



# Comment négocier avec les soumissionnaires dans le cadre de vos marchés publics de travaux ?

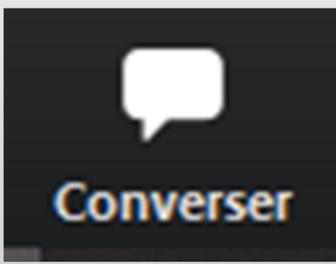
Webinaire – 10.03.21



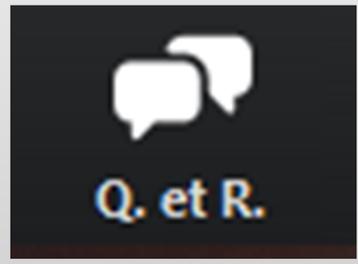
Union des Villes  
et Communes  
de Wallonie asbl

# Quelques consignes pour débuter...

**01** **Converser**  
Signaler un problème **technique**  
➔ **Modérateur**



**02** **Q. Et R.**  
Poser une question liée aux **contenus**  
➔ **Conférenciers**



# Nos invités

**Christophe DUBOIS**  
Avocat associé  
EQUAL Partners



**Marie-Claude DURIEUX**  
Directrice - Juriste  
Direction des marchés  
publics et droit immobilier  
Société Wallonne du  
Logement

# Menu de la séance

01

Dois-je négocier ?

02

Quelles soumissions sont invitées à négociation?

03

Avec qui négocier ? Les techniques offertes

04

Que négocier ?

05

Déroulement des négociations



# Sondage

Dans le cadre de la mise en concurrence de vos soumissionnaires, avez-vous déjà procédé à une véritable phase de négociation ?

## 0. Les procédures permettant la négociation (Loi 17 juin 2016)

- Procédure concurrentielle avec négociation (Art. 38 Loi) – PCAN
- Procédure négociée directe avec publication préalable (Art. 41 Loi) – PNDAPP
- Procédure négociée sans publication préalable (Art. 42 Loi) – PNSPP
  
- Autres :
  - Marché de faible montant
  - Marchés de services visés à l'Annexe III



# 1. Faculté ou obligation de négocier ?

PCAN ( Art. 38 Loi)	PNDAPP (Art. 41 Loi)	PNSPP (Art. 42 Loi)
<p><b>Négociation obligatoire</b> des offres (initiales et suivantes) sauf la BAFO (offre finale)</p> <p>Possibilité « néanmoins (d') attribuer des marchés sur la base des offres initiales sans négociation, lorsqu'il a indiqué, dans l'avis de marché, qu'il se réserve la possibilité de le faire »</p>	<p><b>Faculté de négocier</b> : « le pouvoir adjudicateur peut négocier avec les soumissionnaires les offres initiales et toutes les offres ultérieures, à l'exception des offres finales, en vue d'améliorer leur contenu »</p>	<p><b>Faculté de négocier</b> : « le pouvoir adjudicateur peut négocier avec les soumissionnaires les offres initiales et toutes les offres ultérieures que ceux-ci ont présentées en vue d'améliorer leur contenu »</p>



# 1. Faculté ou obligation de négocier ?

- Focus sur le caractère « obligatoire » de la phase de négociation dans le cadre d'une PCAN
  - Origine : fréquent que les opérateurs économiques ne remettent pas d'emblée leur meilleure offre, afin de conserver une certaine marge de manœuvre => ici le pouvoir adjudicateur les prévient à l'avance
  - Attention à l'hypothèse de déclenchement de l'article 38, § 1<sup>er</sup>, al. 1<sup>er</sup>, 1<sup>o</sup>, c) Loi :
    - « *Le marché ne peut être attribué sans négociations préalables 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* »
    - Si un pouvoir adjudicateur utilise cette base légale pour recourir à une PCAN, je l'invite à obligatoirement négocier, sauf à ce que attitude vienne « nier » ultérieurement la motivation retenue initialement pour mettre en œuvre ladite PCAN



# 1. Faculté ou obligation de négocier ?

- C.E., n° 244.228 du 10 avril 2019
- Mise en place d'une procédure négociée avec publicité
- Le pouvoir adjudicateur se réserve la possibilité de ne pas négocier les offres => le C.S.C. contient la clause suivante, intitulée « Absence de négociations »:

*« Vu le besoin urgent de réaliser les travaux (..) et vu que les [candidats déposeront pour la deuxième fois une offre pour une prestation très similaire (absence de changement significatif entre la procédure ouverte du 15 décembre et cette procédure concurrentielle avec négociation), il n'y aura aucune phase de négociation s'il apparaît que la première offre au classement des offres se démarque des autres et répond aux besoins du pouvoir adjudicateur »*



# 1. Faculté ou obligation de négocier ?

- Position du Conseil d'Etat:
  - le pouvoir adjudicateur a prévu la possibilité d'attribuer le marché sans négociation, mais il a soumis ce qui paraît devoir être considéré comme une dérogation à la procédure concurrentielle avec négociation, à la condition que la première offre au classement se démarque des autres
  - le C.S.C. ne précise pas le critère de démarcation des offres
  - en l'espèce, au regard du classement final, il n'apparaît pas que l'écart d'1,4 points sur 100 soit à ce point net que l'offre de l'attribution pressenti puisse raisonnablement être considérée comme se « démarquant » des autres offres. Elle ne semble donc pas satisfaire à la condition imposée par le C.S.C. pour qu'il ne soit pas procédé à la négociation, qui est la règle dans la procédure choisie en l'espèce. A tout le moins, il convient de constater que la motivation formelle de la décision attaquée ne comporte aucune indication à cet égard.



# 1. Faculté ou obligation de négocier ?

- Quels enseignements un pouvoir adjudicateur va tirer de cet arrêt ?
  - Ne pas négocier en PCAN est une exception à la règle
    - Faudra donc motiver dans les documents du marché pourquoi on ne négociera pas
  - Être attentif à rendre « opérationnel » ce que l'on prévoit dans les documents du marché pour ne pas enclencher une phase de négociation
    - Ne pas rendre le travail d'attribution plus difficile qu'il ne l'est déjà
    - Notamment avec l'obligation de motivation qui pèse sur le pouvoir adjudicateur, et a fortiori, si le pouvoir adjudicateur est une autorité administrative soumise à la loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs



## 2. Avant de négocier : quelles offres peuvent être admises à négociation ? => que des offres régulières ! (ARP 18 avril 2017, art. 76)

Marché dont le montant est égal ou supérieur au seuil fixé pour une publicité européenne		Marchés dont le montant est estimé inférieur au seuil fixé pour la publication européenne
Offre affectée de plusieurs irrégularités non substantielles « cumulées »	Offre affectée d'une irrégularité substantielle	Le pouvoir adjudicateur décide soit de déclarer nulle l'offre affectée « d'une irrégularité substantielle » ou de « plusieurs irrégularités non substantielles [cumulées] », soit de faire régulariser cette irrégularité.
Le pouvoir adjudicateur offre au soumissionnaire la possibilité de régulariser ces irrégularités <u>avant</u> d'entamer les négociations.	<b><u>Sauf disposition contraire dans les documents du marché</u></b> , le pouvoir adjudicateur doit déclarer nulle cette offre. Si disposition contraire, il donne la possibilité au soumissionnaire de régulariser cette irrégularité avant d'entamer les négociations, à moins que le pouvoir adjudicateur n'ait indiqué à propos de ladite irrégularité qu'elle ne peut être régularisée.	



## 2. Avant de négocier : quelles offres peuvent être admises à négociation ? => que des offres régulières ! (ARP 18 avril 2017, art. 76)

- Importance d'avoir correctement conçu les documents du marché et en particulier son cahier spécial des charges
  - De manière à permettre aux opérateurs économiques d'identifier quelles sont les exigences
    - qui sont à considérer comme des exigences minimales, c'est-à-dire des exigences qui devront être respectées par l'offre finale
    - qui sont des exigences minimales non régularisables, ce qui signifie que toute offre initiale devra y satisfaire



## 2. Avant de négocier : quelles offres peuvent être admises à négociation ? => que des offres régulières !

- Question à se poser : est-ce que tout est régularisable ?
  - L'absence de signature
    - Question pas tranchée en droit: certains soutiennent que sans signature, il n'y a pas d'offre
    - Comment éviter toute discussion: préciser dans les documents du marché (C.S.C.) que la signature est une exigence minimale non régularisable
  - Une offre en retard ?
    - Art. 92 ARP 18 avril 2017 - **PCAN**: « ..., toute offre doit parvenir avant la date et l'heure de l'introduction des offres. Les offres parvenues tardivement ne sont pas acceptées »
      - En PNSPP: éventuellement une plus grande latitude dans le chef du pouvoir adjudicateur qui serait confronté à des offres introduites tardivement



## 2. Avant de négocier : quelles offres peuvent être admises à négociation ? => que des offres régulières !

- Question à se poser : admettre en négociation que des offres dont le pouvoir adjudicateur a vérifié les prix ?
  - ? Régularité des prix ?
    - Art 35 ARP 18 avril 2017 : « *Le pouvoir adjudicateur soumet les offres introduites à une vérification des prix ou des coûts* »
      - Si j'ai un doute, dois-je enclencher la procédure des prix anormaux, alors que la phase de négociation permettra de faire évoluer les prix proposés et éventuellement au soumissionnaire de le corriger ?
    - Art. 36, § 1<sup>er</sup> ARP 18 avril 2017: « *[en PCAN, PNDAPP et PNSPP], l'examen se fait sur la base des dernières offres introduites, ce qui n'empêche nullement que le pouvoir adjudicateur puisse déjà procéder à cet examen à un stade antérieur de la procédure* »
      - « § 6 »: article 36 non applicable, sauf disposition contraire dans les documents du marché, à PCAN, PNDAPP, PNSPP pour les marchés de travaux inférieurs à 500.000 euros HTVA



## 2. Avant de négocier : quelles offres peuvent être admises à négociation ? => que des offres régulières !

- Attentif à correctement libeller cette phase de « régularisation » car une fois que celle-ci est passée, il n'y a plus de retour en arrière possible
- Conseil : dans des marchés complexes, ne pas engager la phase de négociations trop tôt
  - Parler de réunions de clarifications ou de réunions de précisions
    - Conseil: indiquer dans le CSC la possibilité de tenir ce genre de réunions
  - Prendre soin de ne pas les qualifier de réunions de négociations
  - Retracer cet historique dans le rapport d'attribution



### 3. Quelles techniques de négociation utiliser ? (= avec qui négocier ?)

- Attentif à la différence de réglementation applicable à chaque type de procédure de passation de marché public



### 3. Quelles techniques de négociation utiliser ? (= avec qui négocier ?)

- Un pouvoir adjudicateur a un (large) pouvoir d'appréciation discrétionnaire dans le cadre de la PNSPP
  - Ce type de procédure est moins normé
    - Ex: pas de disposition légale réglant l'entonnoir au contraire de ce que la Loi prévoit pour la PCAN et PNDAPP



### 3. Quelles techniques de négociation utiliser ? (= avec qui négocier ?)

- Plus un pouvoir adjudicateur a un pouvoir d'appréciation discrétionnaire dans le cadre de la mise en œuvre de la négociation, au plus il devra être prudent et motiver sa décision
  - Notamment au regard du principe d'égalité et de transparence (inscrit à l'article 4 de la Loi)
  - Limiter ce risque: restreindre sa marge d'appréciation dans le C.S.C. (et s'y tenir lors de la phase de négociations)



### 3. Quelles techniques de négociation utiliser ? (= avec qui négocier ?)

- Jurisprudence du C.E.

- C.E., n° 237.496 du 27 février 2017 : « *Si dans le cadre d'un marché public passé en [PNSPP], il est admis que le pouvoir adjudicateur a le pouvoir de choisir la technique de négociation qui lui convient le mieux, il doit néanmoins motiver ce choix (...) Le pouvoir adjudicateur n'a pas suffisamment et adéquatement motivé sa décision à propos du fait qu'il a été décidé de ne pas associer la société requérante à la négociation de manière à ce qu'elle puisse, le cas échéant, adapter son offre comme a pu faire son concurrent.* »



### 3. Quelles techniques de négociation utiliser ? (= avec qui négocier ?)

- Jurisprudence du C.E. (2)
  - C.E., n° 243.438 du 19 janvier 2019 (MFM)
    - « (...) la décision d'attribution d'un tel marché doit reposer sur des motifs pertinents et admissibles et comporter une motivation formelle conforme aux exigences de la loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs. Cette motivation doit, en outre, être d'autant plus précise que les marchés de faible montant (...) impliquent donc une plus grande marge de manœuvre du pouvoir adjudicateur »
    - « Les principes d'égalité et de transparence imposent pourtant au pouvoir adjudicateur, lorsque celui-ci procède à des négociations, de mener celles-ci dans le strict respect de l'égalité « procédurale » entre les soumissionnaires, ce qui implique, entre autres choses, que chacun de ceux-ci (...) doive avoir les mêmes possibilités d'améliorer son offre »



### 3. Quelles techniques de négociation utiliser ? (= avec qui négocier ?)

Entonnoir	Râteau (je sais, c'est une pioche...)	Cible
		
<p>Le pouvoir adjudicateur décide de réduire progressivement le nombre de soumissionnaires avec lesquels les négociations sont poursuivies</p>	<p>Le pouvoir adjudicateur décide de négocier avec l'ensemble des soumissionnaires</p>	<p>Le pouvoir adjudicateur décide, dès le dépôt des offres, de négocier qu'avec une seule des entreprises consultées « à condition d'être en mesure de justifier cette option »</p>



### 3. Quelles techniques de négociation utiliser ? (= avec qui négocier ?) => tentative de résumé

Entonnoir en PCAN et PNDAPP	Entonnoir en PNSPP	Cible	Râteau
Seule technique prévue dans la réglementation et uniquement pour les PCAN et PNDAPP	Aucune disposition légale n'organise celles-ci  Plus grande marge d'appréciation		
Respecter le prescrit des articles 38, § 7 ou 41, § 5 Loi	<ul style="list-style-type: none"> <li>- Soit indiquer dans le C.S.C. comment le P.A. entend mener les négociations et s'y tenir</li> <li>- Soit ne rien préciser et – surtout pour l'entonnoir et la cible -               <ul style="list-style-type: none"> <li>- Attentif aux obligations de motivation et de transparence</li> <li>- Charge risque importante en cas d'écart faible entre le 1<sup>er</sup>/2<sup>ème</sup> ou entre celui que l'on écarte ou garde pour négocier qu'avec l' un ou l'autre</li> </ul> </li> </ul>		



### 3. Quelles techniques de négociation utiliser ? (= avec qui négocier ?)

- Technique de l'entonnoir (PCAN ou PNDAPP) :
  - Pouvoir adjudicateur doit annoncer son intention de recourir à cette technique dans les documents du marché
  - Phases
    - successives: nombre maximum pas précisé
    - éliminatoires : limiter le nombre d'offre -
  - Appliquer les critères d'attribution précisés dans l'avis de marché ou dans un autre document de marché
- Eventuellement combiner une  à l'issue de l'       

### 3. Quelles techniques de négociation utiliser ? (= avec qui négocier ?) => casuistique et à compléter de vos expériences

	Entonnoir	Râteau	Cible
Avantages	<p>Sécurité juridique: technique réglementée par la Loi mais à indiquer dans le CSC</p> <p>? Possibilité de repêchage (salle d'attente à prévoir) ?</p>	<p>Technique la plus égalitaire (tous les soumissionnaires reçoivent une chance de négocier) =&gt; risque juridique extrêmement faible</p>	<p>Présumée plus rapide</p>
Inconvénients	<p>Plusieurs étapes (charge administrative)</p> <p>? Décision éliminatoire = acte attaquant faisant grief ?</p>	<p>Peut-être charge élevée de travail administratif (nombre de soumissionnaires, objet de la négociation,...)</p>	<p>Technique nécessitant une motivation particulière</p> <p>Faiblesse dans la négociation éventuelle: un seul face à vous</p>

## 4. Qu'est-ce qui peut faire l'objet de négociations ?

- Principe : le pouvoir adjudicateur a la maîtrise des négociations
- Il peut limiter ou déterminer la portée de ces modifications, compléments ou améliorations
  - Ex: limiter les négociations aux seuls aspects financiers ou aux seuls aspects techniques ou certains d'entre eux



## 4. Qu'est-ce qui peut faire l'objet de négociations ?

	PNSPP (Art. 42, § 2 Loi)	PCAN et PNDAPP (Art. 38, § 5)
Ne sont pas négociables	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Les critères d'attribution (et leur pondération)</li> <li>• Les exigences minimales pour les marchés supérieurs aux seuils européens</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Les critères d'attribution (et leur pondération)</li> <li>• Les exigences minimales</li> <li>• L'offre finale (BAFO)</li> </ul>
Sont négociables	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Les offres (initiales et ultérieures)</li> <li>• Les exigences minimales pour les marchés inférieurs aux seuils européens <b>et</b> « <i>pour autant que [cette négociation] ne soit pas exclue dans les documents du marché</i> »</li> <li>• Les autres éléments des documents du marché</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Les offres (initiales et ultérieures)</li> <li>• Les prescriptions des documents du marché qui ne sont pas des exigences minimales (§ 6)</li> </ul>

## 4. Qu'est-ce qui peut faire l'objet de négociations ?

- PCAN (Loi, art. 38, § 6) ou PNDAPP (Loi, art. 41, § 4)
- Pouvoir adjudicateur modifie les éléments des documents du marché (hors exigences minimales)
  - Il doit informer par écrit les opérateurs économiques
  - Il doit prévoir suffisamment de temps pour permettre aux opérateurs économiques de modifier leurs offres
- Les modifications apportées aux documents du marché doivent être adoptées par une autorité compétente (C.E., n° 234.636 du 3 mai 2016)
  - Quand doit avoir lieu cette adoption :
    - ? avant que les documents modifiés ne soient transmises aux soumissionnaires ? => pas pratique, surtout si nécessité retour autorité de tutelle
    - En tout cas au moment de l'adoption de la décision finale d'attribution



## 4. Qu'est-ce qui peut être l'objet de négociations ?

- Négocier la dernière offre/offre finale en PNSPP ?
  - Reprendre le texte intégral des articles 38, 41 et 42 de La Loi
  - Article 42 n'interdit pas littéralement de négocier celle-ci pour les PNSPP



## 5. Déroulement de la négociation

- Respecter au cours de la négociation
  - Les règles éventuelles que le pouvoir adjudicateur a lui-même prévues dans le CSC (C.E., n° 116.692 du 12 mars 2003)
  - Egalité de traitement de tous les soumissionnaires
    - Pas d'information privilégiée – répondre à la même question par la même réponse
    - Art. 13 Loi du 17 juin 2013 sur la motivation, information et voies de recours : Pouvoir Adjudicateur ne peut révéler aux autres participants les informations confidentielles communiquées par un opérateur économique participant aux négociations, sans l'accord écrit et préalable de celui-ci. Cet accord ne revêt pas la forme d'une renonciation générale mais vise des informations précises dont la communication est envisagée.



## 5. Déroulement de la négociation

- Loi du 17 juin 2013 relative à la motivation, l'information et aux voies de recours en matière de marchés publics, art. 7/1
  - « *[en cas de PCAN, PNSPP, PNDAPP], le pouvoir adjudicateur communique à la demande de tout soumissionnaire ayant fait une offre régulière les informations relatives au déroulement et à l'avancement des négociations et ce dans les 15 jours au plus tard à compter de la réception d'une demande écrite du soumissionnaire ou du participant concerné* ».
    - cette information ne doit pas être faite spontanément ou systématiquement
    - cette information porte sur le déroulement et l'avancement ; pas sur le contenu
    - cette obligation de communication trouve son origine dans la volonté de garantir la transparence ; elle impose que le pouvoir adjudicateur conserve i) par écrit le descriptif du déroulement d'un processus de négociation et ii) se réserve la preuve qu'une négociation a eu lieu avec les opérateurs économiques (C.E., n° 245.398 du 11 septembre 2019)



## 5. Déroulement de la négociation

- C.E., n° 242.755 du 23 octobre 2018

En admettant « *que "les rendez-vous ont été fixés par téléphone et [qu']aucun procès-verbal de ces réunions n'a été réalisé", la partie adverse s'est montrée dans l'incapacité de démontrer que tous les candidats ont été traités d'une façon qui respecte les exigences d'égalité et de non-discrimination, ainsi que de transparence, et qu'elle a mené les négociations de la même façon avec tous les candidats en vue d'améliorer leurs offres respectives* ».



## 5. Conclusions de la négociation : dépôt BAFO

- Lorsque le pouvoir adjudicateur entend conclure les négociations, il en informe les soumissionnaires restant en lice et fixe une date limite commune pour la présentation d'éventuelles offres nouvelles ou révisées. Il vérifie que les offres finales correspondent aux exigences minimales et respectent l'article 66, § 1<sup>er</sup>, il évalue les offres finales sur la base des critères d'attribution et il attribue le marché en vertu des articles 79 à 84 Loi.
- Importance donc d'informer les opérateurs économiques qu'il s'agit de l'invitation à déposer leur meilleur offre



## 5. Déroulement de la négociation – Ex. clause (partim)

- **Déroulement des négociations (Exemple)**

§1. Les négociations portent sur la méthodologie utilisée par le soumissionnaire pour pouvoir répondre aux besoins du pouvoir adjudicateur, ainsi que sur le prix et les délais d'exécution des tranches conditionnelles.

§2. Pour être admis à négocier avec le pouvoir adjudicateur, le soumissionnaire doit être classé parmi les trois premières offres.

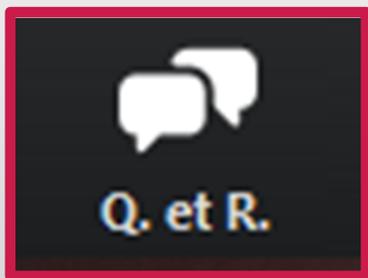
§3. Le pouvoir adjudicateur engage les négociations. Au cours de la négociation, il assure l'égalité de traitement de tous les soumissionnaires : il ne donne pas d'information discriminatoire, susceptible d'avantager certains soumissionnaires ;

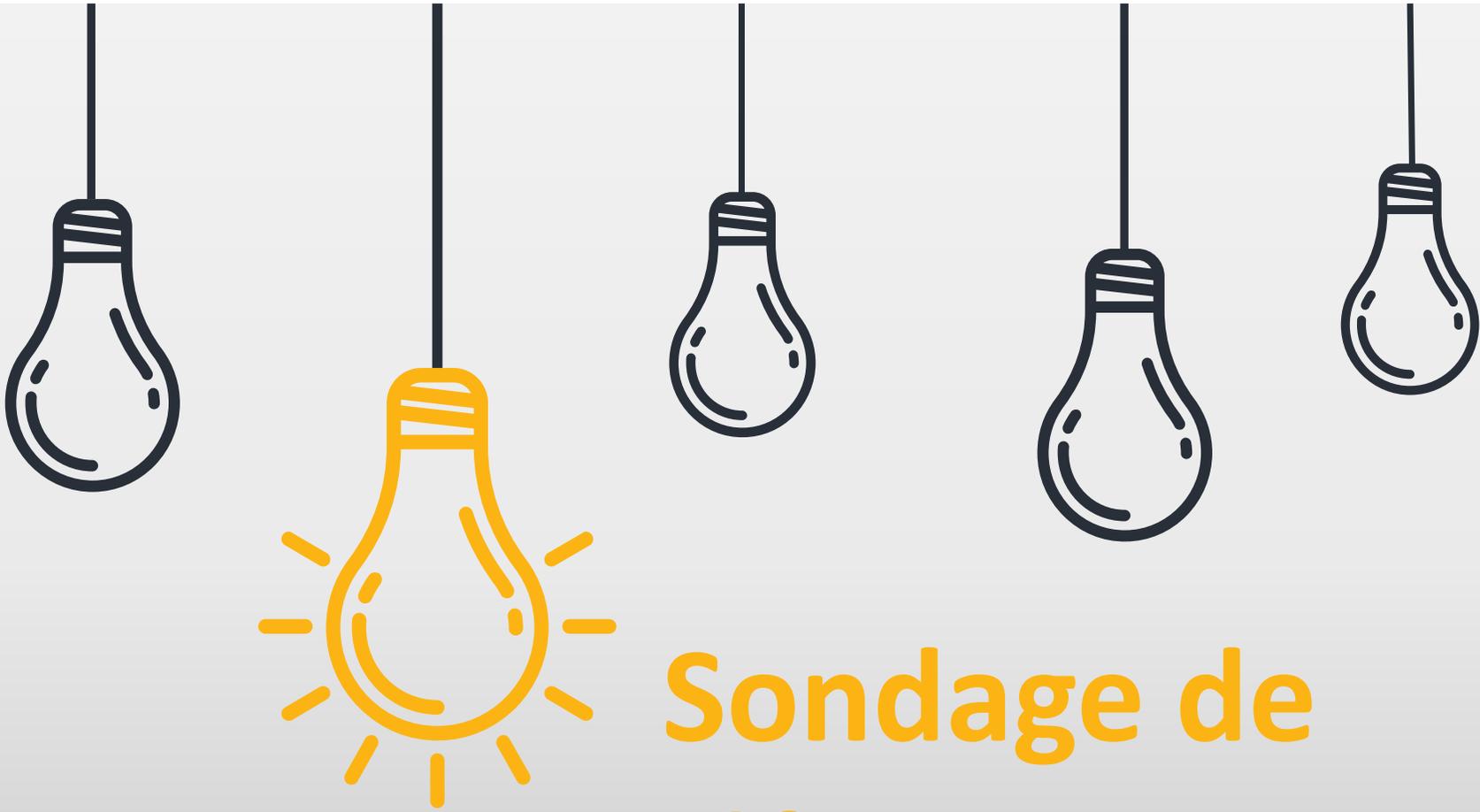
- l'objectif des négociations soit de satisfaire l'intérêt général et d'obtenir le prix le plus juste ;
- l'objet et les conditions essentielles du marché ne soient pas modifiés en cours de négociation.

§4. Les négociations ont lieu sous la forme de réunion organisée par le pouvoir adjudicateur. Le pouvoir adjudicateur envoie, par courrier électronique ou par lettre ordinaire, une invitation aux soumissionnaires avec qui il choisit de négocier. Il précise dans l'invitation la date, le lieu et l'heure des négociations.



# Nous répondons à vos questions !





# Sondage de clôture

# En conclusion et pour aller plus loin



## Le portail des marchés publics

<https://marchespublics.wallonie.be/home.html>



## Le réseau des marchés publics

<http://marchespublics.uvcw.be/>



## Kits numériques

Marchés publics notamment

<http://uvcw.be/espaces/formations/920.cfm>



## Formation

Maîtriser la procédure négociée et les marchés de faible montant

<https://www.uvcw.be/formations/1128>

