



L'Avocat, essentiel au quotidien.



Marchés publics: Le droit au service de votre pratique

LEGITIME – 3 octobre 2018

Conseil départemental de la Côte d'Or



L'Avocat, essentiel au quotidien.



Marchés publics: Le droit au service de votre pratique

L'intérêt de négocier l'achat public

Quand, quoi, comment?

Emmanuel LAMBERT, avocat au Barreau de Dijon



L'Avocat, essentiel au quotidien.



La réforme de la commande publique opérée par l'ordonnance du 23 juillet 2015 et le décret du 25 mars 2016 vise à optimiser **l'efficacité** de la commande publique.

Un des leviers : l'ouverture des hypothèses de recours à la **négociation**.



L'Avocat, essentiel au quotidien.



En matière d'achat public, la négociation est un ensemble de discussions entre l'acheteur et les opérateurs économiques ayant pour objectif de mettre **le plus en adéquation possible** l'offre et le besoin défini.

Négocier permet de construire une **relation de confiance** entre l'acheteur et son prestataire et favorise le **déminage de l'exécution contractuelle** car les éléments du contrat auront été discutés et validés par les deux parties.



L'Avocat, essentiel au quotidien.



La négociation doit être distinguée du marchandage, qui ne porte que sur le prix et qui peut aboutir à une **baisse artificielle** de ce dernier, potentiellement dangereuse pour la bonne réalisation de la prestation.

Si le recours à la négociation est recommandé et encouragé par la réglementation, il doit s'apprécier au regard du **contexte particulier de l'achat public**.



L'Avocat, essentiel au quotidien.



QUAND NEGOCIER?

Les marchés négociables en droit :

- ✓ Les marchés non soumis à l'ordonnance du 23 juillet 2015 (par exemple, location de bâtiments existants, contrats d'emprunt);
- ✓ Les marchés passés selon une procédure adaptée en fonction de leur montant ou de leur objet;
- ✓ Les marchés relevant de la procédure concurrentielle avec négociation, de la procédure négociée après mise en concurrence préalable et du dialogue compétitif;
- ✓ Les marchés relevant de la procédure négociée sans publicité.



L'Avocat, essentiel au quotidien.



QUAND NEGOCIER?

Les marchés négociables en opportunité :

- ✓ Les achats risqués et stratégiques, sur lesquels il est préférable de négocier la qualité ou la sécurité d'approvisionnement par exemple;
- ✓ Les achats lourds mais simples, sur lesquels il est possible de négocier essentiellement le prix.
- ✓ Les autres achats si les contraintes internes le permettent car la négociation peut s'avérer chronophage.



L'Avocat, essentiel au quotidien.



QUOI NEGOCIER?

- ✓ Le prix : coût d'acquisition, de stockage; prix des accessoires, des options, de l'entretien, de l'assurance, du transport etc. ;
- ✓ La quantité : fréquence des commandes, structure des remises ;
- ✓ Le niveau de qualité : matières utilisées, composant, procédé de fabrication etc. ;
- ✓ Délai d'exécution ;
- ✓ Montant de l'avance sous réserve des minimas réglementaires ;
- ✓ Délai de paiement, rythme des acomptes ;
- ✓ Quid des pénalités?



L'Avocat, essentiel au quotidien.



QUOI NEGOCIER?

- ✓ La négociation ne peut aboutir à une modification substantielle de l'offre ;
- ✓ En procédure concurrentielle avec négociation, la négociation ne peut pas porter sur les exigences minimales obligatoirement mentionnées par le cahier des charges.



L'Avocat, essentiel au quotidien.



COMMENT NEGOCIER?

En amont de la consultation, se donner les moyens d'une future négociation optimisée **en utilisant les contraintes et les outils juridiques** issus de la réglementation :

- Définir précisément son besoin : comment un acheteur saura ce qu'il veut négocier s'il n'a pas défini correctement son besoin?
- Privilégier un cahier des charges ouvert de type fonctionnel, qui énonce le besoin en termes de finalités sans références à une solution technique



L'Avocat, essentiel au quotidien.



COMMENT NEGOCIER?

En amont de la consultation, se donner les moyens d'une future négociation optimisée **en utilisant les contraintes et les outils juridiques** issus de la réglementation :

- Choisir des critères d'analyse des offres pertinents en vue de la négociation : l'acheteur ne pourra bien négocier que les points qui valorisent l'offre du prestataire. S'il souhaite négocier la qualité de l'offre, il devra pondérer ce critère fortement.



L'Avocat, essentiel au quotidien.



COMMENT NEGOCIER?

Au-delà, une bonne connaissance du marché permet de réduire l'incertitude de la négociation :

- Structure concurrentielle ou non du marché;
- Complexité technique du marché, avec l'instabilité et l'hétérogénéité des offres et des solutions techniques.



L'Avocat, essentiel au quotidien.



COMMENT NEGOCIER?

Pendant la négociation, un des objectifs est également d'écartier tous risques pénaux et de contentieux administratifs en respectant :

- La liberté d'accès à la commande publique : temps raisonnable laissé aux candidats pour préparer et présenter les points en négociation;
- L'égalité de traitement avec une information préalable et des conditions de présentation homogènes;
- La transparence des procédures (la forme, la durée et les conditions de la négociation doivent être indiquées, la traçabilité des échanges assurée)
- La confidentialité des offres.



L'Avocat, essentiel au quotidien.



COMMENT NEGOCIER?

Après les négociations, il convient d'intégrer l'analyse des offres négociées dans le rapport puis de mettre à jour les pièces qui seront contractuelles.

Emmanuel Lambert

Avocat au Barreau de Dijon