



Harmony Doumont – Consultant en matière d'analyse et d'attribution de marchés publics – [h.doumont@dla3.be](mailto:h.doumont@dla3.be)

# La négociation en marchés publics

**En introduisant un nouveau type de procédures négociées et en augmentant toujours un peu plus les seuils applicables à ces dernières, le législateur semble vouloir promouvoir la négociation et inciter les pouvoirs adjudicateurs (ci-après P.A.) à y recourir.**

Mais comment procède-t-on pour négocier ? Existe-t-il un cadre légal ? La négociation nécessite-t-elle un tour de table ou un simple courrier suffit-il ? Avec qui doit (peut)-on négocier ; avec tous les soumissionnaires, seulement avec les quelques moins-disants ou uniquement avec le moins-disant ? Sur quoi peut-on négocier ? Autant de questions auxquelles est confronté le P.A. novice, ou peu habitué aux marchés publics.

## BON À SAVOIR

Dans le cadre d'une procédure négociée sans publication préalable (PNSPP), les offres spontanées, c'est-à-dire celles qui émanent d'un soumissionnaire qui n'a pas été invité à remettre une offre, sont rejetées par le P.A., sauf décision contraire expressément motivée.<sup>1</sup>

## A. QUE DISENT LES TEXTES LÉGAUX EN MATIÈRE DE NÉGOCIATION ?<sup>2</sup>

### Que peut-on négocier ?

Un P.A. peut négocier avec les soumissionnaires les offres initiales et toutes les offres ultérieures que ceux-ci ont présentées, à l'exception des offres finales, en vue d'améliorer leur contenu. Pour la PNSPP, l'offre finale pourra encore faire l'objet de négociations si le P.A. l'estime nécessaire.

Pour la PCAN et la PNDAPP, les exigences minimales et les critères d'attribution ne peuvent pas faire l'objet de négociations. Cela si-

gnifie qu'il n'est pas permis de, par exemple, modifier la pondération prédéfinie d'un critère d'attribution, ou encore de supprimer un critère d'attribution devenu gênant. Pour la PNSPP, seuls les critères d'attribution ne peuvent faire l'objet de négociations.

### Spécificités propres aux PCAN et PNDAPP

Ces deux procédures peuvent se dérouler en phases successives de manière à limiter le nombre d'offres à négocier. Il s'agit là du mécanisme de *la shortlist*. Le P.A. devra procéder à ce choix en appliquant les critères d'attribution indiqués dans le cahier spécial des charges<sup>3</sup>. Une fois la shortlist constituée, le P.A. prendra contact par écrit avec les soumissionnaires en lice pour entamer les négociations.

Lors des négociations, le P.A. veillera à ne divulguer aucune information à des soumissionnaires pour quelque raison que ce soit. Il s'agit là du grand principe de confidentialité<sup>4</sup>.

## B. COMMENT SE DÉROULE LA NÉGOCIATION ?

Si le législateur semble promouvoir la négociation, il laisse toutefois une marge de manœuvre relativement grande en ne légiférant que peu sur les procédures négociées. Paradoxalement, ce manque de cadre légal peut devenir anxiogène pour un P.A. car il ne sait plus ce qu'il peut, ou doit faire et craint toujours de poser un acte allant à l'encontre de la législation, avec à la clé, le risque d'un recours. On notera toutefois que la nouvelle législation offre un cadre légal un peu plus étendu à la procédure négociée directe avec publication préalable.

Le P.A. veillera à respecter ce qu'il a lui-même indiqué dans son CSC. Il est donc très important de bien le cadrer pour éviter que ce dernier ne se retourne contre lui-même.

<sup>1</sup> Article 93 de l'Arrêté royal du 18/04/2017 relatif à la passation des marchés public dans les secteurs classiques

<sup>2</sup> Articles 38, 41 et 42 de la Loi du 17/06/2016 relative aux marchés publics

<sup>3</sup> Article 80 de la Loi du 17/06/2016 relative aux marchés publics

<sup>4</sup> Article 13 de la Loi du 17/06/2016 relative aux marchés publics

<sup>5</sup> Articles 38 et 41 de la Loi du 17/06/2016 relative aux marchés publics

## QUELQUES MOTS DE VOCABULAIRE

**PCAN** : Procédure concurrentielle avec négociation

**PNDAPP** : Procédure négociée directe avec publication préalable

**PNSPP** : Procédure négociée sans publication préalable

**CSC** : Cahier Spécial des Charges

**Offre initiale** : offre remise par un soumissionnaire le jour de la date limite de réception des offres.

**Offre intermédiaire** : offre d'un soumissionnaire ayant fait l'objet de négociations, avec lequel le P.A. compte poursuivre les négociations.

**Offre finale** : offre d'un soumissionnaire ayant fait l'objet de négociations, avec lequel plus aucune négociation ne sera menée.

**BAFO** : lire *Best And Final Offer* ou encore offre finale

### Avec qui peut (doit)-on négocier ?

La bonne pratique des marchés publics admettra trois techniques de négociation :

- 1° la technique **du râteau** : négociation avec tous les soumissionnaires en parallèle
- 2° la technique **de l'entonnoir** : négociation avec réduction progressive du nombre de soumissionnaires
- 3° la technique **de la cible** : négociation avec le mieux classé.  
Le recours à cette technique doit être motivé

Pour opter pour l'une ou l'autre technique, il conviendra d'analyser différentes composantes comme :

- les termes de votre CSC et les critères d'attribution
- le nombre de soumissionnaires dont l'offre est régulière
- l'écart financier entre les soumissionnaires (si le critère prix est le seul critère ou largement prépondérant sur d'autres critères)
- comparer l'enveloppe budgétaire du P.A au regard des offres initiales

### Négociation par tour de table ou par échange de courrier ?

A nouveau, ce seront les spécificités propres à un marché qui guideront le P.A. vers l'une ou l'autre méthode.

Prenons l'exemple d'un marché dont le prix est le seul critère d'attribution. L'intention du P.A. sera d'obtenir un rabais. La négociation pourra s'effectuer par un simple échange de courriers.

Dans un autre exemple, le marché public comporte plusieurs critères d'attribution. Ce type de marché privilégie souvent la qualité d'une offre au détriment de l'aspect budgétaire (ex : les marchés de restauration du patrimoine). Le P.A. privilégiera un tour de table. La négociation permettra l'obtention in fine d'une offre correcte tant sur un plan technique que financier. En rencontrant les soumissionnaires, le P.A. s'assure que ces derniers ont bien cerné les spécificités propres et les éléments essentiels du marché en question.

## C. COMMENT SE CONCLUT LA PROCÉDURE NÉGOCIÉE ?

Une fois que le P.A. est satisfait des offres intermédiaires<sup>5</sup> :

**Etape 1** : Il informe les soumissionnaires encore en lice.

**Etape 2** : Il fixe une date pour la remise de la BAFO ou offre finale.

**Etape 3** : Une fois les BAFO reçues, le P.A. vérifie la régularité formelle et matérielle et évalue les critères d'attribution.

**Etape 4** : Le P.A. attribue le marché.

Nous l'avons vu, le cadre légal de la négociation est flou. C'est donc bien une expérience de la négociation alimentée par la rencontre de cas particuliers qui guidera les pouvoirs adjudicateurs vers les démarches les plus appropriées. Un pouvoir adjudicateur devra toujours garder à l'esprit que l'objectif premier de la négociation est de préciser et/ou de compléter et/ou d'améliorer une offre.

### A NE PAS OUBLIER DANS LE CAHIER SPÉCIAL DES CHARGES (CSC)

#### Délai de validité

Sauf disposition contraire dans votre CSC, la législation prévoit un délai de validité des offres de 90 jours calendrier. Pour une procédure négociée, tenant compte du temps que peuvent prendre les négociations, il est conseillé de prévoir un délai plus long.

#### Faculté de ne pas négocier

Pour la PCAN, le P.A. doit mentionner s'il se réserve le droit d'attribuer le marché sur la base des offres initiales sans mener de négociations.

#### Mécanisme de la *shortlist*

Pour la PCAN et la PNDAPP, le P.A. doit mentionner s'il fera usage d'une procédure se déroulant en phases successives afin de réduire progressivement le nombre d'offres à négocier. Le cas échéant, il devra également mentionner la méthodologie qui sera appliquée en vue de la constitution de la *shortlist* (par ex : les trois offres initiales les mieux classées seront reprises dans la *shortlist*).