

La négociation dans les contrats de la commande publique

Intervention au colloque de Strasbourg : La commande publique, un levier pour l'action publique ?, 12-13 oct. 2017

Hélène Hoepffner
Professeur de droit public

1. Les temps où le « caractère antinomique de l'idée de négociation dans les marchés publics et les contrats publics »¹ était mis en avant ne sont pas si lointains.

Il y a une dizaine d'années en effet, la négociation avait une place résiduelle en droit des marchés publics. En droit français², comme en droit de l'Union européenne, la procédure d'appel d'offres dans le cadre de laquelle la négociation est interdite constituait la procédure de principe. Les procédures négociées étaient présentées comme des procédures exceptionnelles, aussi bien par les textes³ que par la jurisprudence⁴. A l'exception des secteurs dits exclus devenus spéciaux⁵, elles n'étaient ouvertes qu'en raison du caractère exceptionnel de la nature de l'achat ou des circonstances de celui-ci.

Au contraire, la négociation faisait figure de principe en droit des délégations de service public, au point d'avoir été qualifiée d'élément « consubstantiel à la passation » de ces contrats⁶. Elle était présentée comme une caractéristique distinctive de la procédure de dévolution de ces contrats de longue durée, marqués par un fort *intuitu personae*.

Cette défiance vis à vis de la négociation était avant tout justifiée par la crainte qu'elle entraîne une violation des principes de transparence et d'égalité de traitement des opérateurs, qu'elle conduise l'acheteur à donner des informations susceptibles d'avantager certains soumissionnaires par rapport à d'autres ou à modifier sa commande au point que certains autres opérateurs auraient pu se porter candidats s'ils avaient eu connaissance de cette modification. Autrement dit, la négociation était suspectée d'illégalité et considérée, par nature, comme étant une source de favoritisme, au point d'ailleurs que les collectivités publiques, même lorsqu'elles étaient autorisées à y recourir, préféraient lancer un appel d'offres⁷. A ces raisons juridiques, s'ajoutait une raison pratique. Parce que la négociation était exceptionnelle, les acheteurs n'en avaient pas la « culture » et, par suite, ne disposaient pas de méthode pour négocier efficacement.

¹ A. Cabanes, « La négociation dans les marchés publics », *Contrats publics – ACCP* n°45/2005, p.18.

² V. le dossier *Contrats publics – ACCP* n°84/2009 consacré à la négociation et en particulier : S. Nivault, « Les marchés négociés sans publicité ni mise en concurrence », p.47 ; G. Terrien, « Défense, maîtrise d'œuvre, prestations intellectuelles, services financiers », p.56.

³ Directive n°2004/18/CE, art. 30.

⁴ CJCE 14 sept. 2004, *Comm. c/ Italie*, aff. C-385/02 ; CJCE 13 janv. 2005, *Comm. c/ Royaume d'Espagne*, aff. C-84/03.

⁵ B. Majza et A. Bréville, « Les marchés négociés des entités adjudicatrices, opérateurs de réseau », *Contrats publics – ACCP* n°84/2009, p.62 : « Les résultats de nos estimations révèlent que les choix des procédures d'attribution des marchés publics de travaux en France ne répondent pas aux considérations d'efficacité économique identifiées par la littérature. En particulier, le degré de complexité des travaux n'apparaît pas influencer le mode de passation choisi, contrairement à ce qui ressort clairement des études empiriques appliquées au secteur privé ». « Le choix de recourir aux appels d'offres est davantage motivé par la volonté des acheteurs publics d'éviter d'être soupçonnés de favoritisme que par des considérations d'efficacité économique ».

⁶ S. Braconnier, « Etendue de la négociation dans la procédure de délégation de service public », *AJDA* 2006, p.554.

⁷ V. les travaux réalisés par des économistes : E. Chong, C. Staropoli, A. Yvrande-Billon, « Enchères ou négociations dans les marchés publics : une analyse empirique », *Rev. Eco. Ind.* 2013, p.51.

2. Dès 2006 cependant, les mentalités ont commencé à évoluer, du moins si l'on en croit le manuel d'application du code des marchés publics. Son point 9.3.1 dispose en effet que « *la négociation constitue un élément décisif de la qualité de l'achat public, d'autant plus qu'elle sera accomplie en toute transparence* ». Progressivement, la négociation est présentée comme un outil privilégié pour atteindre les objectifs d'efficacité et de bonne gestion des deniers publics⁸ proclamés aux côtés de l'égalité de traitement, de la transparence des procédures et de la liberté d'accès à la commande publique. Dans un contexte où l'achat public devient plus technique et complexe et où, par suite, le savoir-faire des opérateurs et leurs qualités en matière d'innovation doivent être mis en avant pour garantir l'efficacité de l'achat public, les procédures doivent faire place au dialogue et à la négociation. Ces derniers, parce qu'ils permettent d'affiner le besoin de l'acheteur, permettent de réduire l'aléa au stade de l'exécution.

Cette volonté de faire place à la négociation s'est en particulier manifestée à l'occasion de l'adoption des nouvelles directives marchés publics et concessions du 26 février 2014⁹. De fait, depuis leur transposition en droit français par les ordonnances du 23 juillet 2015 et du 29 janvier 2016, suivies de leurs décrets d'application, les méthodes d'achat fondées sur l'échange, le dialogue et la négociation ont été généralisées. La négociation n'est plus un procédé résiduel. Elle se développe au stade de la passation des contrats comme à celui de son exécution mais également en phase précontentieuse, où elle est utilisée pour « *éviter un contentieux inutile et coûteux* » en parvenant « *au règlement complet d'un litige, par des concessions équilibrées* » (circ. du 6 avril 2011 *relative au développement du recours à la transaction pour régler amiablement les conflits*). Elle n'en demeure pas moins, nous allons le voir, un procédé dérogatoire.

3. Encore faut-il, avant d'aller plus loin, s'entendre sur la définition de la négociation. Elle désigne « *l'action de faire du commerce* », une « *série d'entretiens, d'échanges de vues, de démarches qu'on entreprend pour arriver à un accord, pour conclure une affaire* »¹⁰. Autrement dit, elle désigne une discussion entre plusieurs interlocuteurs sur des intérêts quantifiables en vue de trouver un accord, à la suite de concessions réciproques. Dans le cadre plus précis de la commande publique, elle tend à la conclusion d'un contrat qui ne sera pas le résultat d'une rencontre formelle de la demande d'un acheteur ou d'une autorité concédante, exprimée au travers d'exigences prédéfinies et de l'offre d'un opérateur économique mais d'un échange aboutissant à un accord de volontés scellé dans des conditions plus favorables aux protagonistes.

4. Une telle définition ne permet néanmoins pas de différencier les hypothèses variées de discussion, de dialogue ou de négociation pouvant exister en droit de la commande publique.

En amont du lancement d'une procédure d'attribution d'un contrat, afin de la préparer, l'acheteur peut réaliser des consultations ou solliciter des avis : c'est ce qui est désormais appelé le sourçage et autorisé par l'article 4 du décret n°2016-360 consacré aux « *échanges préalables avec les opérateurs économiques* » au stade de la définition préalable du besoin : « *afin de préparer la passation d'un marché public, l'acheteur peut effectuer des consultations ou réaliser des études de*

⁸ Y.-R. Guillou et J.-M. Glatt « Négociation, discussion, échange : des leviers pour l'efficacité de la commande publique », *Contrats publics – ACCP* n°84/2009, p.38.

⁹ M. Ubaud-Bergeron, « La négociation », *CMP* n°6/2014, dossier 7.

¹⁰ Y.-R. Guillou et J.-M. Glatt « Négociation, discussion, échange : des leviers pour l'efficacité de la commande publique », *Contrats publics – ACCP* n°84/2009, p.38

marché, solliciter des avis ou informer les opérateurs économiques de son projet et de ses exigences ». Ces échanges ne doivent néanmoins pas avoir pour effet de « *fausser la concurrence et n'entraînent pas une violation des principes de liberté d'accès à la commande publique, d'égalité de traitement des candidats et de transparence des procédures* » (*ibid*, art. 4, al.2 et art. 5). *Stricto sensu*, ces échanges ne constituent pas une négociation. Leur objectif est de permettre à l'acheteur d'avoir une bonne compréhension du marché et des contraintes existantes¹¹.

A l'occasion d'une procédure de dévolution concurrentielle ensuite, l'acheteur ou l'autorité concédante peut être autorisé à négocier avec les opérateurs. Alors que cette négociation constitue en principe la règle en matière de concessions, elle est au contraire l'exception en matière de marchés publics. Pour les pouvoirs adjudicateurs en effet, la procédure formalisée de droit commun reste l'appel d'offres dans le cadre duquel il n'y a aucune négociation. Exceptionnellement, la négociation est autorisée mais encadrée. Dans le cadre d'une procédure formalisée d'abord, seules des « *négociations dissymétriques* »¹² sont autorisées afin de ne pas modifier les conditions initiales de la mise en concurrence. Les textes autorisent soit le seul opérateur économique à faire évoluer son offre, soit le seul acheteur à faire évoluer son besoin ou à préciser ses attentes. Dans la première hypothèse, on reconnaît les procédures négociées avec ou sans publication préalable pour les pouvoirs adjudicateurs ou les entités adjudicatrices, la procédure adaptée et la procédure de dévolution des concessions. Dans le cadre de celles-ci, la négociation porte sur les offres des soumissionnaires et non sur le projet de l'acheteur. Elle conduit à leur modélisation progressive afin qu'elles satisfassent au mieux les besoins de l'acheteur. Dans la seconde hypothèse, on reconnaît la procédure du dialogue compétitif¹³ qui permet d'ouvrir avec les opérateurs « *un dialogue dont l'objet est l'identification et la définition des moyens propres à satisfaire aux mieux leurs besoins* » qui se poursuit jusqu'à ce que le pouvoir adjudicateur soit « *en mesure d'identifier la ou les solutions qui sont susceptibles de répondre à ses besoins* ». Dans le cadre de celle-ci, la négociation porte sur la définition du projet. Les candidats sont associés à l'élaboration du cahier des charges car l'acheteur n'est pas en mesure de définir les moyens techniques pouvant répondre aux besoins dont il a la charge ou d'établir le montage juridique ou financier du projet.

A l'occasion de l'exécution du contrat enfin, des négociations peuvent être librement engagées dans le but soit de modifier le contrat en cours, c'est à dire de conduire à la conclusion d'un avenant, soit d'éviter un contentieux. Dans ce dernier cas, elles peuvent être plus ou moins institutionnalisées puisque les parties ont la possibilité de recourir au médiateur des entreprises ou aux comités consultatifs de règlement amiable (CCRA) des différends ou litiges relatifs aux marchés publics¹⁴ et déboucheront, le cas échéant, sur la conclusion d'une transaction. Si la négociation semble, à ce stade, entièrement libre dans la mesure où les textes sont muets sur son déroulement, son aboutissement ne l'est pas puisque l'accord sur lequel elle débouche est strictement réglementé.

5. Ainsi, en droit de la commande publique, la négociation n'apparaît jamais entièrement libre. Parce qu'elle favorise une logique de profit réciproque et d'innovation, les entreprises ayant intérêt à s'engager sur des projets différents pour éviter la guerre des prix, les textes en ont progressivement étendu le champ d'application. Mais cette progression reste

¹¹ DAJ, fiche technique *La définition du besoin*, mise à jour le 09/08/2018.

¹² M. Ubaud-Bergeron, préc.

¹³ Ord. n°2015-899 du 23 juill. 2015, art. 42.

¹⁴ Décr. n°2016-360 du 25 mars 2016, art. 142.

contenue (I) et contrebalancée par une formalisation progressive des échanges, leurs objet et modalités étant fortement encadrés (II).

I – La progression contenue de la négociation

6. Il n'est guère contestable que la place laissée à la négociation en droit de la commande publique est de plus en plus grande. Cette progression n'en reste pas moins contenue. D'une part, parce que même lorsqu'elle est autorisée, elle conserve un statut dérogatoire (A-). D'autre part, parce qu'elle n'est jamais obligatoire : elle a un statut facultatif (B-).

A – Un statut dérogatoire

a) La banalisation de la négociation

7. Depuis l'adoption de la directive 2014/24/UE du 26 février 2014, la négociation s'est banalisée en droit des marchés publics. Les hypothèses dans lesquelles elle est désormais autorisée sont nombreuses. Au stade de la passation du contrat, elle se retrouve :

- pour les marchés passés dans le cadre de deux des procédures formalisées visées à l'article 25 du décret n°2016-360 du 25 mars 2016 à savoir le dialogue compétitif et la procédure concurrentielle avec négociation (et son double applicable aux entités adjudicatrices : la procédure négociée avec mise en concurrence préalable) ;

- pour les marchés passés selon la procédure adaptée en raison de leur faible montant (décr. préc., art. 27) ou de la spécificité de leur objet (*ibid*, art. 28 : services sociaux et spécifiques) ;

- pour les marchés passés sans publicité ni mise en concurrence en raison de leur très faible montant ou de spécificités techniques ou économiques (décr. préc., art. 30) ;

- pour certains marchés publics globaux, les partenariats d'innovation, qui peuvent être conclus lorsque le pouvoir adjudicateur a des besoins de travaux, fournitures ou services innovants qui ne peuvent être satisfaits par l'acquisition de travaux, fournitures ou services déjà disponibles sur le marché ;

- dans le cadre de la procédure particulière du concours, sous la forme de dialogue avec un jury (décr. préc., art. 88) ;

- ou encore pour les marchés subséquents passés sur la base et dans les conditions fixées par un accord-cadre (décr. préc., art. 79).

b) La banalisation inachevée

8. L'extension du champ de la négociation ne doit cependant pas tromper. L'appel d'offre, « *procédure par laquelle l'acheteur choisit l'offre économiquement la plus avantageuse, sans négociation, sur la base de critères objectifs préalablement portés à la connaissance des candidats* » (décr. préc., art. 66) reste la procédure de principe de passation des marchés publics. De fait, même si les hypothèses où la négociation est autorisée sont plus nombreuses, elles restent des exceptions auxquelles il ne peut être recouru que dans des cas strictement déterminés.

L'introduction de la directive 2014/24/UE, même si elle n'a pas valeur normative, laisse percevoir cet état d'esprit : « *les États membres devraient être en mesure de prévoir le recours à la*

procédure concurrentielle avec négociation ou au dialogue compétitif (lorsque les procédures sans négociation) ne sont pas susceptibles de donner des résultats satisfaisants » (§45).

Les textes permettent ensuite de se convaincre de ce statut dérogatoire. Deux articles méritent ici d'être cités.

D'abord, l'article 25 du décret du 25 mars 2016¹⁵ qui liste les hypothèses dans lesquelles le pouvoir adjudicateur est autorisé à recourir à la procédure concurrentielle avec négociation ou à un dialogue compétitif :

- lorsque le besoin de l'acheteur ne peut être satisfait sans adapter des « *solutions immédiatement disponibles* » (ex. nécessité de redimensionner une fourniture courante ou d'en modifier la composition) ;
- lorsque l'acheteur a besoin d'une « *solution innovante* », c'est à dire de « *travaux, fournitures ou services nouveaux ou sensiblement améliorés. Le caractère innovant peut consister dans la mise en oeuvre de nouveaux procédés de production ou de construction, d'une nouvelle méthode de commercialisation ou d'une nouvelle méthode organisationnelle dans les pratiques, l'organisation du lieu de travail ou les relations extérieures de l'entreprise* » (ex. acquisition d'un équipement adapté à un projet spécifique ; recours à de nouvelles technologies dans le cadre d'un marché de travaux) ;
- lorsque le marché « *comporte des prestations de conception* » (ex. cas du marché de maîtrise d'œuvre ou des marchés globaux) ;
- lorsque des « *circonstances particulières liées à [l]a nature [du marché public], à sa complexité ou au montage juridique et financier ou en raison des risques qui s'y attachent* » rendent la négociation nécessaire entre le pouvoir adjudicateur et les opérateurs économiques. Ex. marchés de prestations informatiques, comme par exemple ceux ayant pour objet la mise en place de systèmes d'information convergents dans le cadre des groupements hospitaliers de territoire.
- lorsque l'acheteur n'est pas en mesure de définir les spécifications techniques avec une précision suffisante ;
- lorsque seules des offres irrégulières ou inacceptables ont été présentées dans le cadre d'un appel d'offres, « *pour autant que les conditions initiales du marché public ne soient pas substantiellement modifiées* ».

Ensuite, l'article 30 du même décret¹⁶ qui liste les hypothèses où l'acheteur peut passer un marché public négocié sans publicité ni mise en concurrence. Cette liste est longue et très hétérogène¹⁷ : le marché est de faible montant (inférieur à 25 000 € HT), « *l'urgence impérieuse résultant de circonstances imprévisibles pour l'acheteur et n'étant pas de son fait ne permet pas de respecter les délais minimaux exigés par les procédures formalisées* »¹⁸, une procédure de dévolution concurrentielle a été déclarée infructueuse, les prestations commandées ne peuvent être fournies que par un opérateur économique déterminé pour des raisons techniques ou de protection de droits d'exclusivité, le marché de fournitures a pour objet des livraisons complémentaires, etc. La longueur de cette liste ne doit cependant pas tromper : les cas énumérés correspondent à des hypothèses qui ne se rencontrent guère en pratique.

¹⁵ Rappr. Dir. 2014/24/UE du 26 fév. 2014, art. 26.

¹⁶ v. aussi ord. 23 juill. 2015, art. 42-3°.

¹⁷ La liste est bien plus courte pour les contrats de concession : décr. n° 2016-86, art. 11 : le contrat ne peut être conclu sans publicité ni mise en concurrence que lorsqu'il « *ne peut être confié qu'à un opérateur économique déterminé pour des raisons techniques, artistiques ou tenant à la protection de droits d'exclusivité* » ou « *lorsque aucune candidature ou aucune offre n'a été reçue ou lorsque seules des candidatures irrecevables ou des offres inappropriées ont été déposées, pour autant que les conditions initiales du contrat ne soient pas substantiellement modifiées* ».

¹⁸ CJCE 15 oct. 2009, aff. C-275/08, Commission c/ Allemagne, CMP 2010, n° 17, W. Zimmer.

9. D'aucuns se sont interrogés, en 2014, sur le point de savoir s'il ne fallait pas inverser cette logique afin que la négociation intègre « *le droit commun de la commande publique* »¹⁹. A cette fin, il convient de souligner la faiblesse des arguments opposés à la négociation.

Celui de l'atteinte éventuelle aux principes fondamentaux de la commande publique n'est guère tenable dans la mesure où une négociation encadrée est autorisée dans de nombreuses hypothèses sans que ces principes soient mis en cause. Le risque d'insécurité juridique résulte aujourd'hui davantage de la difficulté que peuvent avoir certains acheteurs à interpréter les textes afin d'identifier s'ils rentrent dans l'une des hypothèses où la négociation est autorisée.

L'argument selon lequel la négociation ne serait pas une nécessité économique n'apparaît pas plus pertinent. Cela n'est exact que lorsque l'acheteur a une connaissance exacte de son besoin et du marché. Les travaux menés par des économistes le confirment²⁰ : « *le recours à l'appel d'offres est d'autant plus probable que l'intensité concurrentielle entre fournisseurs sur le marché est forte (...), que le niveau de compétences et les contraintes financières de l'acheteur sont élevées (...) et que le degré de complexité du projet est faible* ». Au contraire, lorsque l'expérience de l'acheteur et sa capacité à définir le projet sont limitées, la négociation est préférable, dans la mesure où elle permet de sélectionner plus efficacement le fournisseur. La négociation permet à l'acheteur public d'associer le ou les fournisseurs potentiels en amont, c'est à dire au moment de la définition des caractéristiques du projet et d'acquérir l'information. Ce qui doit rester interdit, c'est le marchandage qui conduit à « *exiger de son cocontractant des rabais irréalistes sur les prix* » : celui-ci « *revient à exposer le marché au risque de défaillance de l'entreprise ou à celui de la passation ultérieure de coûteux avenants* »²¹.

Enfin, l'argument selon lequel les acheteurs publics n'auraient pas la culture de la négociation est encore moins convainquant : il revient à reprocher aux acheteurs de ne pas savoir faire ce qui leur a longtemps été interdit ! Pour que la négociation se banalise au point d'entrer dans le droit commun, « *une formation des acheteurs à cette technique est indispensable* »²².

B – Un statut facultatif

10. D'un point de vue théorique d'abord, il n'est pas inutile de rappeler que la négociation n'est pas un critère du contrat. Tout au plus peut-elle être présentée comme un indice permettant d'identifier un contrat et de le distinguer d'un acte unilatéral. Mais il n'existe pas de droit à la négociation, pas plus qu'il n'existerait une obligation de négocier. Cela est vrai aussi bien en droit des marchés publics qu'en droit des concessions.

11. En droit des marchés publics d'abord. La négociation, lorsqu'elle est autorisée, reste toujours facultative et la décision de l'Administration de ne pas y recourir ne peut être déferée à la censure du juge²³. Cette faculté est reconnue par la jurisprudence et les textes.

Dans le cadre d'une procédure adaptée, l'article 27 du décret du 25 mars 2016²⁴ dispose que « *l'acheteur peut recourir à une procédure adaptée dont il détermine librement les modalités en fonction de*

¹⁹ M. Ubaud-Bergeron, préc.

²⁰ V-P. Goldberg, 1977, « Competitive bidding and the production of precontract information », *The Bell Journal of Economics*, 8 (1), p.250; P. Bajari et alie, (2009), « Auctions versus negotiations in procurement : an empirical analysis », *Journal of Law Economics and Organization*, 25 (2), p.372.

²¹ DAJ, fiche technique *Les marchés négociés sans publicité ni mise en concurrence préalables*, mise à jour 30/03/2016.

²² *Ibid.* V. aussi : J.-M. Peyrical, « Dialogue, négociation et échange avec les entreprises : esquisse d'une méthodologie », *Contrats publics – ACCP* n°84/2009, p.44.

²³ CE 18 sept. 2015, *Sté. Axxess*, n°380821.

la nature et des caractéristiques du besoin à satisfaire, du nombre ou de la localisation des opérateurs économiques susceptibles d'y répondre ainsi que des circonstances de l'achat » et lorsqu'il « a prévu de négocier, il peut attribuer le marché public sur la base des offres initiales sans négociation, à condition d'avoir indiqué dans les documents de la consultation qu'il se réserve la possibilité de le faire ». Il est donc libre de négocier ou non dès lors qu'il en informe les candidats et qu'il respecte sa propre décision tout au long de la procédure. La pratique révèle la difficulté que peuvent avoir certains acheteurs à adapter leurs procédures marché par marché et à engager de réelles négociations²⁵. Nombre de collectivités se sont ainsi dotées de guides définissant les modalités de la procédure en fonction de sous-seuils et détaillant les étapes à suivre sans laisser la liberté de négocier. Elles ont donc muselé leur liberté de crainte de commettre une illégalité. Cette crainte s'est cependant déplacée dans la mesure où la question s'est posée de savoir quelle était la valeur juridique de ces documents. Certains sont des documents informels : certains guides prennent la forme d'une note de service, enrichie chaque mois par le directeur général des services. Ils s'imposent alors aux agents comme les autres notes de service. D'autres sont approuvés par délibération de l'assemblée délibérante : la question se pose alors de savoir s'ils sont susceptibles de recours et si ladite assemblée est compétente pour les approuver²⁶.

Dans le cadre d'une procédure concurrentielle avec négociation (secteurs classiques) ou négociée avec mise en concurrence préalable (secteurs spéciaux), l'article 73 du même décret dispose que la négociation n'est pas non plus obligatoire : l'acheteur est autorisé à attribuer le marché « *sur la base des offres initiales sans négociation* », à condition d'avoir indiqué dans l'avis de marché ou dans l'invitation à confirmer l'intérêt qu'il se réserve la possibilité de le faire. Cette liberté est pour le moins étonnante. Autoriser l'acheteur à ne pas négocier conduit à inciter les candidats à réagir comme s'ils répondaient à une procédure d'appel d'offres dans le cadre de laquelle leurs prix et les autres éléments de leurs offres ne seront pas négociés. La direction des affaires juridiques du ministère de l'économie explique cette possibilité par la nécessité de « *garantir les acheteurs contre des pratiques des opérateurs qui consisteraient, en anticipant les négociations à venir, à proposer des prix plus élevés que ceux qu'ils seraient prêts à proposer* ».

12. En droit des concessions ensuite, jusqu'en 2016, la négociation était une étape obligatoire de la procédure de dévolution des délégations de service public et des concessions d'aménagement. Elle en était même considérée un élément consubstantiel. Depuis l'ordonnance du 29 janvier 2016, elle semble être devenue une étape facultative de la procédure de dévolution des concessions, que cette procédure soit formalisée ou simplifiée. L'article 46 dispose en effet que les pouvoirs adjudicateurs « *peuvent organiser librement une négociation avec un ou plusieurs soumissionnaires* ». *A contrario*, cela semble signifier qu'ils peuvent ne pas organiser de négociation. Le décret du 1^{er} février 2016 ne précise pas davantage cette liberté. Son article 26 précise seulement que lorsque l'acheteur décide de recourir à la négociation, il peut décider de limiter le nombre de soumissionnaires admis à participer à la négociation. Pour autant, les textes ne prévoient pas non plus qu'une concession peut faire l'objet d'une attribution directe sans négociation, alors qu'ils le précisent en droit des marchés publics. Deux interprétations sont ainsi possibles. Soit on considère qu'ils sont libres d'organiser ou non une négociation. Soit on considère que

²⁴ V. déjà antérieurement : R. Cattier, « Le régime des marchés relevant des articles 28 et 30 du CMP », *Contrats publics - ACCP* n°84/2009, p.52.

²⁵ Dossier *Pratiques locales des procédures adaptées*, *Contrats publics-ACCP*, n°37/2004.

²⁶ concl. D. Casas, sur CE 7 oct. 2005, *Région Nord-Pas-de-Calais*, *BJCP* n°44/2006, p.10 ; rép min n°53800, JOAN12 déc. 2006 : une telle délibération n'a pas d'incidence sur sa force juridique. ; circ NOR/LBL/B/04/10069/C du ministre de l'intérieur du 10 août 2004 pour application du CMP rappelle que la délibération adoptant un tel guide doit être transmise au contrôle de légalité.

l'emploi du verbe pouvoir doit être interprété non pas comme autorisant l'absence de négociation mais comme signifiant qu'il « engage librement toute discussion utile avec une ou des entreprises ayant présenté une offre ». En tout état de cause, comme l'affirment déjà certains, il n'est pas « déraisonnable de considérer que compte tenu tant de l'objet de certaines concessions, notamment de service public ou d'aménagement, que de la durée potentielle de ces contrats et du fait que le concessionnaire supporte le risque d'exploitation, les procédures comportant une phase de discussion doivent continuer à se voir privilégier ». A défaut, il est à « craindre que des opérateurs économiques soient moins enclins à se porter candidat à l'attribution de contrats dont ils n'auront pas pu discuter les modalités d'exécution alors même que, par nature, ils en assument les risques »²⁷.

Les textes ne précisent pas non plus si le recours à la négociation doit être porté à la connaissance des candidats. On peut, par analogie avec la jurisprudence applicable aux MAPA, considérer que l'autorité concédante devra porter cette information à la connaissance des candidats lors du lancement de la procédure et que si elle décide qu'elle fera usage de sa faculté de négocier, elle sera en ce cas tenue de respecter son engagement et ne pourra y renoncer.

Dans le silence des textes, la jurisprudence a considéré que l'autorité concédante n'était pas tenue d'informer les candidats avec lesquels elle ne comptait pas engager de négociations ou avec lesquels elle ne souhaitait plus poursuivre les négociations²⁸.

II – La formalisation inéluctable de la négociation

13. Qu'elle intervienne ou non dans le cadre d'une procédure formalisée, la négociation n'est pas entièrement libre. Sous l'influence des procédures auxquelles elles s'insèrent et des principes qui régissent la commande publique, elle se formalise²⁹. Elle fait l'objet d'un double encadrement matériel (A-) et procédural (B-).

A – Un encadrement matériel

14. Il convient, en premier lieu, de préciser l'objet de la négociation, c'est à dire de répondre à deux questions : sur quoi peut-elle porter et jusqu'où peut-elle aller ?

1. L'objet de la négociation

15. Au stade de la passation du contrat, il est difficile de dresser une liste exhaustive des éléments sur lesquels la négociation peut porter. Sans être exhaustif, on relèvera que les futurs cocontractants peuvent négocier les conditions financières de leur accord (prix de l'offre, formules d'indexation, montant des subventions), les délais d'exécution (ex. délais de livraison ou de remplacement), les quantités, les garanties (de non-exécution, de retard, de maintenance), les pénalités (de retard ou de non-exécution) ou les sanctions (résiliation, mise en régie).

16. Il est plus aisé, grâce aux textes et à la jurisprudence, de dresser une liste des éléments sur lesquels la négociation ne peut pas porter.

²⁷ F. Olivier, C. Liet-Vaux, « La négociation dans la commande publique : quelle place ? quel enjeu ? », *CMP* n°7/2016, étude 5.

²⁸ CE 18 juin 2010, *CUS*, n°336120 et n°336135.

²⁹ V. en ce sens le titre même de l'article de L. Richer, « Les procédures de négociation », *CSP* fév. 2016, p.9.

En droit des marchés publics, dans le cadre d'une procédure adaptée, il est interdit de modifier l'objet du contrat ou les critères de sélection des candidatures ou des offres³⁰. Dans le cadre d'un dialogue compétitif, les textes ne précisent pas l'objet de la négociation mais indiquent que lorsque l'offre finale est remise, seules des « *précisions, clarifications, perfectionnements ou compléments peuvent être demandés aux candidats* ». Dans le cadre d'une procédure concurrentielle avec négociation, il est interdit de négocier « *les exigences minimales que doivent respecter les offres, lesquelles doivent être déterminées dans les documents de la consultation* » et « *les critères d'attribution* », ce qui soulève, en pratique, la question de savoir ce que sont ces exigences minimales. La fiche technique de la DAJ ne précise pas. Des praticiens relèvent qu'« *à l'analyse de divers DCE, il apparaît que la notion d'exigences minimales est rarement mentionnée* ». Ils proposent, par exemple, que soient considérées comme des exigences minimales dans un marché de travaux de réhabilitation, les caractéristiques essentielles des travaux, telles qu'elles sont décrites dans les pièces techniques du marché, le CCTP³¹.

En droit des concessions enfin, « *la négociation ne peut porter sur l'objet de la concession, les critères d'attribution ou les conditions caractéristiques minimales indiquées dans les documents de la consultation* » (ord. 29 janv. 2016, art. 46). Une telle disposition n'est guère surprenante au regard de la jurisprudence dégagée en matière de délégation de service public relative aux modifications des offres en cours de négociation. Le juge s'est toujours efforcé de comparer l'offre initiale d'un candidat avec son offre finale pour apprécier si la seconde apparaissait comme le résultat normal d'une négociation. A ce titre, l'arrêt *Syndicat Intercommunal de la Côte d'Amour*³² est emblématique. Le Conseil d'Etat y a jugé qu'il ressortait des dispositions du CGCT que des adaptations « *d'une portée limitée, justifiées par l'intérêt du service* » pouvaient être portées à l'objet du contrat à condition qu'elles ne présentent pas de caractère discriminatoire entre les entreprises. Il a également été jugé, par exemple, qu'une modification conduisant à permettre, sous conditions, de réduire la durée d'une délégation 5/6^e et de limiter substantiellement le montant des investissements nouveaux initialement mis à la charge du titulaire était irrégulière³³ mais qu'en revanche, une forte diminution du montant des tarifs de l'eau à la suite de la période des négociations ne conduisait pas à rendre irrégulière la négociation faute d'excéder les limites des adaptations autorisées en cours de discussion³⁴. Des solutions analogues ont été retenues en matière de concessions d'aménagement³⁵.

17. Ces dispositions et jurisprudences s'expliquent dès lors qu'elles sont rapprochées de celles imposant à l'acheteur public ou à l'autorité concédante de définir préalablement ses besoins (ord. 23 juill. 2015, art. 30 ; décr. 25 mars 2016, art. 4 et s.)³⁶. Avant de lancer toute procédure de dévolution d'un contrat, l'acheteur doit savoir avec précision ce dont il a besoin, faute de quoi s'il engage une négociation, il s'expose à ce que les candidats dominent la négociation et définissent à sa place ses besoins. Certes, dans le cadre précis d'un dialogue compétitif, ce dialogue a précisément pour but de permettre à l'acheteur de préciser son besoin. Mais cela ne l'exonère pas de la nécessité de rédiger un programme fonctionnel précis

³⁰ CE 27 avr. 2011, *Président du Sénat*, n°344244.

³¹ F. Olivier et C. Liet-Veaux, préc.

³² CE 21 juin 2000, n°20319. Confirmations : CE, 29 avr. 2002, *Groupement des associations de l'ouest parisien*, n° 216902 ; CAA Marseille, 13 mars 2006, *Cie générale des eaux*, n° 03MA02559 ; CAA Nantes, 7 mars 2008, *Ville d'Orléans*, n° 07NT00253.

³³ CE, 21 févr. 2014, *Dalkia France*, n° 373159.

³⁴ CE, 9 août 2006, *Cie Générale des eaux*, n° 286107.

³⁵ CE, 12 nov. 2015, *Sté SAGEM*, n° 386578.

³⁶ N. Ricci, « La définition préalable des besoins : une étape clef conditionnant l'efficacité du processus d'achat », *Contrats publics-ACCP* n°165/2016, p.24. v. aussi la fiche technique DAJ, *La définition du besoin*, mise à jour 09/08/2017.

(définition du périmètre du projet, des caractéristiques principales de l'opération, des prestations sollicitées) avant de laisser la possibilité aux candidats de le compléter et de proposer un cahier des charges³⁷. En d'autres termes, la négociation ne doit jamais être un moyen pour l'acheteur de se soustraire à son obligation de définir avec précision son besoin.

2. Les autres limites de la négociation

18. Les textes et la jurisprudence fixent en outre d'autres bornes à la négociation, aussi bien au stade de la passation des contrats que de leur exécution. Sans être exhaustif, nous souhaiterions en rappeler trois.

19. Il faut en premier lieu citer les dispositions relatives aux offres non conformes, c'est à dire irrégulières, inacceptables ou inappropriées (décr. 25 mars 2016, art. 59 ; décr. 1^{er} fév. 2016, art. 25). Les offres inappropriées, quelle que soit la procédure, ne sont pas régularisables au cours de la négociation car une telle régularisation conduirait à une modification substantielle du contenu de l'offre, ce que les textes interdisent. Au contraire les offres irrégulières ou inacceptables, dans le cadre d'une procédure négociée, peuvent être régularisées dans le cadre d'une négociation, à condition toutefois qu'elles soient ou ne deviennent anormalement basses à l'issue du dialogue ou de la négociation. L'acheteur, après avoir exigé des précisions et justifications sur le montant de l'offre proposée doit impérativement la rejeter (ord. 23 juill. 2015, art. 23 ; décr. 25 mars 2016, art. 60)³⁸

20. Il faut, en deuxième lieu, citer les dispositions encadrant le résultat des négociations pouvant être conduites au cours de l'exécution et conduisant à la conclusion d'un avenant ou d'un acte unilatéral modificatif. Les textes sont muets sur le déroulement des négociations au stade de l'exécution mais ils réglementent leur aboutissement, c'est à dire les actes matérialisant la modification. Pour les résumer brièvement, ceux-ci ne peuvent pas modifier « *la nature globale du contrat* » ni, à moins d'avoir été prévus dans le contrat initial sous la forme d'une clause de réexamen « *claire, précise et sans équivoque* », conduire à modifier substantiellement le contrat, c'est à dire, notamment, à modifier son « *équilibre économique (...) en faveur du titulaire d'une manière qui n'était pas prévue dans le marché public initial* » ou « *modifier considérablement l'objet du marché public* » (décr. 25 mars 2016, art. 139 et 140 ; décr. 1^{er} fév. 2016, art. 36 et 37).

21. Il faut, en troisième lieu, citer les dispositions applicables aux transactions et en particulier les dispositions du point 3.1 de la circulaire du 7 septembre 2009 *relative au recours à la transaction pour la prévention et le règlement des litiges portant sur l'exécution des contrats de la commande publique* illustrent bien les limites des négociations pré-contentieuses. Elles disposent d'abord que « *Les marges de manœuvre des parties dans l'élaboration d'un compromis sont importantes : si les engagements souscrits ne doivent pas révéler une libéralité accordée par la collectivité publique à son cocontractant, ces engagements ne doivent pas nécessairement être équivalents, ni de même nature. Seul un déséquilibre manifeste serait sanctionné par le juge.* ». Elles disposent ensuite qu'une transaction ne peut porter sur : « *Les conditions dans lesquelles l'Administration doit exercer les prérogatives qui lui sont dévolues, notamment dans les domaines de la police administrative et de la gestion du domaine public ni sur*

³⁷ V. la méthode proposée par J.-M. Peyrical, préc.

³⁸ G. Collet, « Les offres anormalement basses », *CMP* 2015, prat. 4 ; L. Seurot, « L'offre anormalement basse en droit des marchés publics », *AJDA* 2014, p. 204 ; S. Nicinski, « L'offre anormalement basse dans les délégations de service public », *AJDA* 2011, p. 879 ; E. Perois, L. Le Foyer de Costil, « La régularisation des offres... », *CMP* 2016, prat. 8. *Adde* : dossier Les offres anormalement basses *ACCP* n° 142/2013.

des questions relatives à la légalité des actes administratifs ; le montant des intérêts moratoires dus en exécution d'un marché public ; la commande de nouvelles prestations au cocontractant si l'attribution de ces prestations implique la mise en œuvre préalable d'obligations de publicité et de mise en concurrence ; l'application de garanties contractuelles ou « postcontractuelles » afférentes aux marchés publics valides (par exemple la garantie décennale des constructeurs) ». Cela revient à interdire de négocier sur ces points.

B – Un encadrement procédural

22. L'attribution des contrats de la commande publique étant strictement réglementée, il n'est guère étonnant que toute négociation intervenant au cours de celle-ci soit encadrée (1-). Si cet encadrement peut donner l'impression d'une formalisation excessive, il peut cependant être jugé salutaire si on l'envisage comme un vecteur de protection et comme une garantie d'efficacité de la commande publique (2-).

1. La multiplication des contraintes

23. Les textes n'ont, pendant longtemps, contenu que très peu d'indications sur le déroulement des négociations, aussi bien en matière de concessions ou de délégations de service public que de marchés publics. L'article 30 de la directive 2004/18/CE se bornait ainsi à indiquer que le pouvoir adjudicateur devait assurer durant les négociations l'égalité de traitement.

De fait, c'est d'abord la pratique qui est venue combler ce vide : les collectivités se sont souvent dotées de « guides » de la négociation dont la valeur juridique a pu être débattue (*cf supra*).

C'est ensuite la jurisprudence qui est venue combler ce vide en s'appuyant sur les principes fondamentaux de la commande publique. Le juge contrôle que les négociations se sont déroulées dans le respect des principes de transparence des procédures, d'égalité de traitement et de liberté d'accès aux contrats de la commande publique, aussi bien dans le cadre d'une procédure adaptée³⁹ que dans le cadre d'un dialogue compétitif⁴⁰, d'un concours de maîtrise d'œuvre⁴¹ ou d'une procédure d'attribution d'une délégation de service publique⁴². Cela le conduit, par exemple, à vérifier que les différents candidats ont eu accès aux mêmes éléments de négociations et que le mérite respectif de chacune des offres a bien été apprécié au regard des critères annoncés, qu'ils doivent disposer des mêmes délais pour remettre leurs offres⁴³ et pouvoir répondre aux mêmes questions que celles posées aux autres candidats⁴⁴. Le principe d'égalité de traitement des candidats impose en outre à l'Administration de respecter la confidentialité des offres⁴⁵. Cela lui interdit communiquer aux autres soumissionnaires les principales caractéristiques de l'offre d'un ou des autres.

La réforme de la commande publique est cependant venue compléter ces jurisprudences et préciser le cadre de la négociation.

24. Les textes fixent d'abord des **conditions de délais**.

³⁹ CE, 18 sept. 2015, *Sté Axxess*, n° 380821.

⁴⁰ CAA Marseille, 9 mai 2016, *Sté Air Taxi et Charter International*, n° 15MA02663.

⁴¹ CAA Marseille, 1^{er} févr. 2016, *Axis Architecture*, n° 14MA01954.

⁴² CE 23 mai 2008, *Musée Rodin*, n°306153, *BJCP* n°60/2008, p.351, concl. N. Boulouis.

⁴³ CE 15 juin 2001, *Syndic. Intercom. D'assainissement de Saint-Martin-de-Ré et la Flotteen-Ré*, n°223481.

⁴⁴ CAA Marseille, 1^{er} fév. 2016, *Axis Architecture*, n°14MA01954.

⁴⁵ CE 14 déc. 2009, *Sté. Lyonnaise des eaux France*, n°328157 et n°328158.

En droit des concessions, les délais de réception des candidatures varient selon le type de procédure suivie. En procédure simplifiée, l'autorité concédante fixe ce délai « *en fonction notamment de la nature, du montant et des caractéristiques des travaux ou services demandés au concessionnaire* ». En procédure formalisée, il ne peut être inférieur à 30 jours à compter de la date d'envoi de l'avis de concession pour les candidatures et 22 jours à compter de la date d'envoi du dossier de consultation pour les offres, réductibles de 5 jours en cas de dématérialisation (décr. n° 2016-86, art. 18).

En droit des marchés publics, en procédure adaptée, le délai de réception des candidatures et des offres doit être fixé « *en tenant compte de la complexité et du temps nécessaire* » pour que les opérateurs puissent se présenter. En procédure formalisée, ces délais ne peuvent être inférieurs à ceux imposés par le décret (decr. n° 2016-360, art. 67 : 35 jours à compter de l'envoi de l'avis de marché, ramenés à 30 jours en cas de procédure dématérialisée). Des aménagements et prolongations sont prévus dans des cas particuliers (ex. visite sur les lieux).

25. Les textes fixent ensuite des règles relatives au **déroulement de la négociation**.

En droit des marchés publics, dans le cadre d'une procédure concurrentielle avec négociation, l'article 73 du décret du 25 mars 2016 encadre strictement les étapes de la négociation. Seules les offres initiales et les offres ultérieures peuvent être négociées, à l'exclusion des offres finales, sauf si l'acheteur use de la possibilité qui lui est offerte d'attribuer un marché public sur la base des offres initiales sans négociation, à condition de l'avoir annoncé. La négociation peut « *se dérouler en phases successives de manière à réduire le nombre d'offres à négocier en appliquant les critères d'attribution définis dans les documents de la consultation* », à condition de l'avoir précisé dans l'un des documents de la consultation. « *Dans la phase finale de négociation, le nombre d'offres restant à négocier doit être suffisant pour assurer une concurrence réelle, pour autant qu'il y ait un nombre suffisant d'offres remplissant les conditions requises* ». L'acheteur doit informer « *par écrit tous les soumissionnaires dont les offres n'ont pas été éliminées de tous les changements apportés aux spécifications techniques ou aux autres documents de la consultation, à l'exception de ceux qui définissent les exigences minimales* ». « *A la suite de ces changements, le pouvoir adjudicateur accorde aux soumissionnaires un délai suffisant et identique pour leur permettre de modifier leurs offres et, le cas échéant, de les présenter à nouveau* » Enfin, lorsqu'il entend « *conclure les négociations, il en informe les soumissionnaires restant en lice et fixe une date limite commune pour la présentation d'éventuelles offres nouvelles ou révisées* ».

En droit des concessions, les textes sont moins diserts. Ils s'arrêtent à l'ouverture de la négociation qui s'engage librement (décr. 1^{er} fév., art. 46). L'autorité concédante est donc libre de négocier avec le ou les candidats de son choix. Elle n'est pas tenue de négocier avec tous. Elle peut en éliminer en faisant application des critères d'attribution qui ont été publiés. Il n'est pas prévu que le nombre d'offres à négocier doit être suffisant pour assurer une concurrence réelle, et rien n'est prévu non plus sur l'organisation en phases de la négociation. Ces silences laissent une large marge de manœuvre à l'autorité concédante, dans la limite des principes sus rappelés. La question se pose cependant de savoir dans quelle mesure les candidats doivent avoir été informés de ces règles du jeu dans les documents de la consultation.

26. Les textes fixent enfin des règles relatives aux **obligations d'information**. Nous avons déjà examiné les conditions dans lesquelles l'acheteur ou le concédant doit informer les candidats de la tenue des négociations (*cf supra*). Il reste ici à envisager leur information à l'issue de la négociation

En droit des marchés publics, l'article 99 du décret du 25 mars 2016 prévoit, pour les marchés passés selon une procédure adaptée, que l'acheteur est tenu, dès qu'il a décidé de

rejeter une candidature ou une offre, de notifier à chaque candidat ou soumissionnaire concerné le rejet de sa candidature ou de son offre. Il communique à ceux qui en font la demande écrite les motifs de ce rejet dans un délai de quinze jours à compter de la réception de cette demande. Si le soumissionnaire a vu son offre écartée alors qu'elle n'était ni inappropriée ni irrégulière ni inacceptable l'acheteur lui communique, en outre, les caractéristiques et avantages de l'offre retenue ainsi que le nom de l'attributaire du marché public. Dans le cadre d'une procédure formalisée (avec ou sans négociation), l'acheteur, dès qu'il décide de rejeter une candidature ou une offre, notifie à chaque candidat ou soumissionnaire concerné ce rejet en lui en indiquant les motifs. Lorsque cette notification intervient après l'attribution du marché public, elle précise, en outre, le nom de l'attributaire et les motifs qui ont conduit au choix de son offre et la date à compter de laquelle l'acheteur est susceptible de signer le marché public dans le respect du délai de *standstill*. Enfin, à la demande de tout soumissionnaire ayant fait une offre qui n'a pas été rejetée au motif qu'elle était irrégulière, inacceptable ou inappropriée, l'acheteur communique dans les meilleurs délais et au plus tard quinze jours à compter de la réception de cette demande : « 1° Lorsque les négociations ou le dialogue ne sont pas encore achevés, les informations relatives au déroulement et à l'avancement des négociations ou du dialogue ; 2° Lorsque le marché public a été attribué, les caractéristiques et les avantages de l'offre retenue ».

En droit des concessions, dans le silence des textes, la jurisprudence a d'abord considéré que l'autorité concédante n'était pas tenue de définir, préalablement à l'engagement de la négociation, les modalités de celle-ci, ni de prévoir le calendrier de ses différentes phases mais que le principe d'égalité lui imposait seulement « lorsque des négociations sont menées avec plusieurs entreprises à la suite de la remise des offres » et qu'elle a fixé « à ces entreprises un délai de remise de nouvelles offres » de se tenir à ces exigences et ne proroger « ce nouveau délai pour une partie seulement des entreprises intéressées ». Elle a également jugé qu'« aucun principe ni aucun texte n'imposait à l'autorité déléguée d'informer le candidat évincé du rejet de sa proposition ni des motifs de ce rejet »⁴⁶. Les textes ont cependant partiellement mis en cause ces solutions. Aux termes de l'article 29 du décret du 1^{er} février 2016, à moins que la valeur du contrat soit supérieure ou égale au seuil européen de 5 225 000 € HT, l'autorité concédante n'est pas tenue d'informer les candidats ou les soumissionnaires évincés du rejet de leur candidature ou de leur offre. Ceux-ci ne pourront donc être informés du rejet de leur offre qu'en prenant attache avec l'autorité concédante ou en consultant ses publications (*ibid* art. 31).

27. Dans le silence des textes sur les autres points, il appartiendra au règlement de la consultation, sous le contrôle du juge de préciser les règles applicables à la négociation. On pense par exemple à la possibilité d'interrompre les négociations avec certains candidats, à la forme, orale ou écrite, que prend la négociation, aux délais de validité des offres ou aux conditions de leurs présentation. Toutes ces précisions seront apportées dans le respect des principes fondamentaux de la commande publique sus rappelés ainsi que cela avait déjà été suggéré par le *Guide des bonnes pratiques en matière de marchés publics* du 26 septembre 2014 qui soulignait que la négociation, même informelle, devait permettre « d'obtenir un meilleur achat dans le respect des règles de transparence ». Le formalisme semble ainsi encore avoir de beaux jours devant lui puisque même les procédures non formalisées ont ainsi vocation à se formaliser. Cela nous conduit à une dernière interrogation : un tel formalisme est-il salutaire ?

2. Vers une professionnalisation de la négociation ?

⁴⁶ CE 18 juin 2010, *CUS*, n°336120 et n°336135.

28. Cet encadrement de la négociation s'explique par la volonté de protéger la personne publique, considérée comme inexpérimentée en matière de négociation, afin qu'elle conclue un accord dans des conditions moins défavorables et par celle de préserver les intérêts de son futur cocontractant, en particulier le secret de ses affaires.

29. De fait, il n'y guère envisageable que ce formalisme s'atténue. Au contraire, il devrait se renforcer et s'accompagner d'une professionnalisation de la négociation⁴⁷ ainsi que cela a pu être annoncé il y a bientôt dix ans dans le rapport public du Conseil d'Etat de 2008 consacré au contrat. Le Conseil d'Etat y insistait sur la nécessité de « *veiller à l'éthique de toute négociation* »⁴⁸ et invitait l'Etat à « *fixer et se fixer des règles plus strictes en matière de préparation, de conduite et de respect de la parole donnée* ». Dans l'éditorial de ce rapport, J-M. Sauvé⁴⁹ soulignait quant à lui que « *le développement des procédés contractuels suppose un professionnalisme exemplaire de l'administration. Or celle-ci n'est pas toujours en mesure de maîtriser la négociation de ses contrats, ni les sources d'insécurité juridique comme les risques financiers pouvant les affecter* ». Il est vrai que jusqu'ici, seules les autorités adjudicatrices ayant expérimenté la négociation dans le cadre de contrats globaux sont véritablement familières de cette procédure. Les autres restent encore souvent réticentes à ce lancer, sauf pour solliciter une diminution du prix.

Pour que la négociation contribue à renforcer l'efficacité de la commande publique, il faudra donc que les autorités adjudicatrices se dotent d'une méthode, que les services acheteurs soient formés à la négociation en acquérant des compétences aussi techniques, financières, juridiques et institutionnelles ou qu'ils sollicitent une aide extérieure sous la forme d'une assistance à la maîtrise d'ouvrage. Il faudra qu'ils prennent l'habitude de se fixer des « règles du jeu » claires, en élaborant un ou plusieurs règlements de la consultation (le cas échéant, un par phase de négociation), précisant les conditions de remise des offres, le déroulement et la fin de la procédure, incluant la mise au point des offres. Il faudrait sans doute aussi favoriser les auditions plutôt que les seuls échanges de courriers électroniques, les premières étant plus à même de favoriser une véritable discussion. C'est à cette seule condition qu'ils pourront négocier à armes égales.

Il faudra aussi sans doute que l'Administration se dote d'une éthique de la négociation. A ce titre, le point 2 de la circulaire du 6 avril 2011 *relative au développement du recours à la transaction pour régler amiablement les conflits* retient l'attention. Il dispose que « *l'Administration doit veiller à ne pas rechercher, à tout prix, un règlement amiable du litige, qui la conduirait à des concessions excessives. Mais elle ne doit pas non plus rechercher, par principe, un arrangement désavantageux pour son partenaire* ». Il y a là une directive plus large qui pourrait être étendue à la négociation en général. Celle-ci doit se faire dans le but de d'atteindre l'objectif d'efficacité de la commande publique et de bonne gestion des deniers publics mais pas au détriment de la qualité des prestations acquises ou de l'action publique ni de l'intérêt légitime du futur cocontractant de l'Administration faute de quoi celle-ci finirait par avoir du mal à trouver des partenaires.

30. Sans doute ne faudra-t-il pas aller trop loin dans cette formalisation et cette professionnalisation. En attendant néanmoins, la route est encore longue si l'on se fie à aux retours de la pratique.

⁴⁷ Sur la professionnalisation des acheteurs, voyez aussi l'intervention de B. Koebel, « L'efficacité de la commande publique » ainsi que ses propos à l'occasion de la table ronde « La centralisation et la mutualisation des achats », à l'occasion du présent colloque.

⁴⁸ Doc. Franç., p.220.

⁴⁹ « *Pour un développement maîtrisé du contrat* », *ibid*, p.9.

Les acheteurs publics relatent souvent la difficulté de négocier avec les opérateurs⁵⁰. Il est notamment fréquent que ces derniers présentent une offre initiale au-dessus du prix du marché puis, à l'occasion de la négociation, offrent un rabais de telle sorte qu'elle atteigne finalement le prix du marché. Dans une telle hypothèse, la négociation ne conduit nullement à l'obtention d'une offre plus intéressante mais seulement à faire perdre du temps à la collectivité acheteuse. Il est également fréquent que les opérateurs préfèrent ne pas poser de question à l'acheteur au cours de la négociation afin de ne pas avoir à partager des informations supplémentaires avec leurs concurrents. Le champ de la négociation se limite ainsi souvent au seul prix. Ces retours d'expériences conduisent à s'interroger sur l'opportunité d'interdire de négocier le prix, ou du moins, le seul prix.

Certains rapports des juridictions financières révèlent également l'incapacité des acheteurs publics à mener à bien des négociations au stade de l'exécution. Prenons deux exemples.

Le premier, dans le secteur des autoroutes. Dans un rapport de 2013 consacré aux *Relations entre l'Etat et les sociétés concessionnaires d'autoroutes*, la Cour des comptes, puis quelques mois plus tard par l'Autorité de la concurrence, dans un avis n°14A13 du 17 septembre 2014 ont dénoncé « *une situation de rente à long terme garantie par les contrats de concession et permettant des bénéfices hors norme* ». Elles ont dénoncé « *des rapports déséquilibrés au profit des sociétés concessionnaires* » et la conclusion de plans aboutissant systématiquement à une hausse des tarifs. Elles ont souligné que « *ces investissements ont été davantage proposés par les concessionnaires que par le concédant et la légitimité de leur compensation est contestable, comme pour le télépéage sans arrêt* ».

Le second exemple, dans le secteur des vélos en libre-service. Dans un rapport d'observations sur la gestion du Vélib' par la Ville de Paris rendu en 2012⁵¹, la CRC d'Ile-de-France a dénoncé l'incapacité structurelle des personnes publiques à assurer le contrôle de la bonne exécution du contrat et, plus largement « *la manière dont les collectivités publiques sont 'capturées' par leurs partenaires privés grâce à des situations d'asymétrie des informations* ». Elle a mis en évidence que l'opérateur avait notamment obtenu des renégociations et des avenants, amélioré sa situation financière et obtenu l'abandon de pénalités.

31. On le perçoit, pour que la négociation contribue à l'efficacité de la commande publique et à la bonne gestion des deniers publics, il faut qu'elle soit cadrée et maîtrisée. Le changement de mentalité est acquis : la suspicion à l'égard de la négociation diminue. Le changement de méthode est en revanche encore à réaliser.

⁵⁰ Voyez notamment les propos de B. Koebel à l'occasion du présent colloque.

⁵¹ F. Rolin, « Le Vélib' : symptôme de la maladie chronique des contrats publics », Dalloz Etudiant – Actualité – 21 nov. 2012.