

2.3 : La négociation dans le cadre de la passation des marchés publics et des contrats de délégation de service public

Les contrats de concession et les délégations de service public

Traditionnellement, les contrats de concession et de délégation offre la faculté d'organiser une négociation avec un ou plusieurs candidats. L'autorité concédante doit porter cette volonté à la connaissance des candidats. Une fois cela fait, elle ne pourra alors plus y renoncer.

La passation des marchés publics

Depuis le décret relatif aux marchés publics en date 25 mars 2016, les possibilités de recourir à la négociation ont été élargies :

- ***Procédure classique de l'appel d'offre***

Dans le cadre de la procédure d'appel d'offre, la négociation n'est pas possible. Mais de nombreuses exceptions viennent atténuer ce principe (*article 66 du décret du 25 mars 2016*).

Ainsi, dans le cadre d'un **marché à procédure adaptée** (MAPA), l'administration est libre de définir les modalités de passation du contrat.

Deux possibilités s'offrent alors pour elle :

-soit l'administration indique qu'elle négociera. Elle doit avertir les candidats de ce choix lors du lancement de la procédure. Elle ne pourra ensuite plus revenir sur cette décision.

-soit elle indique qu'elle « se réserve la possibilité de négocier ». Elle reste alors libre d'engager ou non les négociations. Mais si elle négocie avec un candidat, elle doit également négocier avec les autres.

- ***La passation sans publicité ni mise en concurrence préalables***

Il est possible de passer des marchés négociés sans publicité ni mise en concurrence préalables en vertu de l'article 42 de l'ordonnance du 23 juillet 2015.

Les cas où une telle procédure sont **limitativement prévus**.

Tel est le cas lorsqu'il existe une urgence impérieuse ou parce qu'aucune candidature ou aucune offre n'a été déposée lors de la procédure de mise en concurrence.

- ***Procédure concurrentielle avec négociation***

La procédure concurrentielle avec négociation autorise les pouvoirs adjudicateurs à recourir à la procédure concurrentielle lorsque :

-le besoin ne peut être satisfait sans adapter des solutions immédiatement disponibles

-le besoin consiste en une solution innovante

-le marché public comporte des prestations de conception

-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 de risques qui s'y attachent.

Il est alors **possible de négocier toutes les offres initiales et ultérieures, mais pas les offres finales**. Si l'administration indique qu'elle se réserve le droit de négocier, elle sera libre d'engager ou non les négociations.