

## La Négociation dans les Marchés Publics : Principes et Cas d'Usage

La négociation est une procédure qui permet à l'acheteur public de discuter des offres avec les soumissionnaires afin d'obtenir les meilleures conditions possibles en termes de prix, de qualité, de délais, ou de caractéristiques techniques. Contrairement à la procédure ouverte ou restreinte "classique" qui ne permet pas de modifier les offres initiales, la négociation offre une flexibilité précieuse.

### I. Le Principe : L'Interdiction de Négocier (et les Exceptions)

Le principe fondamental en matière de marchés publics est l'**interdiction de négocier**. L'acheteur public doit, en règle générale, attribuer le marché sur la base des offres initiales, sans les modifier. Ce principe garantit l'**égalité de traitement des candidats** et la **transparence de la procédure**.

Cependant, ce principe est assorti d'exceptions strictes, encadrées par le **Code de la Commande Publique (CCP)**. La négociation n'est donc possible que dans les cas expressément prévus par la loi.

### II. Les Procédures Permettant la Négociation

Plusieurs procédures de passation permettent la négociation, chacune avec ses spécificités :

#### A. La Procédure avec Négociation

C'est la procédure "de droit commun" pour la négociation des marchés formalisés. Elle est utilisée pour les marchés dont le montant est supérieur aux seuils européens.

**Références juridiques principales** : Articles R. 2124-3 et R. 2124-4 du CCP.

#### Cas d'utilisation (non exhaustif) :

- Lorsque le besoin ne peut être satisfait sans adapter des solutions immédiatement disponibles, ou si le marché comprend des prestations de conception.

- Lorsque le besoin ne peut être décrit avec une précision suffisante (ex: innovation).
- Lorsque les offres irrégulières, inacceptables ou inappropriées ont été reçues en réponse à une procédure ouverte ou restreinte.
- Marchés de **services sociaux et autres services spécifiques** (voir Articles R. 2124-5 et R. 2124-6 du CCP pour les seuils spécifiques à ces services).

**Déroulement général :**

1. **Appel à candidatures** (avis d'appel public à la concurrence).
2. **Sélection des candidats** admis à soumissionner (sur capacités économiques, financières, techniques et professionnelles).
3. **Dépôt des offres initiales.**
4. **Phases de négociation** avec les soumissionnaires retenus, sur tous les éléments de l'offre (prix, délais, caractéristiques techniques, clauses contractuelles...). L'acheteur peut organiser des phases successives pour réduire le nombre d'offres à négocier.
5. **Dépôt des offres finales et attribution.**

**B. Les Marchés Passés sans Publicité ni Mise en Concurrence Préalables (MAPA)**

Les MAPA (Marchés à Procédure Adaptée) sont des marchés dont les règles de passation sont librement définies par l'acheteur, en fonction de la nature et du montant du besoin, tout en respectant les principes fondamentaux de la commande publique (liberté d'accès, égalité de traitement, transparence des procédures).<sup>1</sup>

**Référence juridique principale :** Article R. 2123-1 du CCP.

**La négociation en MAPA :**

C'est le cas le plus courant de négociation pour de nombreux acheteurs territoriaux, car la négociation y est la règle, sauf si l'acheteur décide de ne pas négocier. Pour les MAPA, l'acheteur a la liberté de choisir :

- De ne pas négocier et attribuer sur l'offre initiale.
- De négocier avec un ou plusieurs opérateurs économiques.

**Mise en garde :** Même si la négociation est libre en MAPA, elle doit se faire dans le respect du principe d'**égalité de traitement**. Si vous négociez, faites-le avec tous les candidats que vous avez décidé de retenir pour cette phase, ou justifiez pourquoi vous ne négociez qu'avec certains.

### *C. Les Marchés Infructueux*

Un marché est déclaré infructueux lorsqu'aucune offre n'a été remise ou qu'aucune offre appropriée n'a été déposée après une procédure de mise en concurrence initiale.

**Référence juridique principale :** Article R. 2124-3, 3<sup>e</sup> du CCP (qui renvoie à la procédure avec négociation).

Spécificité :

Dans ce cas, l'acheteur peut recourir à la procédure avec négociation sans publication préalable (donc sans nouvel avis d'appel public à la concurrence), à condition que les conditions initiales du marché ne soient pas substantiellement modifiées. C'est une dérogation importante qui permet de ne pas relancer une procédure longue.

### *D. Les Marchés de Conception-Réalisation*

Ce type de marché est un cas particulier de marché global qui confie à un groupement d'opérateurs économiques à la fois la conception de l'ouvrage et son exécution.

**Références juridiques principales :** Articles L. 2171-1 et suivants, et R. 2171-1 et suivants du CCP.

Négociation :

La procédure de passation des marchés de conception-réalisation est généralement une procédure avec négociation (ou un dialogue compétitif), compte tenu de la complexité de ce type de marché qui nécessite d'affiner la solution technique et fonctionnelle avec les candidats.

### *E. Le Dialogue Compétitif*

Bien que n'étant pas une "négociation" au sens strict, le dialogue compétitif est une procédure très souple qui permet à l'acheteur de **dialoguer** avec les candidats pour définir la ou les solutions aptes à répondre à son besoin. Il est utilisé pour les marchés particulièrement complexes.

**Références juridiques principales :** Articles R. 2124-7 et suivants du CCP.

Cas d'utilisation :

Lorsque l'acheteur n'est pas en mesure de définir seul et préalablement les moyens techniques, financiers ou juridiques pouvant répondre à son besoin, ou de spécifier l'opération.

## Déroulement :

Phase de sélection des candidatures, puis un dialogue est engagé avec les candidats retenus pour identifier les solutions possibles. Ce dialogue est mené en plusieurs phases, jusqu'à ce que l'acheteur puisse arrêter une ou des solutions. Les candidats remettent ensuite leurs offres finales sur la base de ces solutions.

## III. Mises en Garde et Bonnes Pratiques de Négociation

- **Traçabilité** : Documentez scrupuleusement toutes les étapes de la négociation (dates, participants, sujets abordés, propositions faites et acceptées/refusées). Cela est essentiel en cas de recours.
- **Égalité de traitement** : Si vous négociez avec plusieurs entreprises, assurez-vous de leur donner les mêmes informations et les mêmes opportunités d'améliorer leurs offres. Ne donnez pas d'avantage comparatif à l'un par rapport à l'autre.
- **Confidentialité** : Ne divulguez pas les informations confidentielles des offres des autres concurrents.
- **Objet de la négociation** : La négociation doit porter sur tous les éléments de l'offre (prix, prestations, délais, garanties...). Elle ne doit pas remettre en cause les exigences minimales définies dans les documents de la consultation.
- **Cadre juridique** : Respectez impérativement le cadre juridique de la procédure choisie. Une négociation non prévue ou mal menée peut entraîner l'annulation du marché.
- **Durée** : La négociation doit avoir une durée raisonnable, proportionnée à la complexité du marché.

## IV. Vocabulaire Utile

- **Offre irrégulière** : Une offre qui ne respecte pas les exigences des documents de la consultation (ex: délai de validité insuffisant, absence de pièce exigée).
- **Offre inacceptable** : Une offre dont le prix excède les crédits alloués au marché tels qu'ils ont été déterminés et formalisés avant le lancement de la consultation.
- **Offre inappropriée** : Une offre sans rapport avec le besoin du pouvoir adjudicateur et qui est donc susceptible de ne pas pouvoir satisfaire ce besoin (ex: produit totalement différent de celui demandé).
- **MAPA** : Marché à Procédure Adaptée.
- **CCP** : Code de la Commande Publique.

## La Question des Délégations de Pouvoir dans la Négociation des Marchés Publics

La légalité d'un marché public repose sur la capacité juridique des signataires à engager leur entité. En matière de négociation, cela est d'autant plus important que les discussions peuvent modifier des engagements substantiels.

### I. Côté Acheteur Public : La Délégation de Signature et de Pouvoir

L'agent territorial qui conduit une négociation et, a fortiori, qui signe un marché public, doit impérativement détenir une **délégation de pouvoir ou de signature** l'habilitant à le faire.

#### A. Le Principe de Compétence

- **L'organe délibérant :** En collectivité territoriale (commune, département, région, EPCI), la compétence pour conclure les marchés publics appartient en principe à l'organe délibérant (Conseil Municipal, Départemental, Régional, ou Conseil Communautaire).
- **L'exécutif local :** Pour des raisons de bonne gestion et d'efficacité, l'organe délibérant délègue généralement cette compétence à l'exécutif local (Maire, Président du Conseil Départemental, Président du Conseil Régional, Président de l'EPCI). Cette délégation doit être formelle et est encadrée par le Code Général des Collectivités Territoriales (CGCT). Elle est souvent plafonnée en montant.
  - **Référence juridique :** Articles L. 2122-22 (pour les communes), L. 3221-1 (pour les départements) et L. 4221-1 (pour les régions) du CGCT, qui prévoient la possibilité pour l'exécutif de recevoir délégation pour la passation de certains marchés.

#### B. La Délégation de Signature aux Agents

Une fois que l'exécutif local a reçu délégation de l'assemblée délibérante, il peut à son tour donner une **délégation de signature** à des agents de la collectivité (Directeur Général des Services, Directeur, Chef de service, etc.).

- **Objet de la délégation :** Cette délégation doit être **précise** et **écrite**. Elle doit spécifier :
  - Le nom et la fonction de l'agent bénéficiaire.
  - La nature des actes pour lesquels la délégation est accordée (ex: "signer les marchés publics", "conduire les négociations", "signer les avenants", "valider les ordres de service").

- Éventuellement, un **plafond financier** (ex: "pour les marchés inférieurs à X € HT").
- **Les services ou les types de marchés concernés** (ex: "marchés de travaux du service technique").
- **Importance pour la négociation :** Un agent qui mène la négociation doit avoir l'**habilitation** à discuter et à éventuellement modifier les termes d'une offre. Si l'agent n'a qu'une délégation pour des actes de pure gestion administrative (ex: réceptionner des plis), mais pas pour négocier les termes contractuels, il ne peut pas valablement engager la collectivité dans ce processus. Idéalement, la délégation doit mentionner la capacité à négocier.
- **Vérification :** Pour l'entreprise soumissionnaire, il est généralement admis qu'elle n'a pas à vérifier la délégation de signature de l'agent public, mais l'acheteur a l'obligation de s'assurer que ses agents sont dûment habilités. En cas de litige, l'absence de délégation valide pourrait rendre l'acte (la négociation, la signature) irrégulier, voire nul.

#### *C. Risques liés à l'absence de délégation ou à une délégation insuffisante :*

- **Irrégularité de la procédure :** La négociation pourrait être jugée irrégulière, entraînant potentiellement l'annulation du marché par le juge administratif.
- **Engagements non valides :** Les engagements pris lors de la négociation par un agent non habilité pourraient ne pas être opposables à la collectivité.
- **Responsabilité :** L'agent public pourrait engager sa responsabilité en cas d'actes hors de son champ de délégation.

## II. Côté Entreprise : La Délégation de Pouvoir pour Négocier et Engager

Pour l'entreprise, il est tout aussi essentiel que la personne participant à la négociation et, si nécessaire, signant l'offre finale ou le marché, soit **dûment habilitée à engager l'entreprise**.

#### *A. Le Principe de Représentation Légale*

- **Le dirigeant social :** En principe, seule la personne ayant le pouvoir de représenter légalement l'entreprise (Gérant de SARL, Président de SAS, PDG de SA, Entrepreneur individuel, etc.) est habilitée à l'engager pour un contrat tel qu'un marché public.

#### *B. La Délégation de Pouvoir ou de Signature*

Dans la pratique, le dirigeant ne peut pas tout faire. Il est courant qu'il délègue ses pouvoirs à d'autres collaborateurs (Directeur Commercial, Responsable d'agence, Chef de projet, etc.).

- **Forme de la délégation :** Cette délégation doit être **écrite** et **claire**. Elle peut prendre la forme :
  - D'un **pouvoir général** (ex: procuration permanente pour représenter l'entreprise dans toutes les opérations de marché public, avec ou sans limite de montant).
  - D'un **pouvoir spécifique** pour une opération donnée (ex: "pour la négociation et la signature du marché X").
  - D'une **délégation interne** dans l'entreprise, souvent matérialisée par un document interne ou une clause dans le contrat de travail.
- **L'importance pour la négociation :** La personne qui négocie au nom de l'entreprise doit avoir l'autorité pour prendre des décisions qui engagent l'entreprise, notamment sur les prix, les délais, les spécifications techniques. Si la personne présente n'a pas ce pouvoir, la négociation risque d'être inefficace et de ne pas aboutir à un accord ferme.
- **La vérification par l'acheteur public :** L'acheteur public est en droit, et il est même fortement recommandé, de **demander un justificatif de pouvoir** à la personne qui représente l'entreprise lors de la négociation et/ou de la signature du marché.
  - Cela peut être un extrait K-bis récent (pour identifier le représentant légal), et/ou une **procuration** signée par le représentant légal donnant pouvoir à l'interlocuteur présent pour négocier et/ou signer.
  - Le **formulaire DC1** (Lettre de candidature) demande généralement que le signataire indique sa qualité et produise les documents justifiant les pouvoirs qu'il détient. C'est une vérification standard.

#### C. Risques liés à l'absence de pouvoir :

- **Non-opposabilité :** Les engagements pris par une personne non habilitée pourraient ne pas engager l'entreprise. Cela pourrait entraîner la nullité du marché pour absence de consentement valide de la partie contractante privée.
- **Contentieux :** L'entreprise pourrait se désengager du marché en arguant que la personne qui a négocié ou signé n'avait pas le pouvoir de l'engager.
- **Perte de temps et de crédibilité :** Des négociations menées avec un interlocuteur non habilité sont une perte de temps pour les deux parties.

### III. Bonnes Pratiques pour les Deux Parties

- **Anticipation :** S'assurer que les délégations sont en place *avant* d'engager la négociation.

- **Formalisme** : Que ce soit une délégation côté acheteur ou une procuration côté entreprise, le document doit être **écrit, clair, précis et signé** par l'autorité compétente.
- **Vérification réciproque** : Bien que ce soit la responsabilité première de chaque partie de s'assurer de la validité de ses propres délégations, il est de bonne pratique, notamment pour l'acheteur public, de demander des justificatifs de pouvoir à son cocontractant privé.
- **Mise à jour** : Les délégations de signature internes doivent être régulièrement mises à jour (changement de poste, de montant, etc.).