

LA PROCÉDURE CONCURRENTIELLE AVEC NÉGOCIATION

A l'instar de l'ancien code des marchés publics, l'article 42 de l'[ordonnance n°2015-899 du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics](#) distingue deux types de procédure négociée auxquels peuvent avoir recours les acheteurs :

- la procédure concurrentielle avec négociation pour les pouvoirs adjudicateurs prévue à l'article 42-1° b) procédure négociée avec mise en concurrence préalable pour les entités adjudicatrices prévue à l'article 42-1° c);
- la procédure négociée sans publicité ni mise en concurrence préalables prévue à l'article 42-3°.

Dorénavant, seule la procédure concurrentielle avec négociation pour les pouvoirs adjudicateurs et la procédure négociée avec mise en concurrence pour les entités adjudicatrices sont des procédures formalisées¹. Le pouvoir adjudicateur qui remplit les conditions précisées ci-dessous peut avoir recours à la procédure concurrentielle avec négociation lorsque le montant du marché public est égal ou supérieur au seuil européen.

La procédure concurrentielle avec négociation est la procédure par laquelle un pouvoir adjudicateur négocie les conditions du marché public avec un ou plusieurs opérateurs économiques autorisés à participer aux négociations². Elle peut être mise en œuvre dans certaines hypothèses limitativement énumérées à l'article 25-II du [décret n°2016-360 du 25 mars 2016 relatif aux marchés publics](#). Le pouvoir adjudicateur doit pouvoir justifier que les conditions de recours à ces procédures, qui doivent s'interpréter strictement³, sont remplies⁴. A défaut, le marché est entaché d'une nullité que le juge est tenu de soulever d'office⁵.

La présente fiche ne traite pas des autres cas de recours à la procédure négociée, à savoir les marchés de défense, les marchés de maîtrise d'œuvre, les partenariats d'innovation⁶ et les marchés publics des entités adjudicatrices conclus selon la procédure négociée avec mise en concurrence préalable.

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.

1. Les hypothèses de recours à la procédure concurrentielle avec négociation

Conformément à l'article 25-II du décret, les pouvoirs adjudicateurs peuvent utiliser la procédure concurrentielle avec négociation dans des hypothèses limitativement énumérées. Si les conditions posées à cet article sont remplies, le pouvoir adjudicateur peut recourir soit à une procédure concurrentielle avec négociation, soit au dialogue compétitif⁷. Il décide de la procédure à mettre en œuvre au regard des circonstances d'achat et des avantages de chacune des procédures.

Les nouveaux textes ont ajouté de nouveaux cas de recours aux marchés publics négociés à l'issue d'une mise en concurrence. Les pouvoirs adjudicateurs disposent ainsi de plus de souplesse pour choisir une procédure de passation prévoyant des négociations⁸.

¹ Article 42-1° b) de l'ordonnance n°[2015-899](#) du 23 juillet 2015 et article 25-I -2° du décret n°[2016-360](#) du 25 mars 2016.

² Article 71 du décret.

³ CJUE, 14 septembre 2004, *Commission c/République Italienne*, aff. [C-385/02](#), points 19 et 37.

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

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

⁶ Voir la fiche « *Partenariat d'innovation* » (à paraître).

⁷ La procédure du dialogue compétitif sera précisée dans une fiche technique ultérieure.

⁸ Considérant 42 de la [directive 2014/24/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 sur la passation des marchés publics](#).

1.1. Lorsque le besoin ne peut être satisfait sans adapter des solutions immédiatement disponibles (article 25-II 1° du décret).

La négociation est désormais 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 standards⁹. De même, le pouvoir adjudicateur peut avoir recours à la procédure concurrentielle avec négociation pour des achats 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 communication¹⁰.

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 concurrentielle avec négociation. Cette procédure ne pourra donc pas être mise en œuvre pour les achats « sur étagère » de produits, de services ou de travaux, c'est-à-dire standardisés, non spécifiquement conçus pour les besoins d'un marché en particulier¹¹.

Ex. : 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 concurrentielle 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.

Ex. : 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 concurrentielle avec négociation.

1.2. Lorsque le besoin consiste en une solution innovante (article 25-II 2° du décret).

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 de l'article 25-II 1° du décret. Le besoin porte en réalité sur des solutions innovantes.

Au sens de l'article 25-II 2° du décret, 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 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 concurrentielle avec négociation sur le fondement de l'article 25-II 2° du décret 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 93 et suivants du décret.

⁹ 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.

¹⁰ Considérant 43 de la directive 2014/24/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 sur la passation des marchés publics précitée.

¹¹ Réponse ministérielle du 9 juillet 2015, JO Sénat, QE n°15484, page 1672.

1.3. Lorsque le marché public comporte des prestations de conception (article 25-II 3° du décret).

Le pouvoir adjudicateur peut avoir recours à une procédure concurrentielle 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 91 du décret ou de marchés incluant de la conception tels que des marchés de travaux ou de services d'ingénierie¹².

1.4. Lorsque le marché public 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 attachent (article 25-II 4° du décret).

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 attachent.

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

Ex: Il a été jugé 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 concurrentielle avec négociation¹⁴.

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.

¹² Considérant 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.

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

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 (article 25-II 5° du décret).

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.

L'ancien article 35-I 2° du code des marchés publics, au titre des marchés de services dont les prestations sont d'une nature telle que les spécifications du marché ne peuvent être établies avec une précision suffisante pour permettre le recours à l'appel d'offres, citait les services financiers tels que les services d'assurance, bancaires et d'investissement, et les prestations intellectuelles telles que la conception d'ouvrage¹⁹.

Ces services ne sont plus expressément mentionnés mais peuvent tout de même faire l'objet d'une procédure concurrentielle avec négociation s'ils sont d'une nature particulièrement complexe ne permettant pas au pouvoir adjudicateur de définir avec une précision suffisante les spécifications techniques.

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

L'article 25-II 5° du décret ne limite pas aux services le recours à la procédure concurrentielle avec négociation en cas d'impossibilité de définir précisément les spécifications techniques, comme le faisait l'ancien article 35-I 2° du code des marchés publics, mais étend cette hypothèse aux marchés de fournitures et de travaux.

1.6. Lorsque, dans le cadre d'un appel d'offres, seules des offres irrégulières ou inacceptables, au sens de l'article 59, ont été présentées pour autant que les conditions initiales du marché public ne soient pas substantiellement modifiées (article 25-II 6° du décret).

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 infructueuse ou sans suite²².

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 Articles 6 à 9 du décret.

¹⁹ Ancien article 35-I 2° du code des marchés publics.

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.

Si le pouvoir adjudicateur choisit de déclarer la procédure infructueuse, il choisit alors en toute opportunité entre l'organisation d'une nouvelle procédure d'appel d'offres et le recours à la procédure concurrentielle 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 public 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 59-I du décret, une offre irrégulière est une offre qui ne respecte pas les exigences formulées dans les documents de la consultation notamment parce qu'elle est incomplète, ou qui méconnaît la législation applicable notamment en matière sociale et environnementale. 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 d'infructuosité doit être justifiée

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

Le juge administratif exerce un contrôle de l'erreur manifeste d'appréciation sur la déclaration d'infructuosité²⁵. Il s'assure que la première consultation a été lancée dans des conditions devant normalement assurer sa réussite²⁶ ou que la déclaration 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 d'infructuosité est irrégulière et ne peut ouvrir la possibilité de recourir à la procédure concurrentielle 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.

²² Les conséquences d'une déclaration sans suite ne sont pas identiques à celles d'une déclaration d'infructuosité : voir les fiches techniques « La déclaration sans suite » (non actualisée) et « La déclaration d'infructuosité » (non actualisée).

²³ Article 59-III du décret ; 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 Voir en ce sens la fiche technique « La déclaration d'infructuosité » (non actualisée) ; CAA Bordeaux, 10 juillet 2014, *Commune de Kourou*, n°[14BX00439](#).

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* précité.

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](#).

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'ancien article 35-I 1° du code 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.

1.6.4. Le pouvoir adjudicateur n'est pas tenu de publier un avis d'appel à la concurrence 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 formalités 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 formalités 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 formalités 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 négocier³⁸ et n'a pas à procéder à une mesure de publicité puisque seuls les titulaires de l'accord-cadre doivent être consultés.

³¹ CE, 27 mars 2015, *Société Groupe Progard France*, n°[386862](#) ; CE, 11 août 2009, *Société Val'Horizon*, n°[325465](#).

³² CAA Marseille, 24 février 2014, *Société Autocars Rignon*, 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](#).

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

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

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

2. Les principales spécificités de la procédure concurrentielle avec négociation

La procédure concurrentielle avec négociation est une procédure formalisée. Elle doit donc respecter les dispositions auxquelles sont soumises toutes les procédures formalisées. Dans certaines hypothèses, des dispositions particulières lui sont applicables.

Les principales étapes de la procédure concurrentielle avec négociation sont prévues aux articles 71 à 73 du décret.

2.1. La publicité

Conformément à l'article 33 du décret, les marchés publics passés selon une procédure concurrentielle 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 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 remplacé⁴¹, par un avis de pré-information lorsque le marché n'est pas passé par une autorité publique centrale dont la liste est publiée au JORF. Le pouvoir adjudicateur peut utiliser un avis de pré-information pour lancer un appel à la concurrence si l'avis:

- fait référence spécifiquement aux travaux, aux fournitures ou aux services qui feront l'objet du marché public à passer ;
- mentionne que ce marché sera passé selon une procédure concurrentielle 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 entre 35 jours et 12 mois avant la date d'envoi de l'invitation à confirmer l'intérêt⁴².

L'avis de pré-information n'est pas publié sur un profil d'acheteur. Toutefois, une publication supplémentaire peut être réalisée sur un profil d'acheteur, dans les conditions de l'article 36 du décret⁴³.

Lorsque l'appel à concurrence est effectué au moyen d'un avis de pré-information, le pouvoir adjudicateur invite simultanément et par écrit tous les opérateurs économiques qui ont manifesté leur intérêt à le confirmer sur la base des informations détaillées relatives au marché public en question.

Conformément à l'article 37 du décret, l'invitation à confirmer l'intérêt doit contenir au minimum les renseignements suivants :

- la nature et la quantité des prestations demandées, y compris celles qui relèvent d'éventuels marchés complémentaires et, si possible, une estimation du délai dans lequel le pouvoir adjudicateur décidera de recourir à ces marchés complémentaires. Dans le cas de marchés publics renouvelables, l'invitation indique la nature, la quantité et, si possible, une estimation du délai dans lequel le pouvoir adjudicateur procédera à la publication des avis d'appel à la concurrence ultérieurs pour le renouvellement des marchés publics ;
- la procédure utilisée, à savoir la procédure concurrentielle avec négociation ;
- le cas échéant, la date de commencement ou d'achèvement de l'exécution du marché public ;

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, ils sont joints à l'invitation.

³⁹ Article 33-II du décret.

⁴⁰ Article 33-III du décret.

⁴¹ Article 31-II du décret.

⁴² Article 31-II du décret.

⁴³ Article 31-II du décret.

- 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 public ;
- les informations relatives aux capacités professionnelles, techniques et financières exigées des candidats ;
- la forme du marché public faisant l'objet de l'invitation à confirmer l'intérêt : achat, crédit-bail, location ou location-vente, ou plusieurs de ces formes ;
- les critères d'attribution ainsi que leur pondération ou leur hiérarchisation, si ces renseignements ne figurent pas dans l'avis de pré-information.

2.2. La procédure de passation.

2.2.1. Les exigences minimales que les offres doivent respecter.

Conformément à l'article 71 du décret, les documents de la consultation doivent indiquer les exigences minimales que doivent respecter les offres. 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 autorisée⁴⁴.

2.2.2. Le délai de réception des candidatures et des offres

Le pouvoir adjudicateur fixe les délais de réception des candidatures et des offres en tenant compte de la complexité du marché public et du temps nécessaire aux opérateurs économiques pour préparer leur candidature et leur offre, notamment lorsque les offres ne peuvent être déposées qu'à la suite d'une visite sur les lieux ou consultation sur place de documents⁴⁵. Les candidatures et offres reçues hors délai sont éliminées⁴⁶.

2.2.2.1. Conformément à l'article 72-I du décret, 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 dates⁴⁷.

2.2.2.2. Conformément à l'article 72-II du décret, le délai minimal de réception des offres initiales est de 30 jours à compter de la date d'envoi de l'invitation à soumissionner⁴⁸. Ce délai minimal peut être ramené à 25 jours si les offres sont ou peuvent être transmises par voie électronique⁴⁹.

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 publication⁵⁰.

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 soumissionner⁵¹. Lorsque certains documents de la consultation ne sont pas publiés sur un profil d'acheteur, le délai minimal de réception des offres est augmenté de 5 jours, sauf urgence dûment justifiée⁵².

⁴⁴ Article 73-I du décret.

⁴⁵ Article 43 du décret.

⁴⁶ Article 43-IV du décret.

⁴⁷ Article 72-I du décret.

⁴⁸ Article 72-II du décret.

⁴⁹ Article 72-II du décret.

⁵⁰ Article 72-II du décret.

⁵¹ Article 72-II du décret.

⁵² Article 43-I du décret.

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 de la modification⁵³.

A l'exception des autorités publiques centrales dont la liste est publiée au JORF, 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 soumissionner.

2.2.3. La sélection des candidats.

Conformément à l'article 47 du décret, le pouvoir adjudicateur peut limiter le nombre de candidats qui seront admis à négocier. Dans ce cas, il indique, dans l'avis d'appel à la concurrence ou dans l'invitation à confirmer l'intérêt, les critères ou règles 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 maximum.

Ce nombre minimal est de trois pour la procédure concurrentielle avec négociation. Si le nombre de candidats satisfaisant aux critères annoncés n'atteint pas ce minimum, le pouvoir adjudicateur peut poursuivre la procédure avec les candidats ayant les capacités requises.

2.3. La négociation avec les candidats.

Conformément à l'article 73 du décret, 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.

Le pouvoir adjudicateur peut 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 faire⁵⁴.

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.

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 documents⁵⁵.

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 requises⁵⁶.

Conformément à l'article 73-III du décret, la négociation doit être conduite dans le respect du principe d'égalité de traitement de 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 échéant⁵⁷.

⁵³ Article 43-III du décret.

⁵⁴ Article 73-I du décret.

⁵⁵ Article 73-II du décret.

⁵⁶ Article 73-II du décret.

⁵⁷ Article 73-III du décret.

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 candidats⁵⁸.

Si les négociations sont engagées à l'issue d'une précédente procédure de mise en concurrence, par exemple sur le fondement de l'article 25-II 6° du décret, 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.

La négociation peut porter sur l'ensemble du contenu des offres et des documents de la consultation, à l'exception toutefois des exigences minimales mentionnées à l'article 71 du décret et des critères d'attribution définis dans les documents de la consultation⁵⁹.

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...).

Lorsqu'un soumissionnaire a remis une offre inappropriée au sens de l'article 59-I du décret, cette offre est éliminée. Lorsqu'un soumissionnaire a remis une offre irrégulière ou inacceptable au sens de ce même article, 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 basse⁶⁰.

Conformément à l'article 73-IV du décret, 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 modifiées.

Les offres qui demeurent irrégulières ou inacceptables à l'issue de la négociation sont éliminées⁶¹. 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 basses⁶². Cette régularisation ne doit cependant pas avoir pour effet de modifier des caractéristiques essentielles des offres⁶³. Il ne s'agit pas d'une ultime négociation sur l'offre finale, d'ailleurs interdite aux termes de l'article 73 du décret.

2.4. Le rapport de présentation.

A l'issue de la procédure, le pouvoir adjudicateur doit établir un rapport de présentation. Ce rapport comprend notamment les motifs de recours à la procédure concurrentielle avec négociation. 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 avis⁶⁴.

⁵⁸ CAA Bordeaux, 5 novembre 2007, CNRS, n°04BX00547.

⁵⁹ Article 73-I du décret.

⁶⁰ Article 59-II du décret.

⁶¹ Article 59-III du décret.

⁶² Article 59-III du décret.

⁶³ Article 59-IV du décret.

⁶⁴ Article 105 du décret.