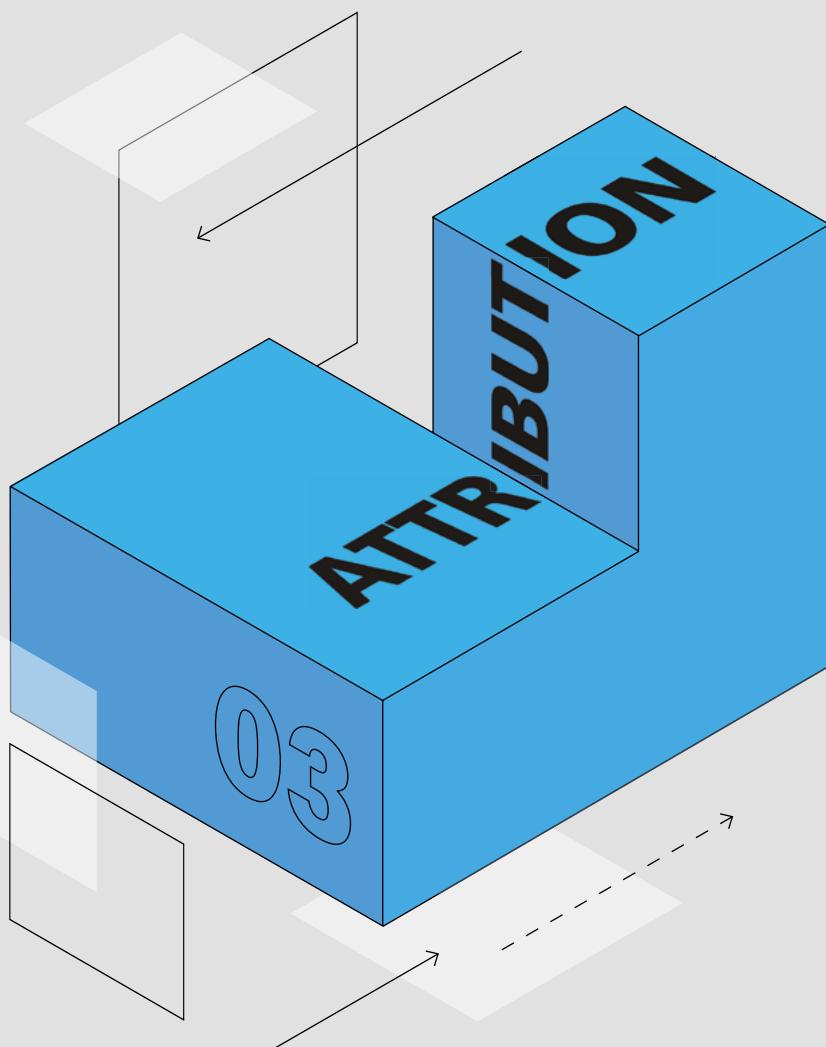


01 PARTICIPATION
02 SÉLECTION
03 ATTRIBUTION



Négociation et attribution du marché

FP.12

Sélection des meilleures offres suivant les critères d'attribution du marché.

FP.13

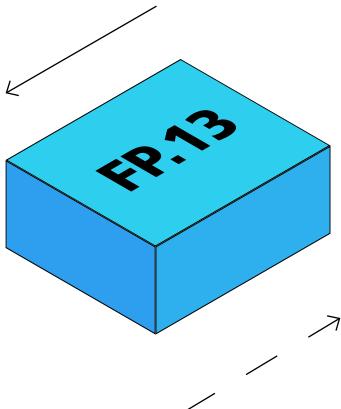
Négociation des offres admises.

FP.14

Décision d'attribution du marché en faveur de l'attributaire retenu.

FP.15

Passation de la commande.



NEGOCIATION DES OFFRES ADMISES

SOMMAIRE

1. PRINCIPES ET REGLES GUIDANT LES NEGOCIATIONS

Dans tous les cas (et dans le cadre de procédures permettant une négociation), les négociations du marché visent à identifier le soumissionnaire le plus à même de garantir une prestation appropriée et de qualité au regard de la tâche à accomplir. Le pouvoir adjudicateur conclut le contrat avec le soumissionnaire qui, sur la base du contenu et des conditions du marché et dans le cadre des critères d'attribution annoncés et de leur pondération, est susceptible de fournir la meilleure prestation possible.

La Loi MP ne précise pas comment les négociations doivent être menées (ni le RGD MP). L'article 67(3) de la Loi MP indique simplement que « les pouvoirs adjudicateurs négocient avec les soumissionnaires les offres initiales et toutes les offres ultérieures que ceux-ci ont présentées, à l'exception des offres finales au sens du paragraphe 7, en vue d'améliorer leur contenu ».

Compte tenu de l'exigence et de la durée nécessaire de discussions approfondies, il est conseillé, afin d'éviter des erreurs d'appréciation de la part de l'adjudicateur, de désigner plusieurs conseillers qualifiés pour prendre part à l'évaluation, qui parviendront à une évaluation globale uniforme.

Seuls les opérateurs économiques ayant reçu une invitation du pouvoir adjudicateur (à la suite de l'évaluation par celui-ci des informations fournies) peuvent soumettre une offre initiale, qui sert de base aux négociations ultérieures.

1. PRINCIPES ET REGLES GUIDANT LES NEGOCIATIONS

La législation comporte peu de dispositions encadrant les négociations :

- *L'article 67(3) de la Loi MP précise simplement que « les pouvoirs adjudicateurs négocient avec les soumissionnaires les offres initiales et toutes les offres ultérieures que ceux-ci ont présentées, à l'exception des offres finales au sens du paragraphe 7, en vue d'améliorer leur contenu ».*
- *L'article 67(6) de la Loi MP indique encore que la « procédure concurrentielle avec négociation peut se dérouler en phases successives de manière à réduire le nombre d'offres à négocier en appliquant les critères d'attribution précisés dans l'avis de marché, dans l'invitation à confirmer l'intérêt ou dans un autre document du marché. Le pouvoir adjudicateur indique, dans l'avis de marché, l'invitation à confirmer l'intérêt ou dans un autre document de marché, s'il fera usage de cette possibilité ».*
- *L'article 75 de la Loi MP prévoit aussi la possibilité d'une « réduction du nombre d'offres et de solutions ».*

Se trouvent ainsi surtout précisés les éléments qui ne peuvent **pas** faire l'objet de négociation, à savoir que « **les exigences minimales et les critères d'attribution ne font pas l'objet de négociations** » (voir article 67(3) de La Loi MP).

A. PRINCIPES ET RÈGLES GUIDANT LES NÉGOCIATIONS

Au cours de la négociation, les pouvoirs adjudicateurs assurent **l'égalité de traitement** de tous les soumissionnaires. À cette fin, ils ne donnent pas, de manière discriminatoire, d'information susceptible d'avantage certains soumissionnaires par rapport à d'autres⁽¹⁾.

Conformément aux règles sur la **confidentialité**, les pouvoirs adjudicateurs ne révèlent pas aux autres participants les informations confidentielles communiquées par un soumissionnaire 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⁽²⁾.

En outre, le **prix du soumissionnaire est en principe confidentiel** et ne peut être divulgué en principe, sauf à risquer de rompre le principe d'égalité de traitement des soumissionnaires⁽³⁾.

Par ailleurs, la négociation ne doit pas modifier substantiellement les conditions initiales du marché, comme il sera vu ci-après.

B. ÉLÉMENTS NON NÉGOCIABLES

Les exigences minimales et les critères d'attribution ne font bien évidemment pas l'objet de négociations⁽⁴⁾.

Il convient également de rappeler que la négociation ne doit pas modifier substantiellement les conditions initiales du marché.

A titre d'exemple, les modifications affectant le fractionnement en tranches, les clauses de variation des prix, ou l'introduction d'une variante non-autorisée peuvent être considérées comme substantielles.

⁽¹⁾ Cf. Loi MP, art. 67(5).

⁽²⁾ Cf. Loi MP, art. 67(5).

⁽³⁾ 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 candidats.

⁽⁴⁾ Cf. notamment Loi MP, art. 67(3).

C. ÉLÉMENTS POUVANT ÊTRE NÉGOCIÉS

Les parties négocient « les conditions du marché », sans que la Loi MP ne donne davantage de détails.

La négociation peut porter sur l'ensemble du contenu des offres et des documents de la consultation, à l'exception toutefois des exigences minimales (sous la seule réserve qu'on ne peut modifier substantiellement les caractéristiques et les conditions d'exécution du marché telles qu'elles sont définies dans les documents de la consultation).

Il est possible de négocier notamment sur :

- le **prix** (honoraires) ou ses éléments
- le **contenu** ou la **durée de la mission**
- les **conditions** d'exécution du marché
- les **délais** de réalisation du projet ou des prestations.
- les **pénalités**, etc...

Le pouvoir adjudicateur doit laisser aux soumissionnaires un délai suffisant pour leur permettre – en cours de négociations - de modifier leurs offres (le cas échéant) et en présenter une nouvelle (le cas échéant) ("**best final offer**").

A retenir :

Eléments négociables (*)	Eléments non négociables
<ul style="list-style-type: none">- le prix- le contenu ou la durée de la mission- les conditions d'exécution du marché- les délais- les pénalités, etc...	<ul style="list-style-type: none">- les exigences minimales- les critères d'attribution

D. OBSERVATION SUR LA RENONCIATION DU POUVOIR ADJUDICATEUR À NÉGOCIER

Aux termes de l'article 67(4) de la Loi MP du Livre II (procédure concurrentielle avec négociation), il est précisé que :

- « (4) *Les pouvoirs adjudicateurs peuvent attribuer des marchés sur la base des offres initiales sans négociation, lorsqu'ils ont indiqué, dans l'avis de marché ou dans l'invitation à confirmer l'intérêt, qu'ils se réservent la possibilité de le faire* ».

Ainsi, le pouvoir adjudicateur peut attribuer le marché public sur la base des offres initiales sans négociation, à condition d'avoir indiqué qu'il se réserve cette possibilité dans les documents de la consultation.

Bien que cette solution apporte de la souplesse à l'acheteur public, son application doit être faite avec circonspection. Cette manière de procéder est critiquable au regard du principe de transparence. En effet, les soumissionnaires ne peuvent pas anticiper la décision prise par l'acheteur public et bâtir une offre de prix en conséquence, dès lors qu'ils ne savent pas si celle-ci constituera l'offre finale.

Choisir une procédure concurrentielle avec négociation (plutôt qu'une procédure ouverte par exemple) perd tout son intérêt s'il est renoncé finalement à cette phase de dialogue et de négociation, qui permet de clarifier les attentes du pouvoir adjudicateur au regard du projet et pour chaque soumissionnaire d'adapter son offre initiale pour soumettre sa "best final offer".

Les négociations offrent également la possibilité de modifier et d'affiner le projet de contrat ("mise au point") généralement communiqué par le pouvoir adjudicateur.