à l'issue de chaque phase, par application des critères de sélection des offres. Le pouvoir adjudicateur doit décider de recourir ou non à cette faculté avant que les opérateurs ne candidatent : s'il y recourt, l'avis d'appel public à la concurrence ou les documents de la consultation doivent en faire état.

Concernant les marchés passés selon une procédure adaptée, la phase de négociation n'est qu'une possibilité à la disposition du pouvoir adjudicateur. Il décide librement d'y recourir, *a priori* en fonction de l'objet du marché et du degré de concurrence dans le domaine. Cette liberté a néanmoins ses limites. Le pouvoir adjudicateur doit faire ce choix en amont du lancement de la procédure adaptée, et ce conformément au principe de transparence des procédures, voire d'égalité de traitement des candidats dans la mesure où l'usage de la faculté de négocier est de nature à exercer une influence sur la présentation des offres. L'avis d'appel public à la concurrence, ou à défaut les documents de la consultation, doivent mentionner expressément le recours à la négociation si le pouvoir adjudicateur opte pour celui-ci¹²⁰. Si aucune mention relative aux négociations n'est inscrite, il sera impossible de décider ensuite, au cours de la procédure, de procéder à la négociation des offres remises¹²¹, sous peine de rendre la procédure irrégulière.

¹¹⁹ Voir par exemple : CE, 28 juillet 2000, n° 202792, *M. Jacquier* (l'originalité et le caractère innovant d'un procédé ne correspond pas à l'hypothèse d'un marché ne pouvant être confié qu'à un opérateur économique déterminé, prévu à l'article 35 II 8° du Code des marchés publics) ; CAA Paris, 13 mars 2007, n° 04PA02781, *Société Automobiles Peugeot* (la marque des produits vendus par l'entreprise n'est pas non plus de nature à justifier la mise en œuvre de l'article 35 II 8° du même code) ; CAA Marseille, 2 octobre 2008 n° 07MA000016, *M. François Deslaugiers* (il ne s'agit pas d'un marché complémentaire prévu à l'article 35 II 5° du même code, si la prestation objet du contrat était incluse dans le marché initialement conclu)

¹²⁰ Laure THIERRY, « Les MAPA : une liberté... bien encadrée », CP-ACCP, n° 100, juin 2010, pp. 56 à 58 ; Brigitte ROMAN-SEQUENSE, « Quelles sont les conditions de négociation des marchés en procédure adaptée ? », Contrats-Marchés publ., n° 8, août 2010, commentaire 310

¹²¹ TA Lille, 5 avril 2011, n° 1003008 et 1003238, *Préfet du Nord*

De même, si la négociation est explicitement annoncée dans ces documents, le pouvoir adjudicateur doit y procéder. A défaut, la procédure pourrait être annulée. Tel a été le cas dans une ordonnance rendue par le tribunal administratif de Toulouse, le juge des référés ayant estimé qu'il s'agissait d'une illégalité susceptible de léser le candidat requérant « en raison de l'incidence que peut avoir la perspective d'une négociation sur le montant initial des offres »¹²². Finalement, cette ordonnance consacre logiquement le fait que le pouvoir adjudicateur doit respecter les règles qu'il s'est volontairement imposé¹²³, rappelant ainsi que le règlement de la consultation d'un marché est obligatoire dans toutes ses mentions¹²⁴.

Un doute subsiste au sujet d'une pratique communément admise au sein des collectivités et qui consiste à mentionner que « le pouvoir adjudicateur se réserve la possibilité de négocier les offres ». L'information des candidats quant aux modalités de mise en œuvre de la procédure est-elle claire ? Il doit vraisemblablement être répondu à cette question par la négative, la seule information ainsi communiquée étant que la négociation n'est pas d'emblée exclue. Mais il n'y a aucune certitude quant à l'organisation effective d'une phase de négociation, qui reste soumise à la décision discrétionnaire du pouvoir adjudicateur après la remise des offres. Dans l'ordonnance précitée, le juge des référés avait d'ailleurs précisé que « la négociation doit être explicitement annoncée », préjugant ainsi de l'illégalité d'une formulation tangente. L'existence ou non d'une phase de négociation influe directement sur la manière dont les opérateurs établissent leur offre. L'élaboration d'une règle du jeu claire¹²⁵ s'imposerait donc aussi bien en procédure négociée qu'en procédure adaptée. Il est alors vivement conseillé aux pouvoirs adjudicateurs de décider fermement de recourir ou non à la négociation en amont du lancement de la procédure, afin d'éviter le risque d'annulation de la procédure.

En pratique, l'anticipation de la phase de négociation implique également de constituer la future équipe de négociation composée d'élus, de fonctionnaires, voire de cabinets de consultants extérieurs¹²⁶. Le but est d'assurer une pluralité de compétence rassemblant des

¹²² TA Toulouse, ord., 23 novembre 2010, n° 1004555, *Société FM Projet*

¹²³ Aymeric HOURCABIE, « Négociation : le RC, rien que le RC, tout le RC », note sur TA Toulouse, ord., 23 novembre 2010, n° 1004555, *Société FM Projet*, www.achatpublic.info, 8 décembre 2010

¹²⁴ CE, 23 novembre 2005, n° 267494, *SARL Axialogic*

¹²⁵ Daniel BUSSY, Jean-Marc PEYRICAL, « Dialogue, négociation et échange avec les entreprises : esquisse d'une méthodologie », CP-ACCP, n° 84, janvier 2009, pp. 44 à 46

¹²⁶ Brigitte ROMAN-SEQUENSE, « Les nouvelles modalités de négociation », *Contrats-Marchés publ.*, n° 2, février 2007, *Pratiques professionnelles* n° 2, pp. 37 à 38

personnes ayant des capacités pour négocier et d'autres ayant connaissance du domaine économique et des techniques permettant de répondre au besoin objet du contrat.

Le cahier des charges doit aussi être rédigé de manière à prendre en compte le périmètre de négociation souhaité : plus il est détaillé, moins le périmètre de négociation sera vaste.

Après avoir planifié la phase de négociation en amont, il revient ensuite au pouvoir adjudicateur de veiller à son bon déroulement, c'est-à-dire d'en assurer la maîtrise pour que l'objectif d'adéquation des offres au besoin soit atteint.

B. La maîtrise par le pouvoir adjudicateur du déroulement de la négociation

Après avoir pris connaissance des offres des opérateurs, le pouvoir adjudicateur entame les négociations. Pour assurer leur encadrement, différentes questions pratiques doivent avoir été résolues au préalable.

Il faut déterminer le temps consacré à cette phase afin de pouvoir estimer la durée globale de la procédure : une date de début et de fin de la phase peut être utilement indiquée, sans qu'elle ne s'impose obligatoirement. Ce temps doit être suffisant : si le pouvoir adjudicateur est contraint en terme de délais et que l'opérateur en a conscience, celui-ci pourrait provoquer une rupture des négociations, technique répandue dans le milieu des affaires, afin de déstabiliser l'acheteur public. Chaque candidat doit ensuite se voir accorder le même laps de temps, en vertu du principe d'égalité de traitement des candidats¹²⁷.

Les moyens humains et matériels, tels les locaux dans lesquels se dérouleront les négociations, sont aussi à prévoir pour un déroulement sans imprévu. Ces moyens dépendent notamment du caractère oral ou écrit des échanges avec les opérateurs : même si des négociations orales dans les locaux du pouvoir adjudicateur sont plus traditionnellement envisagées, l'écrit tend à se développer grâce à l'usage de la télécopie ou des courriers électroniques. L'avantage incontestable est la traçabilité complète. Dans le cas de l'oralité, un formalisme doit être mis en œuvre pour permettre cette traçabilité. Il s'agit d'un procès-verbal rédigé de manière à retracer les échanges qui ont eu lieu et qui est co-signé par les parties présentes à la négociation.

¹²⁷ Daniel BUSSY, Jean-Marc PEYRICAL, précité

Le pouvoir adjudicateur identifie dans chaque offre les éléments qui feront l'objet de négociations. L'objectif à atteindre doit être déterminé : pour maîtriser les échanges, le pouvoir adjudicateur doit au préalable définir le résultat attendu à l'issue des négociations, de sorte à les mener selon une ligne directrice.

A cet égard, il est indispensable que l'acheteur public ne se focalise pas sur la seule négociation du prix, et ce pour plusieurs raisons.

D'une part, les dispositions du Code des marchés publics relatives à la négociation l'envisagent largement : l'article 28 de ce code applicable à la procédure adaptée précise qu'elle « peut porter sur tous les éléments de l'offre, notamment le prix » ; le prix n'est donc qu'un élément parmi d'autres. Concernant la procédure négociée, l'article 34 prévoit que « le pouvoir adjudicateur négocie les conditions du marché ». Or les conditions du marché ne se restreignent pas au prix des prestations. L'article 66 V confirme cette position par une définition négative du périmètre de la négociation : l'objet du marché ainsi que ses caractéristiques et conditions d'exécution substantielles sont exclues des discussions. On en déduit que tous les autres éléments peuvent être négociés.

D'autre part, négocier directement le prix est globalement inefficace : la baisse du prix consentie par l'opérateur n'est pas un geste commercial et est forcément répercutée sur un autre élément de l'offre, généralement la qualité, sans que cela ne fasse l'objet de discussion. Il est plus opportun de négocier directement la qualité, la quantité, les délais d'exécution, les garanties particulières, les avances financières : la modification de ces éléments aura une influence rationnelle sur le prix. En somme, le prix ne doit pas être envisagé comme un moyen de négocier, mais plutôt comme une finalité. La règle d'or appliquée par les acheteurs privés en matière de négociation est d'ailleurs « TSLP », c'est-à-dire « tout sauf le prix »¹²⁸.

La baisse du prix ne doit pas non plus être la finalité exclusive : l'objectif est d'établir le meilleur rapport qualité-prix. La négociation est efficace dès lors qu'elle permet d'identifier l'offre économiquement la plus avantageuse en fonction du besoin du pouvoir adjudicateur, ce qui ne signifie pas forcément l'offre financièrement la plus avantageuse.

La réciprocité des concessions participe également à l'efficacité des négociations. En effet, l'acheteur public ne doit pas instaurer un rapport de force inéquitable et imposer des négociations à sens unique. Maîtriser le déroulement des négociations n'implique pas que

¹²⁸ Florian LINDITCH, « La CAA de Bordeaux fournit d'utiles précisions sur la négociation », note sous CAA Bordeaux, 14 févr. 2006, *Synd. intercom. d'alimentation en eau potable du Confolentais, Sté d'aménagement urbain et rural*, JCP A, n° 31, 31 juillet 2006, 1178

l'acheteur se positionne comme une entité supérieure. C'est en faisant certaines concessions que les opérateurs pourront à leur tour en faire et proposer des offres finales répondant au mieux au besoin du pouvoir adjudicateur.

Une précision doit être apportée concernant la contractualisation des modifications consenties par les parties. Préalablement aux négociations, les opérateurs ont déposé une offre, en vertu de laquelle ils se sont engagés par la signature de l'acte d'engagement. L'offre initiale étant modifiée, la signature ne vaut pas pour l'offre négociée. Les parties doivent procéder à la cristallisation de l'offre définitive et disposent pour se faire de deux possibilités.

Si le procès-verbal établi à l'issue des négociations est exhaustif, il est suffisant pour contractualiser les modifications en l'annexant à l'acte d'engagement initial.

En revanche, dans le cas où un délai est accordé à l'issue de la dernière séance de discussion pour remettre l'offre finale, le nouvel acte d'engagement se substitue au premier. Il en sera de même lorsque les échanges ont eu lieu par télécopie ou courriers électroniques. Pour une clarté optimale, il est opportun que le contrat contienne les deux actes d'engagement, en portant la mention « caduque » sur l'acte initial, accompagnée de la signature des parties.

Les offres définitives sont ainsi cristallisées : le pouvoir adjudicateur pourra les analyser et procéder à leur classement par application des critères d'attribution définis dans les documents de la consultation.

Le marché est ainsi attribué à l'offre considérée comme économiquement la plus avantageuse, conformément à la formulation consacrée par le Code des marchés publics. La phase de négociation a permis d'ajuster l'offre au besoin, ce qui aura des répercussions positives sur l'exécution du marché sur le plan financier, mais aussi en terme de délais, voire en terme de techniques. Face au constat selon lequel les procédures permettant la négociation ne sont que résiduellement mises en œuvre, la politique actuelle qui vise à encourager les pouvoirs adjudicateurs à y recourir doit être poursuivie pour permettre un changement culturel dans la passation des marchés publics.

CHAPITRE 2 : La généralisation souhaitable de la phase de négociation dans la procédure de passation des marchés publics

L'article 1^{er} du Code des marchés publics assène deux objectifs aux principes fondamentaux de la commande publique. Ceux-ci conditionnent la passation des marchés publics, dont les procédures devraient permettre d'assurer l'efficacité de la commande publique ainsi que la bonne utilisation des deniers publics. La mention explicite de ces objectifs permet la mise en exergue d'un aspect négligé des marchés publics, en raison de la prédominance procédurale. Il s'agit de l'intérêt économique de ces contrats par lesquels les pouvoirs adjudicateurs procèdent à des achats pour répondre à leurs besoins. Le fait d'affirmer des objectifs n'assure néanmoins pas leur réalisation concrète. Est une nouvelle fois en cause la rigidité procédurale qui n'octroie pas la marge de manœuvre permettant de les atteindre. Une phase de négociation véhicule, au contraire, la souplesse nécessaire pour conclure des contrats conformes aux objectifs (section 1). Cela suppose que les pouvoirs adjudicateurs assimilent les différentes possibilités offertes par la réglementation, en recourant effectivement aux procédures incluant une étape de négociation, pour envisager ensuite de les étendre (section 2).

Section 1 : La négociation, une nécessité pour « assurer l'efficacité de la commande publique et la bonne utilisation des deniers publics »¹²⁹

Le marché public se définit comme étant un contrat conclu à titre onéreux entre un pouvoir adjudicateur et un opérateur économique, pour répondre aux besoins du premier. En droit, l'onérosité s'oppose simplement à la gratuité. Mais la définition usuelle du terme « onéreux » est en plus empreinte d'une connotation négative, aboutissant à définir le marché public comme un contrat « qui occasionne des frais importants, excessifs »¹³⁰. Cela se vérifie en pratique, en raison des fins auxquelles la commande publique est utilisée : elle est le levier d'interventionnisme économique privilégié des personnes publiques, dont le coût pourrait être modéré par la négociation (I), alors que les pouvoirs adjudicateurs persistent de manière injustifiée à ne pas utiliser cette faculté pour la passation des marchés publics qui le permettraient (II).

¹²⁹ Article 1^{er} II du Code des marchés publics

¹³⁰ Dictionnaire Larousse

I. La commande publique : un levier d'action économique coûteux pour l'acheteur public

L'élaboration des directives communautaires relatives aux marchés publics avait été ralentie par la crainte des Etats de voir leur échapper la maîtrise d'un moyen permettant d'intervenir efficacement dans le domaine économique. Finalement, les nouvelles dispositions intégrées dans les codes des marchés publics successifs conduisent le Gouvernement lui-même à déclarer que le code de 2006 « a été enfin conçu comme un levier de politique économique »¹³¹. L'inconvénient majeur tient au fait qu'actionner ce levier dans le contexte rigide des procédures de passation des marchés publics engendre un coût que la personne publique doit supporter (A). Il peut y être remédié grâce à la négociation, qui évitera à la personne publique de conclure un marché pour un montant excessif (B).

A. Levier économique et protection des deniers publics, ou l'antagonisme des marchés publics

Du début du XIX^e siècle jusque dans les années 1980, le droit des marchés publics se serait développé autour de la seule idée de protection des deniers publics¹³². Une procédure de publicité et de mise en concurrence est imposée par la réglementation dans le but d'objectiver au maximum la passation des marchés publics.

Généralement, la formation des obligations contractuelles obéit à une conception subjectiviste où une place prédominante est accordée à la volonté des parties. Ce n'est pas le cas du droit des marchés publics, construit sur le modèle de l'objectivisme contractuel : le choix de l'attributaire ne dépend pas de la volonté subjective du pouvoir adjudicateur, mais de l'application de critères prédéfinis et dont les candidats ont connaissance préalablement à la remise de leur offre. Cette impression de clarté laisse rapidement place à l'expression de l'inconvénient généré par la rigidité de ce procédé de contractualisation.

Ce méfait résulte de la combinaison entre rigidité des procédures de passation et finalité économique de la commande publique.

¹³¹ Réponse ministérielle n° 96460, JOAN Q 19 septembre 2006, p. 9823 (Q. 6 juin 2006, M. Saint-Léger)

¹³² Frédéric ALLAIRE, « Dépasser le droit des marchés publics », AJDA 2009, p. 1696

Certes, les marchés publics sont passés dans le but de répondre à un besoin du pouvoir adjudicateur. Le besoin précède donc le marché public, puisqu'il conditionne l'ensemble de la procédure, la rédaction des documents de la consultation : fort logiquement, sans besoin, le marché public n'existe pas. Il n'en demeure pas moins que la volonté de passer un marché public peut précéder l'existence du besoin. C'est l'incarnation de la politique économique des personnes publiques. Leur volonté interventionniste se traduit par la passation de marchés publics dont l'ampleur engendre des conséquences pour les opérateurs économiques. Les pouvoirs adjudicateurs sont effectivement des clients privilégiés, en raison de la régularité de certains besoins, la quantité, les montants qui peuvent être importants, et surtout leur solvabilité assurée.

Mais « si l'achat public est l'une des expressions les plus visibles de l'action publique, il est aussi un acte économique qui s'inscrit dans une économie de marché dominée par le principe de libre concurrence »¹³³. La réglementation actuelle semble malheureusement considérer que la libre concurrence est incompatible avec le processus de négociation. Pourtant, il n'en est rien : l'acte économique suppose au contraire de décloisonner l'offre et la demande, celles-ci étant nécessairement amenées à se rencontrer pour aboutir à un acte efficace.

Les négociations, techniques contractuelles issues du droit privé des affaires, ne sont pas incompatibles avec la passation de marchés publics. Elles sont même nécessaires à la rationalisation de l'achat public dont on tente à tort d'occulter le caractère d'acte de commerce. Or le caractère public de l'achat ne paralyse pas la recherche du profit des opérateurs candidats à l'attribution des marchés : la logique commerciale est pleinement appliquée par les candidats, tandis que les pouvoirs adjudicateurs s'en gardent. La faille apparaît à ce niveau : le candidat fait une offre dont il sait que le prix ne sera pas discuté par l'acheteur, en conséquence de l'objectivité du processus contractuel imposée par le droit des marchés publics. Les principes économiques et commerciaux amènent donc le candidat à proposer un prix élevé par rapport au marché pertinent. Au final, l'achat est effectué à un prix qui aurait pu être moindre en appliquant les techniques contractuelles privées.

L'inconvénient majeur provient du fait que ce surcoût n'est pas ponctuel, eu égard à la fréquence à laquelle les pouvoirs adjudicateurs actionnent ce levier d'interventionnisme économique. La répétition des surcoûts conduit au constat négatif suivant : l'objectif de bonne

¹³³ Circulaire du 7 janvier 2004 portant manuel d'application du Code des marchés publics, ECOZ0300024C, introduction, JO du 8 janvier 2004 p. 37031

utilisation des deniers publics n'est pas atteint, puisque les achats auraient pu être effectués à des prix moindres.

L'impact de ce constat est à relativiser en fonction du contexte économique global qui tient compte de l'état des finances publiques étatiques et locales, et de la prospérité des entreprises. Passer un marché économiquement inefficace pour le pouvoir adjudicateur et entraînant un gain important pour l'attributaire, ne pose pas de difficultés si l'abondance des finances publiques le permet. Il en va différemment dans un contexte de surendettement avéré des personnes publiques. La crise économique déclenchée en 2008, qui a déstabilisé les entreprises, a fait d'autant plus ressurgir la volonté interventionniste de l'Etat. Mais cette volonté doit être conjuguée avec la capacité réelle des personnes publiques à impulser la relance de l'économie, étant elle-même endettées. Dans ces circonstances, la nécessité d'assouplir le mode de passation des marchés publics est avouée. Concrètement, le décret de mise en œuvre du plan de relance de l'économie sera l'occasion pour le pouvoir réglementaire d'officialiser la faculté de négocier à la disposition des pouvoirs adjudicateurs, pour les marchés d'un montant inférieur au seuil de procédure formalisée¹³⁴.

En sous-entendant que la relance de l'économie ne doit pas se faire au détriment des budgets des pouvoirs adjudicateurs, la dimension économique de l'achat public est affirmée. Il leur revient de faire usage de cette faculté.

B. Négocier pour rétablir un prix proportionnel à la valeur de l'offre proposée

Les pouvoirs adjudicateurs sont victimes d'un paradoxe : le prix qu'ils payent pour l'exécution des marchés publics est supérieur à celui que payerait une tierce personne pour des prestations similaires, alors que l'offreur a l'assurance de la solvabilité des pouvoirs adjudicateurs. C'est *a priori* illogique, puisque le raisonnement est habituellement inverse : les prix augmentent en présence d'un risque d'insolvabilité.

Le surcoût des achats des pouvoirs adjudicateurs par rapport aux prix des marchés pertinents a plusieurs sources : outre le cas de comportement anti-concurrentiel des candidats qui s'entendent pour l'attribution d'un marché, il y a la source évoquée dans le développement

¹³⁴ Article 36 du décret n° 2008-1355 du 19 décembre 2008 de mise en œuvre du plan de relance économique dans les marchés publics, ECEX0829772D, JO du 20 décembre 2008, p. 19544

précédent relatif à l'objectivisme contractuel des marchés publics et celle du phénomène paradoxal présenté ici.

L'existence de ce phénomène a pu être constatée dans les faits lors de la crise économique des dernières années, par la différence entre l'estimation du montant du marché faite par le pouvoir adjudicateur et les estimations faites par les candidats dans les offres. Dans le cadre de besoins récurrents, le pouvoir adjudicateur fixe aisément un montant estimatif, lequel correspondait généralement en moyenne aux offres présentées. Dans le contexte de crise économique, les offres étaient fréquemment en-dessous de l'estimation, et ce de manière significative, d'après le témoignage des collectivités : ces offres auraient pu être considérées comme « anormalement basses » par rapport à l'estimation. Il n'en était rien : certes les opérateurs doivent être d'autant plus compétitifs lorsque les circonstances économiques sont défavorables, mais la différence de plusieurs dizaines de pour-cent entre les offres et le montant prévisionnel du marché est surtout révélatrice de la marge initialement retirée et atteste de ce que les prix antérieurement pratiqués étaient largement supérieurs à la valeur intrinsèque de l'offre.

Outre l'attitude mercantile des opérateurs, qui est somme toute normale dans une économie de marché, la pratique des prix élevés a également été facilitée par la réglementation relative aux marchés publics elle-même, plus précisément par l'abandon du critère du moins-disant, au profit de l'offre économiquement la plus avantageuse. En effet, le critère du moins-disant imposait aux candidats de faire un effort maximal sur l'aspect financier, dans la mesure où il était l'unique critère retenu pour déterminer l'attributaire. Eu égard à ses effets néfastes en terme de qualité et délai d'exécution, l'attribution multicritère est désormais le principe. En conséquence, le prix proposé par le candidat ne sera pris en compte qu'à hauteur de la pondération appliquée, en concurrence avec, généralement, la valeur technique et le délai d'exécution, voire des considérations sociales et environnementales. L'aspect financier n'étant qu'un critère parmi d'autres, il est aisé de l'augmenter en compensant avec un autre élément..

Si les opérateurs ne sont pas incités à pratiquer des prix plus proches de la valeur réelle de leur offre, c'est aussi le résultat de l'objectivisme contractuel qui exclut la volonté du pouvoir adjudicateur. Alors que toute autre personne dispose de la liberté de conclure ou non un contrat jusqu'au moment d'apposer la signature, il est mal aisé pour les pouvoirs

adjudicateurs d'abandonner une procédure en cours de passation¹³⁵. Une fois la procédure lancée, le pouvoir adjudicateur en est prisonnier jusqu'à son attribution. Ayant la quasi-certitude que le marché sera conclu, les opérateurs peuvent pratiquer des prix élevés.

Cet état de cherté de l'offre est rendu possible grâce à l'attribution sans discussion : dès lors que l'offre est classée première du fait de l'application des critères, elle sera nécessairement retenue pour l'exécution du marché.

La négociation préalablement à l'attribution du marché est l'occasion pour les opérateurs de moduler leur prix dans le sens d'un rééquilibrage de celui-ci par rapport à sa valeur réelle.

Il n'est pas inutile de rappeler que cette solution ne vaut que pour les marchés relevant d'un secteur économique propice à la négociation. Ce n'est pas le cas lorsqu'il est suffisamment concurrentiel : l'état de concurrence effective fait courir un risque important d'éviction aux candidats pratiquant des prix élevés. Les opérateurs présentent alors immédiatement une offre susceptible d'emporter le marché. En revanche, dans un secteur non concurrentiel, proposer une offre à un prix supérieur au marché pertinent présente un risque nettement moins élevé ; les opérateurs prendront généralement ce risque. Il ne peut qu'être conseillé aux pouvoirs adjudicateurs de négocier les offres présentées dans le cadre d'un marché non concurrentiel afin de rétablir un prix proportionnel à la valeur du contrat et atteindre l'objectif de protection des deniers publics.

La réglementation actuelle ne permet toutefois pas aux pouvoirs adjudicateurs de déterminer s'il convient de négocier en fonction du secteur économique : le recours à la négociation est conditionné. Mais la limitation la plus importante est celle que s'imposent les pouvoirs adjudicateurs eux-mêmes par leur réticence excessive à négocier, alors même que la réglementation le permet.

II. L'aversion injustifiée pour la négociation dans les procédures de passation des marchés publics

La « culture » de l'interdiction de principe de la négociation est la raison traditionnellement alléguée pour expliquer que les pouvoirs adjudicateurs n'optent pas pour les procédures

¹³⁵ Seule la déclaration sans suite pour motif d'intérêt général est autorisée. Articles 59-IV, 64-IV, 66-VI, 67-XI du Code des marchés publics

ponctuées d'une telle étape. En conséquence de cette habitude culturelle, les pouvoirs adjudicateurs n'auraient ni le réflexe, ni les compétences pour négocier. Cet argument n'est pas défendable parce que les personnes publiques sont, par ailleurs, souvent amenées à négocier (A). Il n'est pas non plus tenable de lever le bouclier de l'égalité de traitement des candidats et de la transparence de la procédure pour justifier la renonciation à la négociation (B).

A. La négociation, une étape primordiale dans la passation des contrats de la commande publique

La commande publique ne se résume pas à la passation des marchés publics. Plusieurs catégories de contrats sont à dénombrer. Leur passation est tantôt soumise à une procédure encadrée, tantôt librement organisée. Dans les deux cas, la négociation est loin d'être inhabituelle.

Qu'il s'agisse de la passation d'une convention de délégation de service public ou d'un contrat de partenariat, les procédures applicables organisent une phase d'échanges avec les opérateurs candidats.

En effet, les offres sont obligatoirement négociées par la personne publique délégante avant de choisir le délégataire¹³⁶.

Quant au contrat de partenariat, la personne publique et les candidats sont aussi amenés à avoir des échanges lors de la procédure de dialogue compétitif. Certes les dispositions régissant la passation des contrats de partenariat¹³⁷ prévoient aussi l'appel d'offres, voire la procédure négociée pour les contrats inférieurs aux seuils¹³⁸. Mais les personnes publiques ne recourent à ce contrat que pour des opérations dont le montant est supérieur à ces seuils et les conditions de recours au dialogue compétitif sont en principe remplies, d'autant plus que la logique de l'appel d'offres ne correspond pas à ce type de contrat. C'est donc la procédure de dialogue compétitif qui est mise en œuvre pour conclure un contrat de partenariat : des

¹³⁶ Article 38 de la loi n° 93-122 du 29 janvier 1993 relative à la prévention de la corruption et à la transparence de la vie économique et des procédures publiques ; codifié à l'article L.1411-1 du Code général des collectivités territoriales

¹³⁷ Ordonnance n° 2004-559 du 17 juin 2004 sur les contrats de partenariat ; codifiée aux articles L.1414-1 et suivants du Code général des collectivités territoriales

¹³⁸ Ces seuils sont identiques aux seuils de procédure formalisée pour la passation des marchés publics ; article 5 du décret n° 2009-1702 du 30 décembre 2009 qui modifie l'article D.1414-5 du Code général des collectivités territoriales

échanges directs ont lieu entre la personne publique et les opérateurs, en amont de la remise des offres.

Outre ces deux grandes catégories de contrat, est également encadrée l'attribution des concessions de plage et des sous-traités d'exploitation¹³⁹. Les dispositions applicables renvoient à la procédure de passation des délégations de service public et impliquent, de ce fait, une phase de négociation.

Concernant les concessions de travaux¹⁴⁰, le décret du 26 avril 2010¹⁴¹ précise la procédure de passation des contrats dépassant le seuil de 4 845 000 € HT. La personne publique est libre d'engager des discussions avec les candidats ayant présenté une offre, dans la mesure où aucune interdiction de négocier n'est prévue¹⁴². Il en va de même pour les concessions de travaux d'un montant inférieur au seuil, dont la procédure de passation n'est pas précisée par le décret : il revient à la personne publique d'en prévoir les modalités, ce qui lui laisse la possibilité d'organiser une phase de négociation.

Par ailleurs, certains instruments de la commande publique ne sont encadrés par aucune procédure. Exception faite des baux emphytéotiques hospitaliers dont la procédure de passation est identique à celle du contrat de partenariat¹⁴³, les baux emphytéotiques administratifs et les conventions d'occupation temporaire du domaine public sont librement conclus. Aucune restriction à la négociation n'est imposée. Les personnes publiques négocient alors librement le contenu de ces conventions avec le futur cocontractant.

Au terme de cette énumération, il est évident que recourir à la négociation n'est pas exceptionnelle dans le processus contractuel des personnes publiques. La passation des contrats de la commande publique implique généralement une phase de négociation, voire au minimum un dialogue préalable à la remise d'une offre. Contrairement à ce qui est

¹³⁹ Respectivement : articles 6 et 13 du décret n° 2006-608 du 26 mai 2006 relatifs aux concessions de plage ;

¹⁴⁰ Ordonnance n° 2009-864 du 15 juillet 2009 relative aux contrats de concession de travaux publics ; codifiée aux articles L.1415-1 et suivants du Code général des collectivités territoriales

¹⁴¹ Décret n° 2010-406 du 26 avril 2010 relatif aux contrats de concession de travaux publics et portant diverses dispositions en matière de commande publique ; JO du 28 avril 2010 p. 7686

¹⁴² Blaise EGLIE-RICHTERS, Jonathan HENOCHSBERG, « Concessions de travaux publics des collectivités territoriales : la procédure de passation en pratique, Contrats-Marchés publ. n° 3, mars 2011, étude 4

¹⁴³ Article L.6148-5 du Code de la santé publique, qui renvoie aux dispositions de l'ordonnance n° 2004-559 du 17 juin 2004 sur les contrats de partenariat

fréquemment soutenu, cette technique contractuelle n'est donc pas inconnue des personnes publiques. Certes, le contenu et la portée de la négociation peuvent varier. Mais tous ces contrats, qu'ils soient ou non encadrés par une procédure spécifique, doivent être passés dans le respect des principes fondamentaux de la commande publique. La négociation n'est donc pas incompatible avec le respect de ces principes. Il est même possible de se demander s'il ne serait pas d'autant mieux assuré.

B. La négociation, gage du respect des principes fondamentaux de la commande publique

En l'absence de précisions réglementaires sur le déroulement des négociations, seuls les principes fondamentaux de la commande publique sont de nature à poser des limites aux pouvoirs adjudicateurs. Le fait que les négociations ne puissent porter ni sur l'objet du marché, ni modifier substantiellement ses caractéristiques et conditions d'exécution définies dans les documents de la consultation, tel que le précise l'article 66 du Code des marchés publics, n'est qu'une manière de préserver les conditions initiales de mise en concurrence et de respecter, en conséquence, les principes fondamentaux.

En contraignant le déroulement de la négociation, ces principes permettent avant tout de donner une ligne directrice aux pouvoirs adjudicateurs. En effet, aucune disposition ne leur impose d'informer les candidats du recours à la négociation, ni de les informer de la forme écrite ou orale, la durée ou les conditions de formalisation de l'offre finale. Mais les pouvoirs adjudicateurs précisent ces informations dans les documents de la consultation : « tout est sur la table »¹⁴⁴, tel que le résume Jérôme Grand d'Esnon, de sorte que la transparence de la procédure soit assurée.

Concernant le principe d'égalité de traitement des candidats, le Code précise tout de même que les informations données aux candidats ne peuvent être de nature à avantager certains d'entre eux et que le pouvoir adjudicateur ne doit pas révéler aux autres candidats des

¹⁴⁴ « Le marché négocié, bien mené, est paradoxalement gage de transparence car tout est sur la table », selon Jérôme GRAND D'ESNON, Encart « La peur de la négociation, un fantasme ? », dans « Marchés des entités adjudicatrices : la procédure négociée permet de lever toutes les ambiguïtés », Le Moniteur, 17 septembre 2010, p. 106

informations concernant une autre offre sans l'accord de son auteur¹⁴⁵. En somme, les pouvoirs adjudicateurs ont l'obligation de communiquer les mêmes informations à tous les candidats, tout en s'abstenant de divulguer le contenu des offres. Néanmoins, aucune disposition ne leur impose de relater le déroulement des échanges, pour pouvoir attester du respect de ces consignes.

Les pouvoirs adjudicateurs recourent alors volontairement à un formalisme leur permettant de constituer une preuve. L'établissement d'un procès-verbal de négociation permet de consigner le contenu des échanges qui ont eu lieu : les informations communiquées, les questions posées par le pouvoir adjudicateur, ainsi que les réponses et propositions du candidat. La signature par les deux parties présume de la véracité du rapport. La preuve du respect de l'égalité de traitement des candidats procède de la comparaison des différents procès-verbaux établis avec chacun des candidats.

Si l'organisation d'une phase de négociation n'a *a priori* pas d'impact direct sur la liberté d'accès à la commande publique, on peut y déceler une influence.

La négociation n'est certes pas susceptible d'impacter le fait de candidater en lui-même. Mais lorsque le candidat est admis aux négociations, il doit être en mesure d'y participer. Ce n'est pas du point de vue de la technique contractuelle que le problème se poserait : il serait relatif à la capacité financière du candidat à supporter cette étape supplémentaire qui nécessite du temps et des moyens humains. Le champ d'application de cette problématique est néanmoins circonscrit à la passation de marchés dont les enjeux en cause supposent plusieurs séances de négociation, impliquant de la sorte un volume horaire effectivement susceptible d'engendrer un coût pour le candidat. Dans ce cas, les frais initiaux engagés pour candidater seraient encore alourdis par les séances de négociation, sans certitude pour l'opérateur d'être attributaire du marché. Cela pourrait être de nature à dissuader les opérateurs de candidater, et constituerait donc une atteinte à la liberté d'accès à la commande publique.

Ici encore les pouvoirs adjudicateurs ont trouvé le moyen de garantir le respect de ce troisième principe : les documents de la consultation peuvent prévoir l'octroi d'une prime pour la participation aux négociations. Cette prime peut, par ailleurs, varier en fonction du stade auquel le candidat est évincé lorsque la négociation se déroule en phases successives.

De manière générale, les négociations en marché public ne sont toutefois pas de nature à engendrer un surcoût significatif.

¹⁴⁵ Article 66-V du Code des marchés publics

Ces hypothèses de surcoût concernent plus spécifiquement les marchés passés selon une procédure de dialogue compétitif, où les candidats sont effectivement amenés à consacrer un volume horaire important aux échanges avec le pouvoir adjudicateur.

Ainsi les pouvoirs adjudicateurs ont su déterminer quelles étaient les modalités propices à mettre en œuvre pour assurer concrètement le respect de chacun des principes fondamentaux. Eu égard à la méfiance véhiculée par l'existence de négociation entre opérateurs économiques et pouvoirs adjudicateurs, ceux-ci ont aussi instauré des mesures permettant d'attester du respect de ces principes.

Cette suspicion autour de la négociation a conduit les pouvoirs adjudicateurs à être d'autant plus vigilants, ce qui est un gage supplémentaire du respect des principes fondamentaux.

Outre le fait que les personnes publiques soient déjà fréquemment confrontées aux négociations avec les cocontractants potentiels dans plusieurs domaines de la commande publique, les pouvoirs adjudicateurs savent comment la négociation en marché public doit se dérouler pour respecter les principes de la commande publique. Il leur revient à présent d'intégrer véritablement les opportunités de négocier offertes par la réglementation relative aux marchés publics.

Section 2 : Assimilation de la réglementation par les pouvoirs adjudicateurs et perspectives d'évolution

Il est incontestable que le droit des marchés publics dans son état actuel prévoit un nombre considérable d'hypothèses dans lesquelles il est possible de recourir à une procédure comprenant une phase de négociation : tant en ce qui concerne la procédure négociée, avec ou sans publicité préalable, où la négociation est obligatoire, que la procédure adaptée qui offre la faculté de négocier, pour la passation des marchés inférieurs aux seuils, mais aussi des marchés de services relevant de l'article 30 du Code des marchés publics. La faible proportion de marchés négociés ne semble pas imputable à un défaut de réglementation, mais plutôt aux pouvoirs adjudicateurs eux-mêmes qui n'exploitent pas ces possibilités. Il leur appartient d'opérer un revirement dans leur façon d'appréhender la passation des marchés publics (I), en

dépit de quoi toute évolution réglementaire en faveur de la généralisation de la négociation serait vaine (II).

I. Un objectif d’harmonisation entre les possibilités offertes par la réglementation et leur mise en œuvre par les pouvoirs adjudicateurs

L’efficacité d’une réglementation dépend de son application concrète. Il appartient aux pouvoirs adjudicateurs d’assurer la mise en œuvre de la réglementation relative aux marchés publics : ils en ont la capacité étant donné qu’ils déterminent eux-mêmes quelle est la procédure à suivre pour passer les marchés. Recourir aux procédures permettant la négociation doit devenir une habitude pour les pouvoirs adjudicateurs, lorsque négocier est autorisé et économiquement opportun (A), ce qui implique notamment de mettre en œuvre nombre d’hypothèses de l’article 35 du Code des marchés publics actuellement inexploitées. Bien que le défaut de réglementation portant sur le déroulement de la négociation soit fréquemment dénoncé, cet état du droit semble en accord avec l’idée de négociation et l’on se gardera ici d’en appeler au pouvoir réglementaire (B).

A. Enraciner le recours à la possibilité de négocier dans la passation des marchés

Les pouvoirs adjudicateurs doivent intégrer les possibilités de négocier prévues dans le Code des marchés publics. Une distinction peut être opérée entre la procédure adaptée et la procédure négociée.

Dans le premier cas, il s’agit de décider d’utiliser une faculté dont disposent les pouvoirs adjudicateurs : tout marché d’un montant inférieur aux seuils de procédure formalisée peut être négocié, sans condition supplémentaire. Pour rappel, les marchés de services autres que ceux de l’article 29 du Code des marchés publics ne sont soumis à aucune condition de seuil et peuvent toujours être passés selon une procédure adaptée : la faculté de négocier est indépendante du montant du besoin.

Il conviendrait que, lorsque le montant du besoin est inférieur aux seuils ou lorsqu’un marché de services de l’article 30 du code est en cause, l’acheteur public étudie systématiquement la question de l’opportunité de négocier en la matière. Cela suppose d’avoir connaissance du

besoin, des opérateurs aptes à y répondre, du degré de concurrence en la matière : l'idée selon laquelle être acheteur public est un métier à part entière prend tout son sens. Les pouvoirs adjudicateurs en ont d'ailleurs conscience et les offres de formation en la matière se développent. De plus en plus de collectivités recrutent des agents ayant les compétences, d'une part, pour analyser le marché pertinent et, d'autre part, pour négocier.

Le recours effectif à la négociation en procédure adaptée est intrinsèquement lié à la professionnalisation des fonctions d'acheteur public, puisque la décision de recourir à la négociation dépend de l'analyse économique préalable au lancement de la procédure. Cette décision ne doit pas être parasitée par des contraintes de temps, c'est-à-dire que le caractère plus ou moins urgent du marché ne doit pas influencer le pouvoir adjudicateur à renoncer à la négociation sous prétexte que la procédure serait plus longue. La problématique de l'anticipation des besoins se rattache donc indirectement à la décision de négocier en procédure adaptée.

Concernant les marchés devant être passés selon une procédure formalisée, le recours à la procédure négociée n'est autorisé que lorsqu'une des quinze hypothèses de l'article 35 du Code des marchés publics est remplie.

Si la procédure négociée est une procédure d'exception dans la mesure où elle est dérogatoire à l'appel d'offres, la possibilité d'y recourir n'est exceptionnelle qu'à condition que les hypothèses le permettant soient rares. En somme, le caractère dérogatoire d'une procédure n'implique pas obligatoirement qu'elle soit exceptionnelle. La question est de savoir si ces cas sont réellement exceptionnels. Certes, ils sont limitativement énumérés, mais il semblerait que cette procédure soit utilisée en deçà de ses possibilités : autrement dit, les pouvoirs adjudicateurs auraient recours à l'appel d'offres alors que les marchés relèveraient d'une hypothèse de l'article 35. Par exemple, les quatrième et cinquième hypothèses de procédure négociée sans publicité ni mise en concurrence sont relatives aux marchés complémentaires de fournitures, de services et de travaux. Elles seraient très peu employées d'après Gérard Terrien, secrétaire général adjoint de la Cour des comptes. Aussi, les chambres régionales et territoriales des comptes suggèrent parfois aux collectivités d'y recourir¹⁴⁶, dès lors que les règles fixées par le code sont respectées, notamment eu égard à la durée ou au montant maximal. Alors même que le marché complémentaire est nécessairement attribué au titulaire du marché initial, la négociation n'en reste pas moins obligatoire. Il est toujours possible de

¹⁴⁶ Gérard TERRIEN, « Les marchés complémentaires vus par les juridictions financières », HA le mensuel de l'acheteur public, mai 2010, p. 42

négocier la durée d'exécution du marché ou les conditions financières puisque l'achat de nouvelles quantités permet de renégocier le prix, les délais de paiement, les garanties¹⁴⁷. Ce sont « autant de possibilités de bénéficier des conditions favorables qu'est susceptible de concéder un titulaire déjà en place »¹⁴⁸.

La difficulté à laquelle sont finalement confrontés les pouvoirs adjudicateurs est d'identifier avec certitude les hypothèses de procédure négociée, puisque la régularité de la procédure de passation en dépend. Parfois, le pouvoir adjudicateur doit anticiper cette procédure dès la passation d'un marché en amont : c'est le cas pour la passation de marchés de services ou de travaux ayant pour objet la réalisation de prestations similaires à celles d'un marché précédent. L'une des conditions pour recourir à la procédure négociée est d'avoir indiqué cette possibilité dans le premier marché. Telle qu'en procédure adaptée, l'anticipation de ses besoins par le pouvoir adjudicateur peut être déterminante de la possibilité de négocier les offres au cours de la passation d'un marché.

Finalement, il est fort probable qu'une proportion significative de marchés porte sur des prestations complémentaires ou similaires d'un marché initial : il appartient aux pouvoirs adjudicateurs d'utiliser le bénéfice de la réglementation applicable. Et ce d'autant plus que le recours aux hypothèses de procédures négociées sans publicité ni mise en concurrence préalable est véritablement un moyen de réduire les coûts induits par la procédure de passation et donc d'atteindre l'objectif de bonne utilisation des deniers publics.

L'émancipation de la négociation dépend, avant tout, de la volonté des pouvoirs adjudicateurs de se cantonner à l'appel d'offres et à la procédure adaptée sans négociation ou, au contraire, de dépasser ces modèles. Ce choix de politique de passation des marchés publics serait aussi lié à l'absence de règles précisant encadrant le déroulement de la négociation : la question est de savoir si négocier est compatible avec une réglementation contraignante.

¹⁴⁷ Brigitte ROMAN-SEQUENSE, « Avenants et prestations complémentaires », JurisClasseur Contrats et Marchés Publics, fascicule n° 56, 05-2009

¹⁴⁸ Florian LINDITCH, « Saisonnalité et achats publics, ouverture sur une dimension inexplorée du management de l'achat public », JCP A, n° 42, 15 octobre 2007, pp.26 à 29

B. Pour le maintien de la réglementation en vigueur eu égard au caractère inopérant d'une réglementation supplémentaire relative à la négociation

« La procédure de négociation elle-même est peu encadrée »¹⁴⁹. C'est la remarque générale qui a été faite par différents commentateurs du code de 2006. La critique a été dans un premier temps positive, eu égard à la rédaction détaillée des articles 65 et 66 sur la procédure négociée, pour finalement être teintée de regret du fait de l'absence de réglementation propre au déroulement même de la phase de négociation. Le sentiment dominant était que le pouvoir réglementaire ne serait une fois de plus pas allé au bout de la démarche de clarification, et donc de sécurisation de la procédure.

Encore faudrait-il qu'une réglementation précise puisse effectivement être élaborée en matière de négociation. On peut s'interroger sur le contenu même d'une telle réglementation. Par principe, la négociation s'adapte à chaque marché, à chaque besoin. Comme il l'a déjà été précisé, il existe différentes façons de négocier : par écrit, oralement, en une ou plusieurs séances, voire en phases successives. Il faudrait soit procéder à une réglementation exhaustive pour appréhender chaque hypothèse, mais empreinte de lourdeur, soit y renoncer et renouer avec une approche générale et abstraite, ce qui ne saurait être suffisant pour mettre un terme aux critiques. L'influence du contexte factuel sur la négociation semble donc faire obstacle à l'élaboration d'une réglementation efficace.

Au-delà de la difficulté liée au contenu, le principe même d'une réglementation portant sur la négociation soulève des interrogations.

La rigidité des règles ne convient pas à toute notion. Cette incompatibilité est réelle avec la négociation : l'idée principale et primordiale qui s'en dégage est celle de souplesse, d'adaptabilité *in concreto*. Déjà en 1983, le commissaire du gouvernement Daniel Labetoulle déclarait que la procédure négociée « doit garder sa spécificité, qui est faite pour l'essentiel de souplesse »¹⁵⁰. Or, réglementer porte par définition atteinte à la souplesse, allant par conséquent à l'encontre de ce que la possibilité de négocier doit véhiculer.

La procédure négociée vise à compenser la rigidité de l'appel d'offres en atténuant ses inconvénients, à savoir l'impossibilité d'ajuster l'offre et le besoin. En réglementant la phase

¹⁴⁹ Droit des marchés publics, Editions Le Moniteur, III-222.3 Négociation

¹⁵⁰ Conclusions du commissaire du gouvernement Daniel LABETOULLE, sur CE, 22 avril 1983, n° 21509, *Auffret et Dumoulin*, Lebon p.160, *Marchés Publics* 1983, n°195, p.60

de négociation, le risque est de porter atteinte à la pratique de l'ajustement. Ne pas encadrer davantage permet de préserver l'esprit de cette procédure.

Pour ces raisons, les pouvoirs adjudicateurs bénéficient de la liberté d'organisation de la négociation. Mais « la liberté n'est [...] une bonne chose que dans la mesure où son étendue et ses limites se trouvent suffisamment définies. A défaut, elle est source d'incertitude et d'insécurité »¹⁵¹. Cette remarque initialement formulée au sujet de la liberté contractuelle est transposable à l'égard de toute forme de liberté, notamment la liberté de négocier. A l'insécurité que certains cherchent à lui imputer, il pourra être répondu que son étendue et ses limites sont clairement précisées : les principes fondamentaux de la commande publique s'imposent à toutes les procédures et encadrent, en conséquence, strictement le déroulement de la négociation.

La réaffirmation des principes est à la fois nécessaire et suffisante pour compenser le laconisme de la réglementation en la matière.

C'est donc fort logiquement que la négociation ne doit pas conduire à remettre en cause les conditions initiales de mise en concurrence, que tous les candidats doivent bénéficier des mêmes informations et que la confidentialité des offres doit être assurée par le pouvoir adjudicateur. Ces précisions sont expressément faites à l'article 66 du Code des marchés publics, mais elles découlent directement du respect des principes fondamentaux. Par conséquent, elles s'imposent également à la négociation menée lors d'une procédure adaptée, alors même qu'aucune disposition réglementaire ne le prévoit explicitement.

En somme, les pouvoirs adjudicateurs organisent la procédure de négociation dans les conditions qu'ils déterminent librement, en ayant pour seul garde-fou les principes fondamentaux.

Dans la mesure où le respect de ces principes conditionne la régularité de la procédure, les pouvoirs adjudicateurs sont inévitablement amenés à les prendre en considération sans que le pouvoir réglementaire n'ait à développer de règles supplémentaires.

Dès lors que les pouvoirs adjudicateurs parviennent à identifier les hypothèses où la négociation est autorisée et pertinente, et qu'elle est menée dans le respect des principes

¹⁵¹ François LLORENS, « La liberté contractuelle des collectivités territoriales », Contrats-Marchés publ. n°5, mai 2007, étude 6

fondamentaux, il est envisageable d'étendre son champ d'application. Cela implique de réformer les conditions de recours à la procédure négociée.

II. Proposition d'abandon de l'interdiction de négocier dans la procédure formalisée de droit commun

La soumission inconditionnelle des marchés publics à l'appel d'offres, alors que des restrictions sont prévues pour le recours à toutes les autres procédures, est dépassée (A). Ce n'est pas la procédure d'appel d'offres en elle-même qui est directement contestée, mais plutôt sa prééminence : il conviendrait d'établir une égalité entre l'appel d'offres et la procédure négociée, en érigeant celle-ci au rang de procédure de droit commun au même titre que l'appel d'offres (B).

A. L'interdiction de négocier dans la procédure d'appel d'offres : une prohibition surannée

En interdisant toute discussion entre le pouvoir adjudicateur et les candidats ayant remis une offre, la réglementation empêche d'ajuster l'offre au besoin. Cette procédure apparaît alors, à la fois, peu opérationnelle, archaïque et surtout inadaptée.

Un pouvoir adjudicateur conclut un marché en vue de répondre à l'un de ses besoins. Mais l'exécution du contrat laisse souvent apparaître un fossé entre le besoin du pouvoir adjudicateur et les prestations effectivement réalisées. Les incidents de la vie du contrat sont nombreux et d'ampleur variée. En marché de travaux, il est plus que fréquent que des travaux initialement non-prévus s'avèrent finalement nécessaires : cela nécessite de passer un avenant qui, en fonction du montant, implique même l'avis de la commission d'appel d'offres. Parfois, l'offre peut ne pas répondre au besoin dans sa globalité et la passation ultérieure de marchés supplémentaires est nécessaire. A ce stade, il peut être intéressant de penser à l'hypothèse du marché négocié sans publicité ni mise en concurrence qui permet de passer ce marché avec le titulaire du marché principal, selon les conditions fixées aux 4° et 5° de l'article 35 II du Code des marchés publics. Si le marché ne correspond pas à un marché complémentaire, une nouvelle procédure avec publicité et mise en concurrence devra être

mise en œuvre, ce qui suppose au préalable de définir le besoin et de rédiger les documents de la consultation. Enfin, la mauvaise exécution du marché, voire l'inexécution, contraint le pouvoir adjudicateur à résilier le marché aux torts et risques du titulaire. Une telle résiliation suppose au préalable le respect d'un formalisme, à savoir la mise en demeure de l'opérateur, et peut susciter en aval l'introduction d'un recours contentieux par le titulaire déchu. Or la survenance de tels incidents peut être efficacement modérée en assurant une meilleure compréhension du besoin par les opérateurs, par le biais de la négociation. *A contrario*, l'interdiction de négocier rend la procédure moins opérationnelle.

L'appel d'offres est, par ailleurs, empreinte d'archaïsme. Sous couvert de la mise en concurrence des opérateurs susceptibles de répondre à l'avis d'appel public à la concurrence, l'appel d'offres est une procédure antiéconomique¹⁵². Faisant prévaloir les intérêts des opérateurs, elle ne tient pas compte de ceux du pouvoir adjudicateur qui cherche à satisfaire au mieux son besoin. L'appel d'offres a certes le mérite de mettre en concurrence l'ensemble des opérateurs grâce à la publicité préalable, mais cela au détriment de la satisfaction optimale du besoin, en empêchant l'ajustement de l'offre. Or cet ajustement est permis pour tous les marchés inférieurs aux seuils de procédure formalisée, puisque les pouvoirs adjudicateurs ont toujours la faculté de négocier en procédure adaptée. Dès lors, il n'est pas aisé de comprendre pourquoi des marchés ayant le même objet mais dont le montant est tantôt supérieur, tantôt inférieur au seuil, pourront selon le cas être négocié ou non.

Le caractère inadapté de l'interdiction de négocier en appel d'offres se vérifie d'autant plus au regard des objectifs d'efficacité de la commande publique et de bonne utilisation des deniers publics. L'exclusion rigide de la discussion des offres s'oppose à l'idée d'efficacité, qui suppose au contraire de mettre en œuvre tout moyen propre à atteindre cet objectif. Or la bonne utilisation des deniers publics dépend directement de l'efficacité du contrat.

L'attention ne devrait alors plus être centrée sur l'appel d'offres, qui n'est d'ailleurs pas la procédure la plus fréquemment mise en œuvre, d'un point de vue quantitatif. En effet, la majorité des marchés sont passés selon une procédure adaptée, où négocier est par principe

¹⁵² Dider ADDA, « L'évolution des procédures de discussion », CP-ACCP, n° 58, septembre 2006, pp. 88 à 97

possible pour les pouvoirs adjudicateurs. Etendre cette faculté aux marchés supérieurs aux seuils de procédure formalisée est une hypothèse à éclaircir.

B. Eriger la procédure négociée avec publicité et mise en concurrence comme procédure de passation de droit commun

La procédure négociée se dédouble en réalité en deux procédures : la première avec publicité préalable et mise en concurrence, la deuxième sans.

La proposition d'ériger la procédure négociée comme procédure de droit commun ne vise que l'hypothèse où la publicité et la mise en concurrence sont obligatoires.

Les hypothèses permettant de passer un marché sans mise en concurrence doivent rester limitées, puisque cette procédure est clairement contraire à l'esprit des directives communautaires relatives aux marchés publics, dont les dispositions visent à permettre à tout opérateur économique de se porter candidat à l'attribution d'un marché. Il ne sera donc pas conseillé de modifier l'article 35 II du Code des marchés publics : ni pour permettre un recours généralisé, ni même en vue de l'extension de la liste des hypothèses limitatives de recours à la procédure négociée. Ces hypothèses ne sont actuellement pas suffisamment appréhendées par les pouvoirs adjudicateurs qui soit ne pensent pas à y recourir, soit y recourent à tort. Cela révèle une difficulté d'interprétation. S'il n'est pas nécessaire de prévoir des hypothèses supplémentaires de recours à la procédure négociée sans publicité ni mise en concurrence, une clarification de ces hypothèses serait bienvenue et permettrait de sécuriser l'usage de ce mode dérogatoire de passation des marchés publics.

En revanche, instituer la procédure négociée avec publicité et mise en concurrence comme procédure de droit commun est raisonnablement envisageable. Cela revient finalement à calquer le régime applicable aux pouvoirs adjudicateurs sur celui prévu pour les entités adjudicatrices. Celles-ci peuvent, en effet, recourir librement à la procédure négociée avec publicité et mise en concurrence¹⁵³.

La logique inhérente à la réglementation des marchés publics est préservée puisque les opérateurs sont informés de la passation d'un marché et sont ainsi mis en mesure de

¹⁵³ Article 144-I-1° du Code des marchés publics

candidater. Dès lors, il est légitime de se demander pourquoi le pouvoir adjudicateur ne serait pas à même de juger de l'opportunité de recourir à la procédure négociée, en fonction de son besoin. S'il est considéré apte à le faire pour les marchés d'un montant inférieur aux seuils de procédure formalisée, il le sera *a fortiori* également pour un marché dépassant ces seuils.

De ce fait, il peut être proposé de supprimer le caractère dérogatoire de la procédure prévue à l'article 35 I du Code des marchés publics. Les cas de recours listés seraient alors mentionnés non plus limitativement, mais seulement à titre indicatif.

Eu égard à l'objet du marché, le pouvoir adjudicateur choisirait entre l'appel d'offres ou la procédure négociée. Logiquement, l'appel d'offres serait mis en œuvre lorsque, vu le contexte de l'achat, négocier serait insusceptible d'entraîner un gain d'efficacité. *A contrario*, si la négociation des offres avec les opérateurs était de nature à garantir la satisfaction optimale du besoin, le pouvoir adjudicateur pourrait faire usage de la possibilité systématique et sans condition de recourir à la procédure négociée.

Une telle possibilité est, par ailleurs, tout à fait conforme à l'Accord sur les marchés publics¹⁵⁴, qui permet d'introduire une phase de négociation dans toutes les procédures de passation. L'article IX-6.-b) de l'accord, relatif à l'« invitation à soumissionner pour des marchés envisagés », prévoit que chaque avis de marché contient le renseignement relatif au caractère de la procédure : « ouvert, sélectif ou comportant une négociation ». La possibilité de négocier lors de la passation du marché est simplement soumise à la mention préalable dans l'avis : les entités doivent avoir « indiqué qu'elles en avaient l'intention », d'après l'article XIV-1.-a), relatif à la négociation.

Néanmoins, un frein à l'évolution de la réglementation demeure : la rédaction actuelle de la directive n° 2004/18/CE n'autorise le recours à une procédure négociée que dans des cas et circonstances spécifiques expressément prévus aux articles 30 et 31. L'article 35 du Code des marchés publics en est l'exacte transposition en droit interne.

Mais ce frein pourrait bien être levé à l'occasion de la révision des directives du 31 mars 2004. En vue de la préparation de la proposition législative sur la réforme des règles

¹⁵⁴ Accord sur les marchés publics du 15 avril 1994 ; décret n° 95-1242 du 24 novembre 1995 portant publication de l'accord de Marrakech instituant l'Organisation mondiale du commerce (ensemble quatre annexes), signé à Marrakech le 15 avril 1994, JO n° 275 du 26 novembre 1995 p. 17314

européennes en matière de marchés publics, la Commission européenne a organisé une consultation publique. Les autorités françaises y ont répondues en remettant, en avril 2011, la « contribution française au Livre Vert sur la modernisation de la politique de l'Union européenne en matière de marchés publics », sous-titré « vers un marché européen des contrats publics plus performant ». Elles y suggèrent de faire de la procédure négociée – mais aussi du dialogue compétitif - une procédure de droit commun, se positionnant ainsi contre toute « restriction inutile [et] source de complexité superflue »¹⁵⁵. Au renfort de cette proposition, les autorités françaises avancent que « la négociation contribuerait ainsi au développement d'une politique d'achat efficace et à la professionnalisation des acheteurs publics »¹⁵⁶.

Il appartient désormais à la Commission européenne de faire sienne la proposition des autorités françaises.

¹⁵⁵ Procédures générales, Point 2.1 « Moderniser les procédures », Contribution française au Livre Vert sur la modernisation de la politique de l'Union européenne en matière de marchés publics - Vers un marché européen des contrats publics plus performant, avril 2011

¹⁵⁶ Recourir davantage à la négociation, Point 2.1 « Moderniser les procédures », précitée

CONCLUSION

La négociation dans le droit des marchés publics a fait l'objet d'une évolution notable. Si l'interdiction formelle d'y recourir en appel d'offres est toujours posée, cela n'a empêché ni le développement et la clarification des dispositions relatives à la procédure négociée, ni l'affirmation de la faculté de négocier en procédure adaptée. L'interdiction initiale de principe tend à devenir l'exception, et ce d'autant plus que les marchés publics sont majoritairement passés en procédure adaptée, et non selon un appel d'offres.

Le fait que la réglementation envisage différentes procédures permettant de négocier ne se traduit pas automatiquement par une proportion importante, en pratique, de marchés dont la passation organise effectivement une phase de négociation. Le nœud du problème réside dans la différence entre le contenu de la réglementation et l'application de celle-ci. Faire usage des possibilités offertes par le Code des marchés publics suppose de se familiariser avec une approche économique de la passation des contrats : les pouvoirs adjudicateurs sont amenés à s'interroger sur leur besoin en fonction du marché pertinent auquel il appartient et du niveau de concurrence qui y règne. La nature du besoin et son contexte économique sont indispensables pour juger de l'opportunité de négocier les offres déposées. Des négociations pertinentes sont le moyen d'assurer l'adéquation de l'offre et de la demande, permettant ainsi d'atteindre les objectifs d'efficacité de la commande publique et de protection des deniers publics, lesquels pourraient à terme devenir des principes de la commande publique, au même titre que la liberté d'accès, l'égalité de traitement et la transparence des procédures.

La pertinence des restrictions à l'utilisation de la procédure négociée est désormais incertaine, dès lors qu'une publicité préalable et une mise en concurrence sont maintenues. L'idée de faire de la procédure négociée une procédure de droit commun au même titre que l'appel d'offres commence à germer. Sa concrétisation relèvera de la décision de l'Union européenne de réformer les directives en y intégrant ou non cette évolution souhaitable. Le législateur national semble en tout cas prêt à saisir une telle opportunité. En tout état de cause, la place de la négociation dans les marchés publics est, pour l'heure, loin d'être figée.

BIBLIOGRAPHIE

I. Manuels, ouvrages, thèses

* Manuels

Bertrand DU MARAIS, *Droit public de la régulation économique*, Paris, Presses de Sciences Po/Dalloz, Amphithéâtre, 2004

Yves-René GUILLOU, Jean-Marc BINOT, Yves-Marie LEGRAND, *L'achat public local*, Paris, Editions LGDJ-EJA, Politiques locales, 2005

François LLORENS, Pierre SOLER-COUTEAUX, *Code des marchés publics 2010 commenté*, Litec, 2010

Lucien RAPP, Philippe TERNEYRE (sous la direction scientifique de), *Lamy Droit public des affaires 2010*, Editions Lamy, 2010

Olivier GUEZOU, François LICHERE (sous la direction scientifique de), *Droit des marchés publics*, Editions Le Moniteur

* Thèse

Georges PEQUIGNOT, *Théorie générale du contrat administratif*, Pedone, 1945, p.260 ; cité par Alain MENEMIS et Laurent RICHER, dans « Dialogue et négociation dans la procédure de dialogue compétitif », CP-ACCP, n° 45, juin 2005, pp. 33 à 36

II. Articles

Dider ADDA, « L'évolution des procédures de discussion », CP-ACCP, n° 58, septembre 2006, pp. 88 à 97

Frédéric ALLAIRE, « Dépasser le droit des marchés publics », AJDA 2009, p. 1696

J. BENOIT, Le délit de favoritisme, Encyclopédie des collectivités territoriales Dalloz, folio n° 12090, n° 208

Stéphane BRACONNIER, « Droit des marchés publics : l'âge de la maturité . - À propos des décrets n° 2008-1334 du 17 décembre 2008, n° 2008-1355, n° 2008-1356 du 19 décembre 2008, et n° 2008-1550 du 31 décembre 2008 », CMP, n° 2, février 2009, étude 9

Daniel BUSSY, Jean-Marc PEYRICAL, « Dialogue, négociation et échange avec les entreprises : esquisse d'une méthodologie », CP-ACCP, n° 84, janvier 2009, pp. 44 à 46

Arnaud CABANES,

- « La négociation dans le Code des marchés publics », CP-ACCP, n° 45, juin 2005, pp.18 à 21

- « Marchés négociés », Jurisclasseur Contrats et Marchés Publics, fascicule 63-10, n° 8, 04-2007

Rachel CATTIER, « Le régime des marchés relevant des articles 28 et 30 du code des marchés publics », CP-ACCP, n° 84, janvier 2009, pp. 52 à 55

Aurélien COLSON, Alain POKAR LEMPEREUR, « Contractualisation et technique de négociation : l'indispensable formation », CP-ACCP, n° 45, juin 2005, pp. 41 à 42

Sophie D'AUZON, « La peur de la négociation, un fantôme ? », dans « Marchés des entités adjudicatrices : la procédure négociée permet de lever toutes les ambiguïtés », Le Moniteur, 17 septembre 2010, p. 106

Blaise EGLIE-RICHTERS, Jonathan HENOCHSBERG, « Concessions de travaux publics des collectivités territoriales : la procédure de passation en pratique, Contrats-Marchés publ. n° 3, mars 2011, étude 4

Olivier FEVROT, « Passation des marchés publics », JurisClasseur Administratif, fascicule n° 635, cote 01,2010

Gilles FINKELSTEIN, « Marchés négociés et délit de favoritisme : les risques », CP-ACCP, n° 84, janvier 2009, pp. 66 à 68

Jean-Mathieu GLATT, Yves-René GUILLOU, « Négociation, discussion, échange : des leviers pour l'efficacité de la commande publique », CP-ACCP, n° 84, janvier 2009, pp. 38 à 43

Yves-René GUILLOU,

- « Méthodologie de la négociation dans les marchés publics », CP-ACCP, n° 31, mars 2004, pp. 102 à 114

- « Pourquoi et quand recourir à la négociation ? », CP-ACCP, n° 45, juin 2005, pp. 22 à 30

Alain JOSSAUD, « Marchés publics : dialoguer n'est pas négocier », AJDA, 2005, pp. 1718 à 1722

Franck LEPRON, « Quelle place pour le dialogue et la négociation dans l'achat public ? », CP-ACCP, n° 100, juin 2010, pp. 59 à 61

François LICHERE, « L'appel d'offres au fil des codes », CP-ACCP, n° 67, juin 2007, pp. 28 à 32

Florian LINDITCH,

- « Saisonnalité et achats publics, ouverture sur une dimension inexplorée du management de l'achat public », JCP A, n° 42, 15 octobre 2007, pp.26 à 29

- « Rapport Stoléro « L'accès des PME aux marchés publics » », Contrats-Marchés publ. n° 1, janvier 2008, alerte 1

François LLORENS, « La liberté contractuelle des collectivités territoriales », Contrats-Marchés publ. n°5, mai 2007, étude 6

Alain MENEMIS, Laurent RICHER, « Dialogue et négociation dans la procédure de dialogue compétitif », CP-ACCP, n° 45, juin 2005, pp. 33 à 36

Brigitte ROMAN-SEQUENSE,

- « Les nouvelles modalités de négociation », Contrats-Marchés publ., n° 2, février 2007, Pratiques professionnelles n° 2, pp. 37 à 38

- « Avenants et prestations complémentaires », JurisClasseur Contrats et Marchés Publics, fascicule n° 56, 05-2009

- « Quelles sont les conditions de négociation des marchés en procédure adaptée ? », Contrats-Marchés publ., n° 8, août 2010, commentaire 310

Gérard TERRIEN, « Les marchés complémentaires vus par les juridictions financières », *HA le mensuel de l'acheteur public*, mai 2010, p. 42

Laure THIERRY, « Les MAPA : une liberté... bien encadrée », *CP-ACCP*, n° 100, juin 2010, pp. 56 à 58

III. Jurisprudence

* Jurisprudence administrative

CE, 28 juillet 2000, n° 202792, *M. Jacquier*

CE, 25 juillet 2001, n° 229666, *Commune de Gravelines*

CE, avis, 29 juillet 2002, n° 246921, *Sté MAJ Blanchisseries de Pantin*

CE, 14 mars 2003, n° 251610, *Société Air Lib*

CE, 23 novembre 2005, n° 267494, *SARL Axialogic*

CE, 11 août 2009, n° 325465, n° 325498, *Société Val'Horizon*

CAA Bordeaux, 14 février 2006, n° 04BX02064, n° 04BX02085 et n° 05BX00690, *Syndicat intercommunal d'alimentation en eau potable du Confolentais, Sté d'aménagement urbain et rural (SAUR France) et Sté aquitaine de gestion urbaine et rurale (AGUR)*

CAA Paris, 13 mars 2007, n° 04PA02781, *Société Automobiles Peugeot*

CAA Marseille, 2 octobre 2008 n° 07MA000016, *M. François Deslaugiers*

CAA Nantes, 12 novembre 2010, n° 09NT03108, *SARL Levanoy Parcs et Jardins*

TA Toulouse, ord., 23 novembre 2010, n° 1004555, *Société FM Projet*

TA Cergy-Pontoise, 2 décembre 2010, n° 07-07713, *SA Autos Polyservices Remorquages (APR)*

TA Montreuil, ordonnance, 24 mars 2011, n° 1102016, *Société Bouygues Télécom*

TA Lille, 5 avril 2011, n° 1003008 et 1003238, *Préfet du Nord*

* Jurisprudence judiciaire

Cass. crim., 24 mai 1994, *Bull. crim.* 1994, n° 203 ; et plus récemment : Cass. crim., 14 janvier 2004, n° 03-83396

Cass. crim., 30 avril 2003, n° 02-83.285

Cass. crim., 23 mai 2007, n° 06-87898 : JurisData n° 2007-039877

Cass. crim., 25 juin 2008, n° 07-88373 : JurisData n° 2008-044926

CA Bordeaux, 17 mars 1997 : JurisData n° 1997-043248

* Jurisprudence de l'Union européenne

CJCE, ord., 3 déc. 2001, Bent Moustén Vestergaard, aff. C-59/00 : Contrats-Marchés publ. 2002, comm. 207, note F. Llorens

CJCE, 14 octobre 2004, aff. C-340/02, *Commission contre France*

IV. Conclusions

Daniel LABETOULLE, sur CE, 22 avril 1983, n° 21509, *Auffret et Dumoulin*, Lebon p.160, *Marchés Publics* 1983, n°195, p.60

Henri SAVOIE, sur CE, 28 juillet 2000, n° 202792, *M. Jacquier*, *BJCP* 2000, p. 429

V. Notes de jurisprudence

Aymeric HOURCABIE, « Négociation : le RC, rien que le RC, tout le RC », note sur TA Toulouse, ord., 23 novembre 2010, n° 1004555, *Société FM Projet*, www.achatpublic.info, 8 décembre 2010

François LLORENS, « Procédure négociée : le pouvoir adjudicateur n'a pas l'obligation d'attirer l'attention d'un candidat en cours de négociation sur la non-conformité de son offre initiale », *Contrats-Marchés publ.* n°6, juin 2011, observation sur TA Montreuil, ord., 24 mars 2011, n° 1102016, *Société Bouygues Télécom*

Florian LINDITCH, « La CAA de Bordeaux fournit d'utiles précisions sur la négociation », note sous CAA Bordeaux, 14 févr. 2006, *Synd. intercom. d'alimentation en eau potable du Confolentais, Sté d'aménagement urbain et rural*, *JCP A*, n° 31, 31 juillet 2006, 1178

Jean-Paul PIETRI, « Procédure de marché négocié et égalité de traitement des candidats », note sous CAA Bordeaux, 14 févr. 2006, *Synd. intercom. d'alimentation en eau potable du Confolentais, Sté d'aménagement urbain et rural*, *Contrats-Marchés publ.*, n° 10, octobre 2006, comm. 252

VI. Législation, réglementation et textes officiels

* Législation et communication de l'Union européenne

Directive n° 2004/18/CE du Parlement européen et du Conseil du 31 mars 2004 relative à la coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, de fournitures et de services, JOUE n° L 134 du 30 avril 2004, p. 0114-0240

Communication interprétative de la Commission relative au droit communautaire applicable aux passations de marchés non soumises ou partiellement soumises aux directives « marchés publics » ; Comm. CE, communication 2006/C 179/02 : JOUE n° C 179, 1^{er} août 2006, p. 2

* Législation et réglementation nationale

Code général des collectivités territoriales

Codes des marchés publics (1964, 2001, 2004, 2006)

Code pénal

Code de la santé publique

Loi n° 91-3 du 3 janvier 1991 relative à la transparence et à la régulation des procédures de marchés, modifiée notamment par la loi n° 95-127 du 8 février 1995

Loi n° 93-122 du 29 janvier 1993 relative à la prévention de la corruption et à la transparence de la vie économique et des procédures publiques

Ordonnance n° 2004-559 du 17 juin 2004 sur les contrats de partenariats

Ordonnance n° 2009-864 du 15 juillet 2009 relative aux contrats de concession de travaux publics

Décret n° 60-724 du 25 juillet 1960 relatif aux marchés passés au nom des départements, des communes, des syndicats de communes, des établissements publics départementaux et communaux

Décret n° 76-89 du 21 janvier 1976 tendant à améliorer la mise en concurrence des marchés publics

Décret n° 92-1310 du 15 décembre 1992 portant simplification du Code des marchés publics

Décret n° 2005-1008 du 24 août 2005 modifiant le Code des marchés publics

Décret n° 2006-608 du 26 mai 2006 relatifs aux concessions de plage

Décret n° 2006-975 du 1^{er} août 2006 portant Code des marchés publics

Décret n° 2008-1355 du 19 décembre 2008 de mise en œuvre du plan de relance économique dans les marchés publics

Décret n° 2009-1702 du 30 décembre 2009 modifiant les seuils applicables aux marchés passés en application du code des marchés publics et de l'ordonnance n° 2005-649 du 6 juin 2005 relative aux marchés passés par certaines personnes publiques ou privées non soumises au code des marchés publics et aux contrats de partenariat

Décret n° 2010-406 du 26 avril 2010 relatif aux contrats de concession de travaux publics et portant diverses dispositions en matière de commande publique

* Circulaires :

Circulaire du 7 janvier 2004 portant manuel d'application du Code des marchés publics, ECOZ0300024C, JO du 8 janvier 2004 p. 37031

Circulaire du 29 décembre 2009 relative au Guide de bonnes pratiques en matière de marchés publics, ECEM0928770C, JO du 31 décembre 2009 p. 23171

* Réponses ministérielles :

Réponse ministérielle n° 25408 : JO Sénat Q, 4 janvier 2007, p. 28 (Q., 23 novembre 2006, M. Bernard Piras), Contrats-Marchés publ. n°3, mars 2007, commentaire 95, Brigitte ROMAN-SEQUENSE

Réponse ministérielle n° 07294 : JO Sénat Q, 7 mai 2009, p. 1142 (Q., 5 février 2009, M. Bernard Piras), Contrats-Marchés publ. n° 7, juillet 2009, commentaire 246, Brigitte ROMAN-SEQUENSE

Réponse ministérielle n° 70215 : JOAN Q, 4 mai 2010, p. 5009 (Q., 2 février 2010, M. Daniel Fidelin)

Réponse ministérielle n° 96460, JOAN Q 19 septembre 2006, p. 9823 (Q. 6 juin 2006, M. Francis Saint-Léger)

* Rapport

Rapport sur l'accès des PME aux marchés publics, par Lionel STOLERU, remis au Président de la République le 5 décembre 2007, La documentation française, Bibliothèque des rapports publics

* Textes officiels

Accord sur les marchés publics du 15 avril 1994 ; décret n° 95-1242 du 24 novembre 1995 portant publication de l'accord de Marrakech instituant l'Organisation mondiale du commerce (ensemble quatre annexes), signé à Marrakech le 15 avril 1994, JO n° 275 du 26 novembre 1995 p. 17314

Contribution française au Livre Vert sur la modernisation de la politique de l'Union européenne en matière de marchés publics - Vers un marché européen des contrats publics plus performant, avril 2011

VII. Dossiers spéciaux

« Négociation mode d'emploi », Dossier, CP-ACCP, n° 45, juin 2005

« Marchés publics et négociation », Dossier, CP-ACCP, n° 84, janvier 2009

VIII. Entretien

Cécile PAVAGEAU, propos recueillis par Sophie d'AUZON, « Marchés des entités adjudicatrices : la procédure négociée permet de lever toutes les ambiguïtés », Le Moniteur, 17 septembre 2010, p. 106

TABLE DES MATIÈRES

SOMMAIRE	0
INTRODUCTION.....	1
1^{ERE} PARTIE : L'INTEGRATION PROGRESSIVE DE LA NEGOCIATION DANS LE DROIT DES MARCHES PUBLICS.....	7
CHAPITRE 1 : LA PARTICULARITE DE LA NOTION DE NEGOCIATION DANS LE DROIT DES MARCHES PUBLICS.....	7
<i>Section 1 : La définition incertaine de la négociation dans les marchés publics.....</i>	<i>7</i>
I. La négociation au sens large : l'existence d'une discussion avec l'opérateur économique	8
A. Le dialogue compétitif.....	8
B. Le concours.....	10
II. La négociation au sens restreint : un échange « post-remise de l'offre ».....	12
A. Les procédures de passation incluant une phase de négociation.....	12
B. Une étape clairement délimitée dans la procédure de passation	13
<i>Section 2 : La confrontation à la négociation dans la commande publique</i>	<i>14</i>
I. Comparaison avec la notion de négociation dans les délégations de service public	15
A. L'obligation de négocier dans la procédure de passation des délégations de service public.....	15
B. Une forme de négociation propre aux délégations de service public	16
II. Comparaison avec la notion de négociation dans les contrats de partenariat.	17
A. Dialogue et négociation dans la passation des contrats de partenariat.....	17
B. Un dialogue rendu nécessaire par la globalité et la complexité de l'objet du contrat.....	18
CHAPITRE 2 : LA PLACE CROISSANTE DE LA NEGOCIATION DANS LE DROIT DES MARCHES PUBLICS	20
<i>Section 1 : La négociation dans les procédures d'appel d'offres, négociée et adaptée 20</i>	
I. Une interdiction toujours affirmée dans l'appel d'offres, procédure formalisée de principe.....	20
A. L'interdiction de négocier dans le cadre de la procédure d'appel d'offres	21
B. Les fondements de l'interdiction de principe	23
II. L'extension progressive des hypothèses permettant d'intégrer une phase de négociation dans la passation des marchés publics	24

A. L'élargissement du recours exceptionnel et conditionné à la procédure négociée .	25
B. La négociation dans la passation des marchés selon une procédure adaptée	28

Section 2 : Le développement de la possibilité de négocier, once de libéralisation dans la procédure de passation des marchés publics..... 31

I. Les raisons à l'origine de l'intégration progressive du concept de négociation dans la passation des marchés publics.....	31
A. L'efficacité de la commande publique, un nouvel objectif révélateur des limites de la théorie des enchères.....	32
B. La négociation comme remède à la rigidité de la passation des marchés publics...	34
II. L'organisation de la négociation en droit et en pratique dans la passation des marchés publics	35
A. Le faible encadrement réglementaire et jurisprudentiel de la négociation.....	35
B. Le recours timoré à la négociation par les pouvoirs adjudicateurs.....	38

2^{EME} PARTIE : L'AMELIORATION NECESSAIRE DU RECOURS A LA NEGOCIATION DANS LES PROCEDURES DE PASSATION..... 41

CHAPITRE 1 : L'OPPORTUNITE DE RECOURIR A LA NEGOCIATION EN FONCTION DE SON IMPACT SUR LA PASSATION ET L'EXECUTION DU MARCHE..... 41

Section 1 : Les conséquences de la phase de négociation sur la passation et l'exécution des marchés..... 41

I. Les différents ordres d'inconvénients potentiels découlant de la négociation ..	42
A. Les risques juridiques associés à la phase de négociation.....	42
1. Le risque d'un contentieux de la négociation.....	42
2. Le risque pénal en cas de délit d'octroi d'avantage injustifié	44
B. Les effets négatifs sur la procédure de passation du marché public.....	48
1. Un dévoiement éventuel de l'objectif initial de la négociation par les opérateurs économiques.....	48
2. L'augmentation de la durée et du coût de la procédure	50
II. L'avantage de la négociation : une réponse plus efficace au besoin de l'acheteur public.....	51
A. Assurer l'adéquation de l'offre au besoin au stade de la passation du marché ...	51
B. L'exécution optimale du marché	54

Section 2 : Négociation et efficacité, les points-clés d'une négociation performante.. 56

I. Le recours à la négociation : un choix stratégique en fonction du marché en cause.....	57
A. L'appréciation <i>in concreto</i> de l'opportunité de recourir à la négociation : le contexte économique et concurrentiel.....	57
B. La capacité de négocier de l'acheteur public.....	59

II. L'organisation de la négociation, élément indispensable à son efficacité	61
A. L'anticipation de la phase de négociation	61
B. La maîtrise par le pouvoir adjudicateur du déroulement de la négociation.....	64

CHAPITRE 2 : LA GENERALISATION SOUHAITABLE DE LA PHASE DE NEGOCIATION DANS LA PROCEDURE DE PASSATION DES MARCHES PUBLICS.....	67
--	-----------

Section 1 : La négociation, une nécessité pour « assurer l'efficacité de la commande publique et la bonne utilisation des deniers publics » 67

I. La commande publique : un levier d'action économique coûteux pour l'acheteur public	68
A. Levier économique et protection des deniers publics, ou l'antagonisme des marchés publics	68
B. Négocier pour rétablir un prix proportionnel à la valeur de l'offre proposée	70
II. L'aversion injustifiée pour la négociation dans les procédures de passation des marchés publics	72
A. La négociation, une étape primordiale dans la passation des contrats de la commande publique	73
B. La négociation, gage du respect des principes fondamentaux de la commande publique.....	75

Section 2 : Assimilation de la réglementation par les pouvoirs adjudicateurs et perspectives d'évolution 77

I. Un objectif d'harmonisation entre les possibilités offertes par la réglementation et leur mise en œuvre par les pouvoirs adjudicateurs.....	78
A. Enraciner le recours à la possibilité de négocier dans la passation des marchés	78
B. Pour le maintien de la réglementation en vigueur eu égard au caractère inopérant d'une réglementation supplémentaire relative à la négociation	81
II. Proposition d'abandon de l'interdiction de négocier dans la procédure formalisée de droit commun.....	83
A. L'interdiction de négocier dans la procédure d'appel d'offres : une prohibition surannée.....	83
B. Eriger la procédure négociée avec publicité et mise en concurrence comme procédure de passation de droit commun.....	85

CONCLUSION.....	88
------------------------	-----------

BIBLIOGRAPHIE	89
----------------------------	-----------