

FICHE

La procédure avec négociation

La procédure avec négociation¹ est une procédure formalisée², contrairement à la procédure sans publicité ni mise en concurrence qui ne répond plus à cette qualification depuis l'ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics. Les acheteurs peuvent avoir recours à la procédure avec négociation lorsque le montant du marché public est égal ou supérieur au seuil européen.

La procédure avec négociation est définie à [l'article L. 2124-3](#) du code de la commande publique (CCP). Elle est la procédure par laquelle l'acheteur négocie les conditions du marché avec un ou plusieurs opérateurs économiques. Pour les pouvoirs adjudicateurs, elle ne peut être mise en œuvre que dans certaines hypothèses limitativement énumérées à [l'article R. 2124-3](#) du code précité. Le pouvoir adjudicateur doit pouvoir justifier que les conditions de recours à ces procédures, qui s'interprètent strictement³, sont remplies⁴. A défaut, le marché est entaché d'une nullité que le juge est tenu de soulever d'office⁵. Les entités adjudicatrices peuvent, quant à elles, y recourir librement, ainsi que le prévoit [l'article R. 2124-4](#) du CCP.

La présente fiche ne traite pas des autres cas de recours à la procédure négociée dans lesquels une négociation est possible et donne lieu à certaines modalités différentes de mise en œuvre, à savoir les marchés de défense et de sécurité, les marchés de maîtrise d'œuvre et, les partenariats d'innovation⁶. La première partie de cette fiche, relative aux hypothèses de recours à la procédure avec négociation, ne s'adresse qu'aux pouvoirs adjudicateurs. La seconde partie, relative au déroulement de la procédure, concerne l'ensemble des acheteurs, pouvoirs adjudicateurs et entités adjudicatrices. A cet égard, il convient de préciser que le codificateur a choisi de retenir une seule et même appellation pour cette procédure dont certaines règles de mise en œuvre diffèrent selon qu'elle est mise en œuvre par un pouvoir adjudicateur ou par une entité adjudicatrice (délais de réception des candidatures notamment)⁷.

¹ Qui recouvre les anciennes « procédure concurrentielle avec négociation » et « procédure négociée avec mise en concurrence préalable respectivement applicables aux pouvoirs adjudicateurs et aux entités adjudicatrices sous l'empire de l'ordonnance n° 2015-899 relative aux marchés publics.

² Cf [article L. 2124-1](#) du code de la commande publique.

³ [CJCE, 14 septembre 2004, Commission c/ République Italienne, Aff. C-385/02](#), pts. 19 et 37.

⁴ [CJUE, 27 octobre 2011, Commission c. République Hellénique, Aff. C-601/10](#), pt. 32.

⁵ [CE, 28 juillet 2000, Jacquier, n° 202792](#).

⁷ Comme la directive 2014/24/UE et la directive 2014/25/UE, l'ordonnance n° 2015-899 abrogée et son décret d'application n° 2016-360 qui les transposaient avant l'entrée en vigueur du code de la commande publique distinguaient la procédure concurrentielle avec négociation, applicable aux pouvoirs adjudicateurs, et la procédure négociée avec mise en concurrence préalable, applicable aux entités adjudicatrices. Les règles applicables aux deux types d'acheteurs ne sont pas identiques mais l'emploi d'une dénomination commune à leur endroit est sans incidence.

1. Les hypothèses de recours à la procédure avec négociation

Conformément à [l'article R. 2124-3](#) du code de la commande publique, les pouvoirs adjudicateurs peuvent utiliser la procédure avec négociation dans des hypothèses limitativement énumérées. Ce n'est que si les conditions posées à cet article sont remplies que le pouvoir adjudicateur peut recourir à une procédure avec négociation⁸.

1.1. Lorsque le besoin ne peut être satisfait sans adapter des solutions immédiatement disponibles (1° de l'article R. 2124-3)

La négociation est possible dans tous les cas où le besoin ne peut pas être satisfait sans adapter les solutions immédiatement disponibles.

Il en va ainsi lorsque les travaux ne concernent pas des bâtiments standards. De même, le pouvoir adjudicateur peut avoir recours à la procédure avec négociation pour des achats de fournitures et de services lorsque ces derniers nécessitent des efforts d'adaptation.

De tels efforts d'adaptation peuvent être particulièrement nécessaires dans le cas d'acquisitions complexes, comme l'achat de produits sophistiqués et de services intellectuels, tels que certains services de conseil, d'architecture ou d'ingénierie, ou dans l'hypothèse de projets majeurs relevant du domaine des technologies de l'information et de la communication⁹.

Lorsque les travaux, produits ou services objets du marché sont disponibles immédiatement sans adaptation et peuvent être fournis par de nombreux opérateurs économiques, ils ne se prêtent pas au recours à la procédure avec négociation. Cette procédure ne pourra donc pas être mise en œuvre pour les achats « sur étagère » de produits, de services ou de travaux¹⁰, c'est-à-dire standardisés, non spécifiquement conçus pour les besoins d'un marché en particulier¹¹.

Un marché public qui se réfère au cahier des clauses administratives générales relatif aux marchés publics de fournitures courantes et de services (CCAG-FCS) ne porte pas automatiquement sur un produit « sur étagère ».

Le recours à la procédure avec négociation n'est pas automatique dès que le pouvoir adjudicateur définit les prestations à réaliser par référence à des spécifications techniques. Une analyse au cas par cas doit être menée en fonction de la prestation à réaliser et du secteur d'achat.

La circonstance qu'un marché public comprenne un cahier des clauses techniques particulières (CCTP), par lequel le pouvoir adjudicateur précise des spécifications techniques, ne permet pas à ce dernier de recourir automatiquement à une procédure avec négociation.

1.2. Lorsque le besoin consiste en une solution innovante (2° de l'article R. 2124-3)

Dans certaines hypothèses, le pouvoir adjudicateur passe des marchés publics portant sur des prestations d'une nature telle qu'aucune solution ne peut être adaptable au sens du 1° de [l'article R. 2124-3](#) du CCP. Le besoin porte en réalité sur des solutions innovantes.

Aux termes du 2° de [l'article R. 2124-3](#) du CCP, sont innovants « les travaux, fournitures ou services nouveaux ou sensiblement améliorés. Le caractère innovant peut consister dans la mise en œuvre de nouveaux procédés de production

⁸ Conformément à [l'article R. 2124-5](#) du CCP, les conditions de recours sont les mêmes que celles du recours au dialogue compétitif. Le pouvoir adjudicateur décide de la procédure à mettre en œuvre au regard des circonstances d'achat et des avantages de chacune des procédures. La procédure du dialogue compétitif fait l'objet d'une autre fiche technique.

⁹ Cons. 43 de la directive 2014/24/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 sur la passation des marchés publics précitée.

¹⁰ A titre d'exemple, la fourniture de bâtiments modulaires peut constituer un besoin pouvant être satisfait sans adapter des solutions immédiatement disponibles, dès lors que cette prestation ne nécessite pas d'ajustements aux contraintes du pouvoir adjudicateur.

¹¹ [Rép. min. n° 15484, 9 juillet 2015, JO Sénat, p. 1672.](#)

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 ».

Le pouvoir adjudicateur peut avoir recours à la procédure avec négociation sur le fondement de l'article R. 2124-3 si des prestations innovantes répondant à son besoin sont disponibles sur le marché. Si elles n'existent pas encore, il peut alors conclure un partenariat d'innovation conformément aux articles R. 2172-20 et suivants du CCP.

1.3. Lorsque le marché comporte des prestations de conception (3° de l'article R. 2124-3)

Le pouvoir adjudicateur peut avoir recours à une procédure avec négociation lorsqu'il passe un marché public qui a pour unique objet des prestations de conception ou qui en comporte.

Cette procédure pourra ainsi être utilisée dans le cadre de marchés de conception-réalisation prévus à l'article L. 2171-2 du code de la commande publique ou de marchés incluant de la conception tels que des marchés de travaux ou de services d'ingénierie¹².

1.4. Lorsque le marché ne peut être attribué sans négociation préalable du fait de circonstances particulières liées à sa nature, à sa complexité ou au montage juridique et financier ou en raison des risques qui s'y rattachent (4° de l'article R. 2124-3)

La négociation peut s'avérer nécessaire pour l'attribution d'un marché en raison d'éléments liés à sa nature, à sa complexité ou au montage juridique et financier, ou en raison des risques qui s'y rattachent.

Les circonstances particulières liées à la nature du marché peuvent justifier le recours à la procédure avec négociation. Un parallèle peut être fait avec l'article 35 (I 4°) de l'ancien code des marchés publics.

Ex: Il a été jugé, sous l'empire de l'ancien code des marchés publics, que la nature et les aléas des prestations de logistique et de maintenance des avions des Douanes, eu égard à leur destination et aux conditions de leurs interventions, soulèvent des difficultés techniques atypiques, en raison des modifications substantielles, liées aux missions confiées, notamment dues à la mise en place d'équipements spéciaux, et des pannes et avaries spécifiques aux avions des Douanes, en raison de problèmes de corrosion liés au vol à basse altitude au-dessus de la mer. Ces difficultés ne permettant pas de répartir les prix entre prix forfaitaires et prix hors forfait et de fixer de manière préalable et globale les prix du marché, elles constituent un cas exceptionnel rendant nécessaire une négociation avec les candidats pour déterminer ces prix, après publicité et mise en concurrence¹³.

La complexité peut être technique. Elle peut découler soit de l'impossibilité pour le pouvoir adjudicateur d'établir les spécifications techniques en termes de fonctionnalités ou de performances, soit de son incapacité à déterminer laquelle des solutions envisageables est la mieux à même de répondre à ses besoins, sans un investissement très important de sa part pour acquérir les connaissances nécessaires, en raison de l'absence de précédent, de la haute technicité des prestations ou de la diversité des solutions pouvant répondre à son besoin. L'ampleur d'un projet ou son caractère inédit peuvent constituer des indices de complexité justifiant le recours à la procédure avec négociation¹⁴.

¹² Cons. 43 de la directive 2014/24/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 sur la passation des marchés publics précitée.

¹³ TA Montreuil, 6 novembre 2012, *Société Sabena Technics DNR*, n° 1208326.

¹⁴ Par analogie, des jurisprudences relatives au recours au dialogue compétitif : CE, 11 mars 2013, *Assemblée des chambres françaises de commerce et d'industrie*, n° 364551 ; CAA Paris, 3 avril 2014, *Association « La Justice dans la Cité »*, n° 13PA02769, confirmé par CE, 15 octobre 2014, *« Association La justice dans la Cité »*, n° 380918.

Ex. : Le caractère complexe de la construction d'une piscine municipale n'a pas été reconnu compte-tenu de la faculté dont la commune disposait d'établir des spécifications techniques en terme de fonctionnalité ou de performance, en l'absence de particularité suffisante du projet¹⁵.

La complexité juridique et financière peut se présenter pour la réalisation d'un projet comportant un financement complexe et structuré dont le montage juridique et financier ne peut être prescrit à l'avance. Elle doit être déduite du projet en lui-même.

Le pouvoir adjudicateur a une obligation de diligence : il doit établir qu'en raison de la nature du projet, il ne lui est pas possible, par des moyens raisonnables, de définir le montage juridico-financier. Il peut en être ainsi dans le cadre de montages de grande ampleur (infrastructures routières ou ferroviaires, par exemple) ou lorsque le pouvoir adjudicateur souhaite que l'opérateur qui restructure un équipement public lui propose des solutions de valorisation du terrain support de l'opération.

De même, la complexité juridique d'un projet peut résulter de la difficulté du pouvoir adjudicateur à prévoir quels risques sont prêts à accepter les opérateurs économiques¹⁶.

Ex. : Par analogie, le recours au dialogue compétitif a été jugé légal pour la passation d'un marché de fourniture, d'hébergement, d'assistance, de formation et de maintenance de la place des marchés interministérielle permettant la dématérialisation en raison de l'impossibilité pour l'Etat de définir seul et à l'avance l'ensemble des moyens techniques pouvant répondre à ses besoins, ni le montage juridique et financier pour acquérir la maîtrise et la propriété de l'outil informatique à développer, assurant sa parfaite réversibilité en cas de choix d'un autre opérateur à l'issue du marché¹⁷.

1.5. Lorsque le pouvoir adjudicateur n'est pas en mesure de définir les spécifications techniques avec une précision suffisante en se référant à une norme, une évaluation technique européenne, une spécification technique commune ou un référentiel technique (5° de l'article R. 2124-3)

Lorsqu'il passe un marché public, le pouvoir adjudicateur doit, en principe, définir les caractéristiques requises des travaux, des services ou des fournitures qui font l'objet du marché selon des spécifications techniques¹⁸.

Dans certaines hypothèses, le pouvoir adjudicateur n'est cependant pas en mesure de définir avec une précision suffisante ces spécifications techniques dès le stade de l'élaboration des pièces du contrat.

Les travaux, services et fournitures peuvent faire l'objet d'une procédure avec négociation dès lors que leur nature particulièrement complexe ne permet pas au pouvoir adjudicateur de définir avec une précision suffisante les spécifications techniques.

L'article 35 (I 2°) de l'ancien code des marchés publics, qui limitait le recours à la procédure avec négociation en raison des difficultés de définition des spécifications techniques aux seuls marchés de services, mentionnait à titre d'exemples les services financiers tels que les services d'assurance, bancaires et d'investissement, et les prestations intellectuelles telles que la conception d'ouvrage¹⁹.

Ex : La conclusion d'un marché négocié sur le fondement de l'ancien article 35-I 2° du code des marchés publics n'a pas été jugée justifiée :

¹⁵ CAA Lyon, 2 janvier 2014, *Conseil régional de l'ordre des architectes d'Auvergne et Bouesnard*, n° 12LY02827.

¹⁶ Fiche « *Urgence, complexité et efficacité économique* » de la Mission d'appui aux partenariats public-privé (MAPPP).

¹⁷ TA Paris, ordonnance, 10 janvier 2008, *Société Achatpublic.com*, n° 0720012.

¹⁸ *Art. R. 2111-4 et suivants* du CCP. .

¹⁹ Ancien 2° du I de l'Art. 35 du code des marchés publics.

- lorsque le pouvoir adjudicateur n'invoque aucune difficulté particulière relative au nouveau marché de maîtrise d'œuvre, qui a d'ailleurs le même objet que le marché précédemment résilié, comporte des missions équivalentes et a déjà fait l'objet d'une estimation réévaluée à la date de la résiliation²⁰ ;
- lorsque les spécifications du marché d'assurance, conclu aux conditions générales d'une assurance multirisques habitation, peuvent être établies préalablement avec une précision suffisante pour permettre le recours à l'appel d'offres²¹.

1.6. Lorsque, dans le cadre d'un appel d'offres, seules des offres irrégulières ou inacceptables, au sens des articles [L. 2152-2](#) et [L. 2152-3](#) du CCP, ont été présentées pour autant que les conditions initiales du marché public ne soient pas substantiellement modifiées (6° de l'article R. 2124-3)

Dans le cadre d'un appel d'offres, lorsqu'il n'est déposé que des offres irrégulières ou inacceptables que le pouvoir adjudicateur est tenu de rejeter, la consultation peut être déclarée sans suite pour cause d'infructuosité²².

Si le pouvoir adjudicateur décide de déclarer la procédure sans suite pour cause d'infructuosité, il choisit alors en toute opportunité entre l'organisation d'une nouvelle procédure d'appel d'offres et le recours à la procédure avec négociation ou le dialogue compétitif.

Le pouvoir adjudicateur pouvant s'inspirer, en procédure adaptée, des procédures formalisées, l'infructuosité de la procédure de passation d'un marché conclu selon la procédure adaptée peut justifier le recours à une procédure négociée avec publicité et mise en concurrence préalables. Cela n'a cependant d'intérêt que si la procédure adaptée lancée initialement ne prévoit pas de recours à la négociation. En effet, si la procédure adaptée initiale permet la négociation, l'acheteur peut toujours admettre à la négociation les candidats ayant remis une offre irrégulière ou inacceptable sans les éliminer d'emblée²³.

1.6.1. Offre irrégulière et offre inacceptable

Aux termes de l'article [L.2152-2](#) du CCP, une offre irrégulière est une offre qui ne respecte pas les exigences formulées dans les documents de la consultation, en particulier parce qu'elle est incomplète, ou qui méconnaît la législation applicable notamment en matière sociale et environnementale.

Conformément à l'article [L. 2152-3](#) du même code, une offre inacceptable est une offre dont le prix excède les crédits budgétaires alloués au marché tels qu'ils ont été déterminés et établis avant le lancement de la procédure.

Les notions d'offres irrégulières et inacceptables font l'objet d'un développement dans la [fiche technique « Examen des offres »](#).

1.6.2. La déclaration sans suite pour cause d'infructuosité doit être justifiée.

La légalité de la décision de rejet des offres irrégulières ou inacceptables et de la déclaration sans suite pour cause d'infructuosité conditionne celle du recours à la procédure avec négociation²⁴.

²⁰ [CAA Douai, 4 octobre 2012, Agence Nathalie A, n° 11DA01878.](#)

²¹ [CAA Bordeaux, 6 février 2007, Office public d'aménagement et de construction de la communauté urbaine de Bordeaux, n° 04BX00663.](#)

²² Les conséquences d'une déclaration sans suite pour cause d'infructuosité ne sont pas identiques à celles d'une déclaration sans suite pour une ou des raisons autres que celles liées à l'infructuosité de la procédure d'attribution : voir la fiche technique « L'abandon de la procédure »

²³ Art. [R. 2152-1](#) du CCP ; Sous l'ancien code des marchés publics : [CE, 30 novembre 2011, Ministère de la défense et des anciens combattants c/ EURL Qualitech, n° 353121.](#)

²⁴ [CAA Bordeaux, 10 juillet 2014, Commune de Kourou, n° 14BX00439.](#)

Le juge administratif exerce un contrôle de l'erreur manifeste d'appréciation sur la décision de déclarer la procédure infructueuse²⁵. Il s'assure que la première consultation a été lancée dans des conditions devant normalement assurer sa réussite²⁶ ou que la déclaration sans suite pour cause d'infructuosité n'est pas fondée sur des motifs étrangers aux résultats de l'appel d'offres²⁷. Le pouvoir adjudicateur ne doit porter aucune responsabilité dans l'échec de la procédure.

Ex : Une déclaration sans suite pour cause d'infructuosité est irrégulière et ne peut ouvrir la possibilité de recourir à la procédure avec négociation :

- lorsque le coût estimé de la prestation a été fixé de manière irréaliste par le pouvoir adjudicateur, aboutissant à l'existence d'un écart de 70% entre l'estimation et l'offre la moins-disante²⁸ ou au dépôt d'offres toutes supérieures de plus de 60% à l'estimation²⁹;
- lorsque l'imprécision du règlement de la consultation ne peut manquer de provoquer des difficultés et des erreurs d'analyse des offres, puisqu'il se borne à demander aux candidats de proposer des rabais sur les tarifs réglementaires de transport sanitaire et à fournir une estimation du montant global annuel, qui s'avère inférieure au montant facturé dans le cadre du précédent marché³⁰.

1.6.3. La négociation ne doit pas modifier substantiellement les conditions initiales du marché.

Les modalités de négociation sont librement fixées par le pouvoir adjudicateur, à condition de respecter les principes d'égalité de traitement des candidats et de transparence des procédures.

Lorsque la procédure initiale a été déclarée infructueuse pour un motif tenant au niveau trop élevé des prix des offres, le pouvoir adjudicateur peut se limiter à demander aux candidats de réviser leurs prix à la baisse³¹.

Seules les modifications de nature substantielle par rapport aux conditions initiales du marché sont prohibées³². En revanche, le dossier de consultation initial peut être adapté pour tenir compte des résultats de la première consultation ou être corrigé afin de prendre en compte les propositions faites par les candidats lors de la négociation³³.

Cependant, la négociation ne doit pas avoir pour effet d'altérer de manière substantielle l'objet ou les conditions initiales de réalisation du marché, sauf à rendre la procédure irrégulière. A titre d'exemple, les modifications affectant le fractionnement en tranches, les clauses de variation des prix, les délais d'exécution, les pénalités de retard, les garanties de bonne exécution ou l'introduction d'une variante non-autorisée peuvent être considérées comme substantielles.

Ex : La procédure négociée sur le fondement de l'article 35-I 1° de l'ancien code des marchés publics a été jugée irrégulière lorsque, lors de la négociation :

- le pouvoir adjudicateur a invité les candidats à proposer un prix unitaire, alors que le règlement de la consultation initiale prévoyait un prix forfaitaire global³⁴ ;
- le pouvoir adjudicateur a apporté d'importantes modifications au projet initial, dans le seul but de justifier l'attribution du marché à une entreprise³⁵.

²⁵ CE, 3 octobre 2012, *Département des Hauts-de-Seine*, n° 359921.

²⁶ CE, 29 décembre 1997, *Préfet de Seine-et-Marne*, n° 160686.

²⁷ CE, 13 janvier 1995, *Chambre de commerce et d'industrie de la Vienne*, n° 68117.

²⁸ CE, 29 décembre 1997, *Préfet de Seine-et-Marne c. OPAC de Meaux*, préc.

²⁹ CAA Versailles, 16 juin 2005, *Commune de Franconville-la-Garenne*, n° 02VE03350.

³⁰ CAA Bordeaux, 6 novembre 2008, *Centre hospitalier Saint-Nicolas-de-Blaye*, n° 07BX01245.

³¹ CE, 27 mars 2015, *Société Groupe Progard France*, n° 386862 ; CE, 11 août 2009, *Société V'al'Horizon*, n° 325465.

³² CAA Marseille, 24 février 2014, *Société Autocars Rignou*, n° 11MA02562.

³³ CE, 12 mars 1999, *Entreprise Porte*, n° 171293 ; CAA Douai, 28 janvier 2016, *Commune de Saint-Leu d'Esserent*, n° 14DA00039.

³⁴ CE, 25 juillet 2001, *Commune de Gravelines*, n° 229666.

³⁵ CE, 5 décembre 1994, *Commune du Vésinet*, n° 131680.

1.6.4. Le pouvoir adjudicateur n'est pas tenu de publier un avis de marché s'il ne fait participer à la procédure que le ou les soumissionnaires qui ont présenté des offres conformes aux exigences relatives aux délais et modalités formelles de l'appel d'offres.

Le pouvoir adjudicateur est dispensé de procéder à une nouvelle mesure de publicité s'il ne fait participer à la négociation que le ou les candidats qui, lors de la procédure antérieure, ont soumis des offres conformes aux exigences relatives aux délais et modalités formelles de l'appel d'offres.

Les opérateurs dont la candidature a été rejetée et qui doivent être regardés comme n'ayant déposé aucune offre n'ont pas à être admis à la négociation³⁶.

Les exigences relatives aux modalités formelles de la procédure d'appel d'offres doivent être distinguées des exigences posées par les documents de la consultation. Si le candidat n'a pas respecté l'une des obligations résultant de la procédure d'appel d'offres ouvert ou restreint, telles que les délais de réception des candidatures et des offres ou les modalités d'envoi de ces dernières, son offre n'est pas conforme.

Ex : Le pouvoir adjudicateur ne peut pas, sans mesure de publicité préalable, négocier avec un groupement composé d'un candidat ayant participé à la consultation initiale et d'un nouveau candidat³⁷.

Dans le cadre d'un accord-cadre multi-attributaire passé selon une procédure d'appel d'offres, si la remise en concurrence d'un marché subséquent n'a donné lieu qu'à des offres irrégulières ou inacceptables, le pouvoir adjudicateur peut négocier et n'a pas à procéder à une mesure de publicité puisque seuls les titulaires de l'accord-cadre doivent être consultés³⁸.

2. Les principales spécificités de la procédure avec négociation

La procédure avec négociation est une procédure formalisée. Elle doit donc respecter les dispositions auxquelles sont soumises toutes les procédures formalisées, en plus des dispositions particulières qui lui sont applicables.

Les principales étapes de la procédure avec négociation sont prévues aux articles R. 2161-12 à R. 2161-20 du CCP pour les pouvoirs adjudicateurs et R. 2161-21 à R. 2161-23 du CCP pour les entités adjudicatrices. .

2.1. La publicité

Conformément à l'article [R. 2131-16](#) du CCP, les marchés passés selon une procédure avec négociation doivent faire l'objet, lorsqu'ils sont passés par l'Etat, ses établissements publics autres qu'à caractère industriel et commercial ainsi que par les collectivités territoriales, leurs établissements publics et leurs groupements, d'un avis de marché dans le BOAMP et au JOUE. Lorsqu'ils sont passés par les autres acheteurs, l'avis de marché est publié au JOUE. Cet avis est établi conformément au modèle européen³⁹.

L'avis de marché peut être complété par une publicité supplémentaire sur un autre support. Elle peut ne comporter que certains des renseignements figurant dans l'avis de marché à condition qu'elle indique les références de cet avis⁴⁰.

L'avis de marché peut être précédé, voire remplacé, par un avis de pré-information ou un avis périodique indicatif lorsque le marché n'est pas passé par une autorité publique centrale dont la liste est publiée en annexe du code de la commande publique. L'acheteur peut utiliser un avis de pré-information ou un avis périodique indicatif pour lancer un appel à la concurrence si l'avis:

³⁶ [CE, 3 octobre 2012, Département des Hauts-de-Seine, n° 359921.](#)

³⁷ [CAA Bordeaux, 15 juillet 2008, Département du Gers, n° 06BX01419.](#)

³⁸ [Rép. min. n° 25591, JO Sénat, 1^{er} mars 2007, p.459.](#)

³⁹ [Art. R. 2131-17](#) du CCP.

⁴⁰ [Art. R. 2131-18](#) du CCP.

- fait référence spécifiquement aux travaux, aux fournitures ou aux services qui feront l'objet du marché à passer ;
- mentionne que ce marché sera passé selon une procédure avec négociation sans publication ultérieure d'un avis d'appel à la concurrence et invite les opérateurs économiques intéressés à manifester leur intérêt ;
- est envoyé pour publication entre 35 jours et 12 mois avant la date d'envoi de l'invitation à confirmer l'intérêt⁴¹.

L'avis de pré-information ou l'avis périodique indicatif n'est pas publié sur un profil d'acheteur. Toutefois, une publication supplémentaire peut être réalisée sur un profil d'acheteur, dans les conditions prévues aux articles [R. 2131-19](#) et [R. 2131-20](#) du CCP⁴².

Lorsque l'appel à concurrence est effectué au moyen d'un avis de pré-information ou d'un avis périodique indicatif, l'acheteur invite simultanément et par écrit tous les opérateurs économiques qui ont manifesté leur intérêt à le confirmer en mentionnant les informations détaillées relatives au marché en question telles que précisées par l'article [R. 2131-11](#) du code de la commande publique⁴³.

L'invitation à confirmer l'intérêt doit ainsi contenir au minimum les renseignements suivants :

- la nature et la quantité des prestations demandées.. Dans le cas de marchés renouvelables, l'invitation indique la nature, la quantité et, si possible, une estimation du délai dans lequel l'acheteur procédera à la publication des avis d'appel à la concurrence ultérieurs pour le renouvellement des marchés ;
- la procédure utilisée, à savoir la procédure avec négociation ;
- le cas échéant, la date de commencement ou d'achèvement de l'exécution du marché ;
- l'adresse du profil d'acheteur sur lequel les documents de la consultation sont mis à disposition des candidats. Si tel n'est pas le cas, pour l'un des motifs énoncés aux articles [R. 2132-12](#) et [R. 2132-13](#), et qu'ils ne sont pas disponibles par un autre moyen, ils sont joints à l'invitation ;
- dans les cas où l'accès électronique ne peut être proposé, l'invitation indique l'adresse et la date limite pour le dépôt des demandes visant à obtenir les documents de la consultation ainsi que la ou les langues autorisées pour leur présentation ;
- l'identification et l'adresse du service qui passe le marché ;
- les informations relatives aux capacités professionnelles, techniques et financières exigées des candidats ;
- la forme du marché ;
- les critères d'attribution ainsi que leur pondération ou leur hiérarchisation, si ces renseignements ne figurent pas dans l'avis.

2.2. La procédure de passation

2.2.1. Les exigences minimales que les offres doivent respecter

Conformément à l'[article R. 2161-13](#) du code de la commande publique, les documents de la consultation doivent indiquer les exigences minimales que doivent respecter les offres⁴⁴. Les informations que le pouvoir adjudicateur fournit doivent être suffisamment précises pour permettre aux opérateurs économiques de déterminer la nature et la portée du marché public et de décider de participer à la procédure. Aucune négociation sur ce point n'est autorisée⁴⁵.

⁴¹ Art. [R. 2131-4](#) du CCP.

⁴² Art. [R. 2131-5](#) du CCP.

⁴³ Art. [R. 2131-10](#) du CCP.

⁴⁴ Ces dispositions ne concernent pas les entités adjudicatrices.

⁴⁵ [Art. R. 2161-17](#) du CCP.

2.2.2. Le délai de réception des candidatures

L'acheteur fixe les délais de réception des candidatures en tenant compte de la complexité du marché et du temps nécessaire aux opérateurs économiques pour préparer leur candidature⁴⁶. Les candidatures reçues hors délai sont éliminées⁴⁷. Ces délais ne peuvent être inférieurs aux délais minimaux prévus par le code de la commande publique pour la procédure avec négociation⁴⁸. Ces délais diffèrent selon que la procédure est lancée par un pouvoir adjudicateur ou par une entité adjudicatrice.

2.2.2.1. Pour les pouvoirs adjudicateurs, conformément à l'article [R. 2161-12](#) du code de la commande publique, le délai minimal de réception des candidatures est de 30 jours à compter de la date d'envoi de l'avis de marché ou, lorsque l'appel à la concurrence est effectué au moyen d'un avis de pré-information, à compter de la date d'envoi de l'invitation à confirmer l'intérêt. En cas d'urgence dûment justifiée, ce délai minimal peut être réduit, sans être inférieur à 15 jours à compter de ces mêmes dates.

2.2.2.2. Pour les entités adjudicatrices, le délai minimal de réception des candidatures est de 15 jours à compter de la date d'envoi de l'avis de marché ou, lorsque l'appel à la concurrence est effectué au moyen d'un avis périodique indicatif, à compter de la date d'envoi de l'invitation à confirmer l'intérêt⁴⁹.

2.2.3. Le délai de réception des offres

L'acheteur fixe les délais de réception des offres en tenant compte de la complexité du marché et du temps nécessaire aux opérateurs économiques pour préparer leur offre⁵⁰, notamment lorsque les offres ne peuvent être déposées qu'à la suite d'une visite sur les lieux ou d'une consultation sur place de documents⁵¹. Les offres reçues hors délai sont éliminées⁵². Ces délais ne peuvent être inférieurs aux délais minimaux prévus par le code de la commande publique pour la procédure avec négociation⁵³. Ces délais diffèrent selon que la procédure est lancée par un pouvoir adjudicateur ou par une entité adjudicatrice.

2.2.3.1. Pour les pouvoirs adjudicateurs, conformément à l'article [R. 2161-14](#) du CCP, le délai minimal de réception des offres initiales est de 30 jours à compter de la date d'envoi de l'invitation à soumissionner.

Ce délai minimal peut être ramené à 25 jours si les offres sont ou peuvent être transmises par voie électronique⁵⁴.

Si l'avis de pré-information n'a pas été utilisé comme avis d'appel à la concurrence, le délai minimal de réception des offres peut être ramené à 10 jours si l'avis de pré-information a été envoyé pour publication 35 jours au moins à 12 mois au plus avant la date d'envoi de l'avis de marché et s'il contient les mêmes renseignements que ceux qui figurent dans l'avis de marché, pour autant que ces renseignements soient disponibles au moment de son envoi pour publication⁵⁵.

En cas d'urgence dûment justifiée, ce délai minimal peut être réduit, sans être inférieur à 10 jours à compter de la date d'envoi de l'invitation à soumissionner⁵⁶.

Lorsque certains documents de la consultation ne sont pas publiés sur un profil d'acheteur pour l'une des raisons mentionnées à l'article [R. 2132-5](#) du code de la commande publique, le délai minimal de réception des offres est augmenté de 5 jours, sauf urgence dûment justifiée⁵⁷.

⁴⁶ Art. [R. 2143-1](#) du CCP.

⁴⁷ Art. [R. 2143-2](#) du CCP.

⁴⁸ Art. [R. 2143-1](#) du CCP.

⁴⁹ Art. [R. 2161-21](#) du CCP.

⁵⁰ Art. [R. 2151-1](#) du CCP.

⁵¹ Art. [R. 2151-3](#) du CCP.

⁵² Art. [R. 2151-5](#) du CCP.

⁵³ Art. [R. 2151-2](#) du CCP.

⁵⁴ [Art. R. 2161-15](#) du CCP.

⁵⁵ Cf article précité.

⁵⁶ Article précité.

⁵⁷ [Art. R. 2151-2](#) du CCP.

A l'exception des autorités publiques centrales dont la liste figure en annexe du code de la commande publique, les pouvoirs adjudicateurs peuvent fixer la date limite de réception des offres d'un commun accord avec les candidats sélectionnés, à condition que cette date soit la même pour tous. En l'absence d'accord sur cette date, le délai fixé ne peut être inférieur à 10 jours à compter de l'envoi de l'invitation à soumissionner⁵⁸.

2.2.3.2. Pour les entités adjudicatrices, conformément à l'article [R. 2161-22](#) du CCP, la date limite de réception des offres peut être fixée d'un commun accord avec les candidats sélectionnés, à condition que cette date soit la même pour tous. En l'absence d'accord, le délai fixé par l'entité adjudicatrice ne peut être inférieur à 10 jours à compter de la date d'envoi de l'invitation à soumissionner.

Sauf urgence dûment justifié, ce délai est augmenté de 5 jours lorsque certains documents de la consultation ne sont pas publiés sur un profil d'acheteur pour l'une des raisons mentionnées à l'[article R. 2132-5](#) du CCP⁵⁹.

2.2.3.3. Le délai de réception des offres peut être prolongé lorsqu'un complément d'information, nécessaire à l'élaboration de l'offre, demandé en temps utile par l'opérateur économique, n'est pas fourni au plus tard 6 jours avant la date d'expiration du délai fixé pour la réception des offres ou au plus tard 4 jours avant cette date si le délai de réception est réduit en raison d'une urgence dûment justifiée. Il peut également être prolongé lorsque des modifications importantes sont apportées aux documents de la consultation. La durée de cette prolongation est proportionnée à l'importance des informations ou des modifications⁶⁰.

2.2.4. La sélection des candidats

Conformément à l'article [R. 2142-15](#) du code de la commande publique, l'acheteur peut limiter le nombre de candidats qui seront admis à négocier, à condition que ce nombre soit suffisant pour assurer une concurrence effective. Dans ce cas, il indique, dans l'avis d'appel à la concurrence ou dans l'invitation à confirmer l'intérêt, les critères objectifs et non discriminatoires qu'il prévoit d'appliquer pour sélectionner ces candidats, le nombre minimum de candidats qu'il prévoit d'inviter à négocier et, le cas échéant, leur nombre maximum⁶¹.

Pour les pouvoirs adjudicateurs, ce nombre minimal ne peut être inférieur à trois⁶².

Si le nombre de candidats satisfaisant aux critères annoncés n'atteint pas le minimum prévu par l'acheteur, ce dernier peut poursuivre la procédure avec les candidats ayant les capacités requises⁶³.

2.3. La négociation avec les candidats

Pour les pouvoirs adjudicateurs comme pour les entités adjudicatrices, la négociation n'est pas obligatoire. En effet, l'acheteur peut décider d'attribuer le marché public 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 faire⁶⁴.

Cette possibilité peut 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.

⁵⁸ Art. [R. 2161-16](#) du CCP.

⁵⁹ [Art. R. 2151-2](#) du CCP.

⁶⁰ [Art. R. 2151-4](#) du CCP.

⁶¹ [Art. R. 2142-16](#) du CCP.

⁶² [Art. R. 2142-17](#) du CCP.

⁶³ [Art. R. 2142-18](#) du CCP.

⁶⁴ Articles [R. 2161-17](#) et [R. 2161-23](#) du CCP.

2.3.1 Le déroulement de la négociation

Les règles précisées ci-dessous ne s'appliquent qu'aux pouvoirs adjudicateurs, les articles consacrés aux entités adjudicatrices ne reprenant pas les mêmes dispositions. Les principes de transparence et d'égalité de traitement rendent toutefois nécessaire le respect de certaines de ces règles par les entités adjudicatrices, en particulier celles sur l'information des candidats. Elles demeurent, par ailleurs, libres de s'en inspirer pour la mise en œuvre de leur procédure.

Conformément à l'article [R. 2161-17](#) du CCP, à l'issue du délai de réception des offres initiales, le pouvoir adjudicateur négocie avec les soumissionnaires le contenu de ces offres. Les offres ultérieures, à l'exception des offres finales, pourront également faire l'objet d'une négociation.

La procédure de négociation peut se dérouler en phases successives de manière à réduire le nombre d'offres à négocier en appliquant les critères d'attribution indiqués dans l'avis de marché, dans l'invitation à confirmer l'intérêt ou dans un autre document de la consultation. Le pouvoir adjudicateur doit alors le prévoir expressément dans l'un de ces documents⁶⁵.

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 requises⁶⁶.

La négociation doit être conduite dans le respect du principe d'égalité de traitement entre tous les soumissionnaires. Le pouvoir adjudicateur doit donc s'abstenir de donner toute information susceptible d'avantager certains soumissionnaires par rapport à d'autres. Le respect de ce principe implique également qu'il informe par écrit tous les soumissionnaires dont les offres n'ont pas encore été éliminées de tous les changements apportés aux spécifications techniques ou aux autres documents de la consultation. Ces changements ne peuvent porter sur les exigences minimales initialement fixées.

Il doit laisser aux soumissionnaires un délai suffisant pour leur permettre de modifier leurs offres et en présenter une nouvelle le cas échéant⁶⁷.

Ex : Le pouvoir adjudicateur méconnaît le principe d'égalité de traitement entre les candidats lorsqu'il publie, peu après le début de la phase de négociation, le montant de l'offre présentée par un candidat lors d'une précédente consultation portant sur le même marché, alors que ce candidat n'a pas été informé des offres de prix présentées par les autres candidats⁶⁸.

Si les négociations sont engagées à l'issue d'une précédente procédure de mise en concurrence, par exemple sur le fondement du 6° de l'article [R. 2124-3](#) du CCP, il appartient au pouvoir adjudicateur de fournir toutes les informations communiquées lors de la première consultation afin de rétablir l'égalité de traitement entre tous les candidats admis à négocier.

Lorsque le pouvoir adjudicateur entend conclure les négociations, il en informe les soumissionnaires dont l'offre n'a pas encore été éliminée et fixe une date limite commune pour la présentation d'éventuelles offres nouvelles ou modifiées⁶⁹.

2.3.2 Le traitement des offres inappropriées, irrégulières ou inacceptables.

Lorsqu'un soumissionnaire a remis une offre inappropriée au sens de l'article [L. 2152-4](#) du code de la commande publique, cette offre est éliminée. Lorsqu'un soumissionnaire a remis une offre irrégulière ou inacceptable au sens des articles [L. 2152-2](#) et [L. 2152-3](#) du même code, cette offre n'est pas éliminée et une négociation peut s'engager avec ce soumissionnaire. L'offre peut alors devenir régulière ou acceptable à l'issue de la négociation, à condition qu'elle ne soit pas anormalement basse⁷⁰.

⁶⁵ [Art. R. 2161-18](#) du CCP.

⁶⁶ Cf article précité.

⁶⁷ [Art. R. 2161-19](#) du CCP.

⁶⁸ [CAA Bordeaux, 5 novembre 2007, CNRS, n° 04BX00547](#).

⁶⁹ [Art. R. 2161-20](#) du CCP.

⁷⁰ [Art. R. 2152-1](#) du CCP.

Les offres qui demeurent irrégulières ou inacceptables à l'issue de la négociation sont éliminées⁷¹. L'acheteur peut toutefois autoriser les soumissionnaires concernés à régulariser les offres irrégulières dans un délai approprié, à condition qu'elles ne soient pas anormalement basses⁷². Cette régularisation ne doit cependant pas avoir pour effet de modifier des caractéristiques essentielles des offres⁷³. Il ne s'agit pas d'une ultime négociation sur l'offre finale, d'ailleurs interdite aux termes de l'article [R. 2161-17](#) du CCP.

2.3.3. Le contenu de la négociation

L'attention des acheteurs est attirée sur le fait qu'une négociation ne doit, en aucun cas, se confondre avec un marchandage. Exiger de son cocontractant des rabais irréalistes sur les prix revient à exposer le marché au risque de défaillance de l'entreprise ou à celui de la passation ultérieure de coûteux avenants. La négociation requiert, de ce point de vue, une attention particulière. Une formation des acheteurs à cette technique est indispensable.

La négociation peut porter sur l'ensemble du contenu des offres et des documents de la consultation, à l'exception toutefois, pour les pouvoirs adjudicateurs, des exigences minimales mentionnées à l'[article R. 2161-13](#) du décret et des critères d'attribution définis dans les documents de la consultation⁷⁴.

Il est ainsi possible de négocier sur :

- le prix ou ses éléments : peuvent, par exemple, être négociés le coût d'acquisition, le coût de stockage ou de transformation, le prix des accessoires, des options, des pièces de rechange, des garanties, de l'entretien, de l'assurance, du transport, etc. ;
- la quantité : peuvent être négociées la quantité nécessaire, la fréquence des commandes, la structure des remises accordées, etc. ;
- la qualité : peuvent être négociés la qualité, suffisante ou, au contraire, surestimée au regard des besoins, son incidence sur le prix, si le niveau de qualité demandé est modifié à la hausse ou à la baisse ;
- le délai : peuvent être négociés l'incidence sur le prix des exigences en terme de délai, la part du transport et des formalités diverses, etc. ;
- les garanties de bonne exécution du marché (pénalités, résiliation...).

2.4. Le rapport de présentation.

A l'issue de la procédure, le pouvoir adjudicateur doit établir un rapport de présentation⁷⁵. Ce rapport comprend notamment les motifs de recours à la procédure avec négociation⁷⁶. Dans la mesure où l'avis d'attribution, si un tel avis a été publié, contient les informations exigées, le rapport de présentation peut renvoyer à cet avis⁷⁷. Les entités adjudicatrices ne sont pas soumises à cette obligation.

⁷¹ Article précité.

⁷² [Art. 2152-2](#) du CCP.

⁷³ Article précité.

⁷⁴ Art. [R. 2161-17](#).

⁷⁵ Art. [R. 2184-1](#) du CCP.

⁷⁶ Art. [R. 2184-3](#) du CCP.

⁷⁷ [Art. R. 2184-4](#) du CCP.