



GUIDE DE LA NEGOCIATION
GUIDE DE LA NEGOCIATION
DANS LA PROCEDURE
ADAPTEE

**LA MAITRISE DE LA
NEGOCIATION DANS LES
MAPA**

Le mot du président de l'Association des Acheteurs Publics



Encore un guide ! Mais est-ce donc si compliqué la négociation pour qu'il soit nécessaire d'en rédiger plus d'une page pour en décrypter toutes les syllabes du mot ?

En fait, ce n'est pas tout à fait cela car le mot *négociation*, aussitôt adossé à l'achat public, fait émerger de nouveaux champs à ce mot et devient une source inépuisable d'avis et de procédures tant celui-ci a été banni du vocabulaire de l'acheteur (lui-même inconnu jusqu'au décret marchés publics publié au journal officiel du 27 mars 2016).

Chaque acte d'achat peut être aussi singulier que le nombre de procédures que peuvent notamment mettre en œuvre plus de 35.400 communes et 12.600 établissements publics de coopération intercommunale (à ce jour) soit plus de 48.000 appréciations possibles de la notion de *négociation dans les marchés publics à procédure adaptée*...

Forts de cette richesse administrative, les acheteurs de l'Association des Acheteurs Publics se sont concertés pour actualiser ce guide qui vous propose ces quelques bases en guise de pistes pour la mise en œuvre de la négociation dans vos procédures adaptées. De plus, 11 annexes sont proposées en fin de guide afin de permettre une mise en œuvre immédiate des procédures et principes proposés.

Enfin, je profite de ces quelques lignes pour saluer le (volumineux) travail des membres du bureau et du conseil d'administration de l'AAP pour la rédaction de ce guide (et notamment à la suite de l'application du Code de la commande publique au 1^{er} avril 2019).

Bonjour chez vous !

Alain BÉNARD
Président de l'AAP

Préface de François BAROIN
président de l'Association des maires de France et des présidents
d'intercommunalité



Les achats publics constituent aujourd'hui une préoccupation importante pour l'ensemble des collectivités territoriales et, notamment, pour les communes et leurs intercommunalités en raison des contraintes budgétaires qui sont les leurs.

Pourtant, en dépit de ces contraintes, il est plus que jamais nécessaire de mettre en place des pratiques d'achat qui permettent à ces collectivités de continuer à répondre de façon satisfaisante aux besoins de nos administrés.

Dans ce contexte, un achat public réussi et de qualité est celui qui permet d'utiliser de façon optimale l'ensemble des outils mis à la disposition des acheteurs par la réglementation. Parmi ces outils, la négociation permise dans le cadre des marchés à procédure adaptée (MAPA) occupe une place importante en ce qu'elle permet d'atténuer l'approche parfois rigide que certains peuvent avoir de la commande publique.

Cette place stratégique dans l'acte d'achat n'est pourtant pas toujours perçue par l'ensemble des acheteurs concernés. C'est notamment le cas des collectivités qui ne disposent pas des ressources internes nécessaires leur permettant de conduire des négociations face à des prestataires qui sont parfois très aguerris dans cet exercice.

Ce guide, rédigé par les experts de l'AAP, est donc bienvenu dans la mesure où il permet d'offrir une vision précise de ce que constitue une négociation, des enjeux qui l'entourent et des modalités pratiques à mettre en œuvre pour que celle-ci contribue à l'efficacité de l'acte d'achat.

Les outils spécifiques développés dans ce guide sont bien détaillés et documentés et permettent de disposer d'une vision d'ensemble pertinente de ce que doit être une négociation, du rappel de son régime juridique jusqu'à l'édition de conseils très pratiques, inspirés de l'expérience éprouvée de ses rédacteurs, dans la façon dont elle doit être conduite. En cela, cet ouvrage constitue une source de réflexion indispensable lorsque les communes et leurs groupements, quelle que soit leur taille, se lancent dans la passation d'un MAPA avec négociation.

Les conseils pratiques ainsi que les annexes figurant dans ce guide pourront par ailleurs intéresser autant les acheteurs publics que les opérateurs économiques dans l'identification des points qui sont stratégiques dans la conduite des négociations, permettant ainsi d'aboutir à un achat public de qualité.

François Baroin
Président de l'AMF

Photo : Arnaud FEVRIER pour l'AMF



SOMMAIRE

PRÉAMBULE

- Qu'est-ce que la négociation ?
- Les procédures permettant la négociation

POURQUOI UN GUIDE SUR LA NEGOCIATION DES MAPA ?

I - INTRODUCTION :

- a) Les différents types de négociation dans les marchés publics
- b) Les négociations internes
- c) Les négociations externes
- d) Le bon négociateur
- e) Les différentes typologies de négociateur

II - LE CADRE RÉGLEMENTAIRE DE LA NÉGOCIATION :

- a) Quelle évolution de la réglementation ?
- b) Quelle est la jurisprudence encore applicable ?
- c) La négociation et le respect des principes fondamentaux de la commande publique
- d) Que peut-on réellement négocier en MAPA ?
- e) La négociation des marchés de maîtrise d'œuvre

III – LE CADRAGE DE LA NÉGOCIATION :

- a) L'avis d'appel public à la concurrence et/ou le règlement ou la lettre de consultation doit fixer le cadre de la négociation
- b) Les différentes formes de négociation

IV – LES CANDIDATS ADMIS A NEGOCIER :

- a) Faut-il négocier avec tous les candidats ?
- b) Le cas des offres irrégulières, inappropriées ou inacceptables en procédure adaptée

V – QUI PEUT NÉGOCIER EN CAS DE NÉGOCIATION DIRECTE ?

- a) Professionnalisme et responsabilité : la négociation est un art
- b) Constitution de l'équipe de négociation

VI – LA PRÉPARATION ET LE DÉROULEMENT DE LA NÉGOCIATION :

- a) L'organisation de la négociation - principe
- b) La préparation des phases de la négociation
- c) Les différentes phases de la négociation
- d) Convocations
- e) Réunion de négociation avec les candidats : la négociation peut se dérouler en plusieurs phases
- f) Que faire si une entreprise refuse de négocier ?
- g) Faut-il prévoir un préalable de régularisation des offres ?
- h) Doit-on poser strictement les mêmes questions à tous les candidats participant à la négociation ?
- i) La négociation et ses impératifs

VII – LE TERME DE LA NÉGOCIATION :

- a) Quel délai doit être laissé aux candidats pour compléter leur offre après négociation ?
- b) Les modalités précises de remise des nouvelles offres
- c) Le classement des offres finales
- d) Le rapport d'analyse des offres
- e) La mise au point des pièces du marché
- f) Le formalisme de la traçabilité
- g) Le bilan de la négociation

VIII – CONCLUSION

Le négociateur du futur

IX – LES ANNEXES A UTILISER POUR LA NÉGOCIATION DES MAPA

Les annexes qui suivent sont destinées à faciliter les négociations.

Bien entendu, elles doivent être adaptées en fonction de l'objet et des différents éléments du marché concerné.

- Annexe I : Traitement des offres hors délais, irrégulières, inacceptables, inappropriées ou anormalement basses
- Annexe II : Grille de négociation d'un achat de matériel
- Annexe III : Grille de négociation d'un marché d'études
- Annexe IV : Grille de négociation d'un marché de maîtrise d'œuvre
- Annexe V : Conseils et recommandations aux personnes participant à une réunion de négociation
- Annexe VI : Lettre invitant à une négociation par écrit
- Annexe VII : Lettre invitant à une réunion de négociation
- Annexe VIII : Note d'information remise aux candidats à l'issue de la réunion de négociation
- Annexe IX : Feuille de présence
- Annexe X : Annexe à l'acte d'engagement relative aux modifications apportées par le candidat à son offre initiale après négociation
- Annexe XI : Bilan de la négociation

PRÉAMBULE

L'acheteur est souvent un acteur isolé de la collectivité et c'est la négociation qui le relie à ses partenaires internes et externes.

L'acheteur doit savoir acheter et négocier afin de pouvoir *acheter* c'est-à-dire satisfaire le besoin d'un utilisateur ou d'un usager au meilleur coût, au moment opportun, dans le respect de la réglementation.

Acheter c'est analyser la demande, cadrer les contraintes, analyser les offres et négocier... afin de **SATISFAIRE LE BESOIN REEL** de l'usager ou de l'utilisateur.

Négocier c'est se donner un objectif à atteindre, éviter les conflits pour rechercher un compromis qui préserve les intérêts légitimes des différents protagonistes de la négociation.

Négocier n'est pas une science exacte mais une discipline qui se travaille et qui s'apprend pour devenir un art.

Pour commencer, l'acheteur devra bien garder en tête que la négociation n'est pas synonyme de marchandage. Marchander, c'est discuter systématiquement le prix sans donner de contrepartie. Le marchandage ne doit pas être considéré comme une stratégie de négociation. Ce ne peut être qu'une tactique à l'intérieur de la stratégie par exemple lorsque l'acheteur a fait toutes les concessions qu'il avait prévues et qu'il doit demander un dernier effort à son interlocuteur.. Dans le marchandage ce sont les chiffres seuls qui s'opposent.

Il existe plus de 250 tactiques (éléments composant le plan d'une négociation) couramment utilisées par les négociateurs. Seules 3 de ces tactiques sont considérées comme liées au marchandage : demander une simple réduction, prendre l'initiative de la négociation et faire baisser le prix jusqu'à la limite de la rupture, demander un prix extrêmement bas pour ensuite admettre et obtenir un prix plus haut à l'issue de concessions réciproques.

Qu'est-ce que la négociation ?

Dans le sens courant, la négociation se définit comme l'action de discuter des affaires communes entre deux ou plusieurs parties en vue d'un accord susceptible de satisfaire les intérêts légitimes des deux parties. Appliquée à la commande publique, elle constitue un véritable outil de travail permettant de concilier des intérêts potentiellement opposés, d'atteindre tout ou partie des objectifs respectifs de l'acheteur et du vendeur... et d'éviter les conflits.

La négociation peut se définir comme étant la technique qui permet :

- d'une part, d'adapter au mieux les offres des candidats à la demande de l'acheteur, afin de s'assurer qu'ils ont bien assimilé le besoin,
- d'autre part, de renforcer l'efficacité de la commande publique en optimisant la dépense,
- enfin, dans certaines situations, d'éviter ou limiter les avenants ou litiges en cours d'exécution du marché.

Les procédures permettant la négociation

La négociation peut avoir libre cours dans le cadre des procédures passées selon une procédure adaptée. Les acheteurs peuvent recourir à la procédure dite « adaptée » pour les achats de fournitures, de services et de travaux passés en application de l'article R 2123-1 -1° du code de la commande publique (CCP) dont le montant est inférieur aux seuils de procédures formalisées ci-après, en vigueur depuis le 1^{er} janvier 2020 :

- marchés de fournitures et services passés par les collectivités territoriales et leurs établissements publics : 214 000 € HT ;
- marchés de fournitures et de services passés par l'Etat et ses établissements publics : 139 000 € HT ;
- marchés de fournitures et services passés par les entités adjudicatrices : 428 000 € HT ;
- marchés de travaux : 5 350 000 € HT.

Ces seuils sont mis à jour par la commission européenne tous les deux ans pour tenir compte de la fluctuation des cours monétaires. Ils seront modifiés au 1^{er} janvier 2022.

Sont également concernés par la mise en œuvre d'une procédure adaptée, les marchés de services sociaux et autres services spécifiques, quel que soit leur montant, conformément aux dispositions de l'article R 2123-1-3° dudit code de la commande publique.

En outre, certains services juridiques sont concernés avec des dispositions allégées notamment au niveau de la publicité. Le 4° de l'article R 2123-1 du code de la commande publique prévoit la possibilité, quelle que soit la valeur estimée du besoin, de passer un marché selon une procédure adaptée pour les marchés ayant pour objet, un ou plusieurs des services juridiques suivants :

- a) Services juridiques de représentation légale d'un client par un avocat dans le cadre d'une procédure juridictionnelle,
- b) Services de consultation juridique fournis par un avocat en lien avec une procédure contentieuse.

Pour ces marchés passés selon une procédure adaptée, l'acheteur est libre, sous réserve de respecter les principes fondamentaux de la commande publique, de choisir le mode de négociation le plus pertinent.

En procédure formalisée, la négociation est encadrée par la procédure elle-même. C'est le cas de la procédure avec négociation, prévue par l'article L 2124-3 du code de la commande publique, procédure par laquelle un pouvoir adjudicateur négocie les conditions du marché public avec un ou plusieurs opérateurs économiques autorisés à participer aux négociations.

- **Cas particulier** : les marchés passés sans publicité ni mise en concurrence en application des articles R 2122-1 à 11 du code de la commande publique

- Il s'agit des **cas des marchés sans publicité ni mise en concurrence préalables**, c'est-à-dire des marchés qui ne peuvent être passés qu'avec un prestataire déterminé dans les cas limitativement énumérés aux dits articles.
- Ces marchés peuvent également faire l'objet d'une négociation.

POURQUOI UN GUIDE SUR LA NÉGOCIATION DES MAPA ?

Facteur de l'efficacité de la commande publique, la négociation est une technique d'achat qui nécessite un apprentissage progressif et encadré.

Les objectifs de la négociation :

- « Optimiser la commande »
- « Trouver une offre acceptable »
- « Assurer le bon usage des deniers publics »

.I...

EXTRAITS

VIII – CONCLUSION

Le négociateur du futur

Alors que faire pour demain ? Quelle procédure, quelle posture, quelle méthode et/ou quelle organisation sont à trancher afin de pouvoir se dire « ce que j'ai proposé puis mis en place est la solution pour ma collectivité » ? Car l'élément essentiel de la mise en place d'un processus de négociation doit avant tout résulter d'une volonté interne, proposée par l'administration aux élus pour décision aux fins de mise en œuvre.

En effet, point de résultat si point de volonté, cela signifie que, tout comme l'analyse du besoin, il faut que l'action soit décidée par les élus puis portée par la direction générale qui pilote puis s'assure de son application.

Evidemment, il conviendra aussi d'adapter ses procédures internes en fonction de sa collectivité et de l'adapter aux pratiques de celle-ci afin de ne pas complexifier ou ajouter des règles qui n'auraient aucun fondement juridique et/ou obligatoire. Cela signifie que le négociateur du futur est un agent se sentant soutenu et ayant pleine connaissance de ses délégations et donc de ses pouvoirs. Il n'a plus peur désormais de se former et de parfaire ses compétences et capacité à la négociation. Il sait qu'il peut voyager et rencontrer ses homologues du secteur privé car aujourd'hui, après de nombreuses années d'incertitudes, la négociation est enfin une phase autorisée et conseillée de l'acte d'achat.

En conclusion de ce guide, il convient de rappeler que la commande publique est un domaine pour lequel son principal acteur, *l'acheteur public*, enfin nommé comme tel dans les textes depuis le décret des marchés publics publié au Journal Officiel du 27 mars 2016, est non seulement un métier singulier mais aussi qu'il a la particularité d'être constamment en mouvement et qu'il permet d'avoir une vision globale et transversale de l'action publique étant donné les rares exceptions aux principes de la commande publique. Ce même mouvement qui désormais réconcilie l' *homo œconomicus* et l' *homo juridicus*, au service de l'action publique.

IX – LES ANNEXES A UTILISER POUR LA NÉGOCIATION DES MAPA

Les annexes qui suivent sont destinées à faciliter les négociations.

Bien entendu, elles doivent être adaptées en fonction de l'objet et des différents éléments du marché concerné.

- Annexe I : Traitement des offres hors délais, irrégulières, inacceptables, inappropriées ou anormalement basses
- Annexe II : Grille de négociation d'un achat de matériel
- Annexe III : Grille de négociation d'un marché d'études
- Annexe IV : Grille de négociation d'un marché de maîtrise d'œuvre
- Annexe V : Conseils et recommandations aux personnes participant à une réunion de négociation
- Annexe VI : Lettre invitant à une négociation par écrit
- Annexe VII : Lettre invitant à une réunion de négociation
- Annexe VIII : Note d'information remise aux candidats à l'issue de la réunion de négociation
- Annexe IX : Feuille de présence
- Annexe X : Annexe à l'acte d'engagement relative aux modifications apportées par le candidat à son offre initiale après négociation
- Annexe XI : Bilan de la négociation

ANNEXE V : CONSEILS ET RECOMMANDATIONS AUX PERSONNES PARTICIPANT A UNE RÉUNION DE NÉGOCIATION

Conseils et recommandations aux personnes participant à une réunion de négociation

 **PREAMBULE** : une grille doit être préparée pour la réunion de négociation à intervenir avec chaque candidat invité à négocier, à partir des appréciations figurant sur le tableau d'analyse avant réunion de négociation.

1 - Accueil du candidat

2 - Présentation des participants

- chaque membre se présente

3 - Rappel de l'organisation de la réunion de négociation et de la répartition des rôles:

- soit par le service commande publique ou le service marchés, s'il participe
- soit par la personne ou « leader » désigné par le représentant du pouvoir adjudicateur

- **Rappel du temps total imparti** (noter l'heure du début de la réunion de négociation)

- **Rappel du courrier de négociation et du fait que la négociation porte sur tous les éléments de l'offre, y compris le prix**

- **Insister sur le fait que la négociation doit permettre d'améliorer l'offre dans toutes ses composantes : financière, technique...** (ne pas indiquer aux candidats le montant de l'offre la plus basse, possibilité le cas échéant, d'indiquer à un candidat si son offre financière est très élevée)

4 - Présentation par le candidat de l'équipe dédiée, expériences, références et compétences - échanges avec le candidat

5 - Présentation synthétique par le candidat de son offre au niveau technique et méthodologique par exemple :

- Cohérence du nombre de jours pour chacune des phases
- Organisation de l'exécution des prestations
- Calendrier

6 - Questions réponses avec le candidat sur tous les points à éclaircir, les points négatifs ainsi que sur les éléments à préciser ou confirmer : ne pas hésiter à reformuler ou faire reformuler

7- Examen de l'offre financière en cohérence avec, par exemple,

- le nombre de jours
- le prix de journée
- la qualité de l'intervenant

(Rappeler au candidat le temps restant 15 mn avant la fin de la réunion de négociation)

8 - Clôture de la réunion de négociation en rappelant au candidat :

-l'obligation de confirmation par écrit de l'ensemble des éléments sur lesquels la négociation a porté (à rappeler)

- L'adresse du service destinataire de la nouvelle offre ou des éléments de réponse, ainsi que **la date et l'heure limite de réception des documents** qui sont à transmettre sur la plateforme de dématérialisation

- Concernant le prix : il est conseillé de remettre à chaque candidat une nouvelle DPGF ou un bordereau des prix unitaires avec un détail estimatif vierge.

L'attestation de présence doit être signée par les représentants du candidat ainsi que par les représentants du pouvoir adjudicateur.

- Conseils importants :

- Ne pas oublier que la négociation se prépare dès la définition des besoins.
- Bien définir le rôle des participants
- Bien préparer la négociation : connaissance du marché, définition des enjeux, définition des objectifs, inventaire des points forts et des points faibles des offres, définition des éléments à négocier.
- Respecter l'égalité de traitement des candidats.
- Un P.V. de la réunion de négociation ou la grille de négociation complétée par le service opérationnel doit en retracer le déroulement afin d'assurer la traçabilité de la négociation.
- Le rapport et le tableau d'analyse doivent retracer l'analyse des offres avant et après négociation.
- Une évaluation de la démarche de négociation est à effectuer.



Ne pas oublier : Les agents du pouvoir adjudicateur doivent être impartiaux et éviter toute forme d'agressivité vis-à-vis du candidat.

ANNEXE VI : LETTRE INVITANT A UNE NÉGOCIATION PAR ÉCRIT

[timbre de l'acheteur]

 Si l'offre n'est pas conforme au CCTP voire au CCAP ou ne répond que partiellement au besoin, il est conseillé, préalablement à l'engagement de la négociation, d'adresser au candidat une demande de précisions (OUV 6) et de lui indiquer que sans réponse de sa part, son offre pourrait être déclarée irrégulière.
Toutefois, il est possible d'adresser un seul courrier au candidat :
- d'une part, pour lui demander des précisions sur son offre,
- d'autre part, pour l'inviter à négocier.

Objet : Marché passé selon une procédure adaptée/Mission...../Négociation

Madame, Monsieur le Directeur,

Dans le cadre de la consultation citée en objet, vous avez remis une offre et je vous en remercie.

Comme indiqué dans la lettre de consultation (ou le règlement de consultation), je vous informe qu'après analyse des propositions au vu des critères de jugement des offres, je souhaite engager une négociation avec votre société.

A ce titre, il vous est proposé d'améliorer votre proposition au niveau de la valeur technique (*citer les autres critères concernant la consultation, par exemple, la qualité environnementale*) et d'apporter les précisions que vous jugerez utiles sur les points suivants du mémoire technique :
Exemple pour un marché d'études - la pertinence et la justification du nombre de jours affectés aux missions 1 et 3.

Vous êtes également invité à améliorer votre offre financière.

Votre réponse fera l'objet d'une note complémentaire à votre mémoire technique et ne devra pas comporter plus de 2 à 4 pages (*nota : il est également possible de demander aux candidats d'adresser leur offre finale en intégralité*).

NOTA : les modalités de dépôt dépendent du montant estimé du marché :

- Marchés inférieurs à 40 000 € HT

Votre proposition complémentaire devra être remise par courriel au plus tard le avant ... heures, date et heure limites de réception des offres à l'adresse suivante et être confirmée par courrier adressé à :

Pouvoir adjudicateur
A l'attention de
Adresse

- Marchés supérieurs à 40 000 € HT

Votre proposition complémentaire devra être déposée sur le profil acheteur au plus tard le avant ... heures, date et heure limites de réception des offres à l'adresse suivante :

Adresse de la plateforme de dématérialisation à préciser

Je vous précise que sans réponse de votre part dans les délais prévus, le pouvoir adjudicateur considérera que vous maintenez votre proposition initiale.

Enfin, pour tous renseignements, vous pourrez vous adresser auprès de :

Renseignements administratifs :

Tél :

Courriel :

Je me tiens à votre disposition pour tous renseignements complémentaires, et vous prie d'agréer, Madame, Monsieur le Directeur, l'assurance de ma considération distinguée.

Le représentant de l'acheteur,