

11 - QUAND, POURQUOI ET COMMENT NÉGOCIER ?

Chaque fois qu'il est autorisé par le code, le recours au dialogue et à la négociation peut être utilement envisagé. Il doit permettre, en effet, d'améliorer la performance économique de l'achat, dans le respect des règles de transparence.

11.1. DANS QUELLES HYPOTHÈSES PEUT-ON NÉGOCIER ?

11.1.1. En procédure adaptée dessous des seuils des marchés formalisés et pour les marchés de services de l'article LP 223-1-II

Lorsque le marché est passé selon une procédure adaptée soit en raison de son montant soit en raison de son objet (article LP 223-1-II), l'acheteur public peut négocier avec les candidats.

Dans ce cas, le recours à la négociation doit être expressément indiqué, dès le lancement de la procédure de consultation, dans l'avis de publicité ou dans les documents de la consultation, afin de permettre aux candidats d'en tenir compte lors de l'élaboration de leur offre. « Cette information préalable doit permettre aux candidats d'anticiper et de prendre en considération la procédure qui sera effectivement mise en œuvre pour déterminer l'offre économiquement la plus avantageuse. A cet égard, le choix de recourir ou non à la négociation ne peut être utilement critiqué devant le juge administratif⁹³ ».

Bien qu'il ait prévu le recours à la négociation, l'acheteur public peut attribuer le marché sur la base des offres initiales sans négociation, à condition d'avoir expressément indiqué dans les documents de la consultation qu'il se réserve la possibilité de le faire (article LP 321-1 alinéa 3). Cette précision peut s'avérer utile afin d'obtenir, dès le dépôt des offres initiales, les propositions les plus compétitives de la part des candidats. En effet, à l'annonce du recours à la négociation, ceux-ci peuvent être tentés de surcoter leur proposition financière ou de sous-coter leur performance technique afin de se laisser une marge artificielle de négociation à la baisse, semblant ainsi répondre aux attentes de l'acheteur sans consentir, dans les faits, d'effort commercial particulier.

Il est vivement recommandé de faire porter la négociation sur tous les éléments de l'offre, et pas seulement sur le prix.

La négociation peut être menée :

- 1° avec tous les candidats ayant remis une offre ;
- 2° avec un nombre limité de candidats. Dans ce cas, le règlement de la consultation, ou les documents en tenant lieu, précise les critères sur le fondement desquels il sélectionnera les entreprises admises à négocier, en indiquant leur nombre⁹⁴.

L'acheteur peut choisir de négocier même avec les candidats ayant déposé des offres irrégulières, inacceptables ou inappropriées⁹⁵.

Lorsque la mise en concurrence est infructueuse, une nouvelle procédure adaptée doit être lancée. Néanmoins, le règlement de la consultation peut prévoir une procédure inspirée des dispositions de l'article LP 323-10 en cas d'offres irrégulières, inacceptables et inappropriées.

11.1.2. Au-dessus des seuils des marchés formalisés, en procédure négociée

Au-dessus des seuils de procédure formalisée définis à LP 223-2, l'appel d'offres est la procédure de droit commun. Il ne peut être recouru à la procédure négociée que dans les cas limitativement énumérés par le code des marchés publics.

⁹³ CE, 18 septembre 2015, *Société Access* n° 380821.

⁹⁴ En procédure adaptée et pour les marchés de l'article LP 321-2, aucun texte ne fixe un nombre minimum de candidats à retenir.

⁹⁵ CE, 30 novembre 2011, *Ministre de la défense et des anciens combattants*, n° 353121. En revanche, au-dessus des seuils de procédure formalisée, en procédure négociée les offres inappropriées ne peuvent évoluer : seules les offres irrégulières ou inacceptables peuvent devenir régulières ou acceptables en cours de négociation.

Les procédures négociées peuvent être conduites selon deux modalités : avec ou sans publicité et mise en concurrence préalables.

11.1.2.1. La procédure négociée avec publicité et mise en concurrence (art. LP 323-3).

L'article LP 323-2 énumère cinq cas de recours à la procédure négociée avec publicité et mise en concurrence.

Une attention toute particulière doit être portée au cas mentionné au 1° de l'article LP 323-3. Il s'agit des marchés pour lesquels il n'a été proposé que des offres irrégulières ou inacceptables.

Une offre irrégulière est une offre qui répond aux besoins de l'acheteur public mais qui ne respecte pas les exigences formulées dans les documents de la consultation⁹⁶ ou qui ne contient pas toutes les pièces ou renseignements requis par les documents de la consultation⁹⁷.

Une offre inacceptable est une offre qui répond aux besoins de l'acheteur public, mais qui ne respecte pas la législation ou la réglementation en vigueur. Il peut s'agir, par exemple, de règles relatives à la sous-traitance, à la fiscalité, à la protection de l'environnement, au droit du travail ou au déroulement de la procédure de passation.

Une offre peut être aussi inacceptable, parce que les crédits alloués au marché après évaluation du besoin à satisfaire ne permettent pas à l'acheteur public de la financer. On prendra garde que cette évaluation doit avoir été réaliste⁹⁸.

Comme le prévoit le dernier alinéa du 1° du I de l'article LP 323-2, l'acheteur public est dispensé de procéder à une nouvelle mesure de publicité s'il fait participer à la négociation l'ensemble des candidats ayant déposé une offre respectant les exigences relatives aux délais et modalités de présentation formelles des offres⁹⁹, et qui ont produit la déclaration sur l'honneur garantissant qu'ils ne font pas l'objet d'une interdiction de soumissionner.

Les conditions initiales du marché ne doivent pas être substantiellement modifiées durant la négociation. A défaut, la procédure serait irrégulière pour méconnaissance des obligations de mise en concurrence. Peuvent, notamment, être considérées comme substantielles les modifications affectant :

- le fractionnement en tranches,
- les clauses de variation des prix,
- les délais d'exécution,
- les pénalités de retard,
- les garanties de bonne exécution,
- l'introduction d'une variante non autorisée
- et, d'une manière générale, toute autre modification des conditions de mise en concurrence initiale.

Ainsi, la procédure négociée n'est pas le remède systématique et absolu à tous les cas d'infructuosité car il s'avère, dans la pratique, difficile d'accorder beaucoup de place à la négociation dans le cadre de l'article LP 323-3, 1°. En effet, la négociation après un appel d'offres infructueux affecte presque toujours les conditions initiales de la mise en concurrence. Cette hypothèse particulière se distingue donc des autres cas d'ouverture des marchés négociés ou des procédures adaptées, dans lesquels il est possible de tout négocier.

11.1.2.2. La procédure négociée sans publicité, ni mise en concurrence (art. LP 323-10).

Cette procédure dérogatoire, est particulièrement encadrée.

⁹⁶ Par exemple, une offre non signée en procédure formalisée.

⁹⁷ CE, 12 janvier 2011, *Département du Doubs*, n° 343324.

⁹⁸ Le juge sanctionnerait le fait qu'une évaluation ait été volontairement irréaliste pour réserver la possibilité du recours à un marché négocié.

⁹⁹ Ne répondrait pas à cette exigence une offre irrégulière car déposée hors délais, l'offre non signée alors qu'il s'agit d'une procédure formalisée, l'offre déposée au mauvais lieu, l'offre contenue dans une enveloppe portant une mention interdite par le règlement de la consultation, etc.

a) Le cas de l'urgence impérieuse

On peut recourir à cette procédure, pour faire face à une situation d'urgence impérieuse (art. 323-10, 1°). Une urgence peut être qualifiée d'impérieuse, lorsque l'acheteur public est confronté à des circonstances imprévisibles d'une particulière gravité, telles que, notamment, celles résultant de la nécessité d'engager la recherche de victimes d'une catastrophe aérienne ou de garantir la sécurité des personnes et des biens, à la suite d'un évènement climatique imprévu, comme une tempête ou une soudaine inondation. Tel est le cas également en situation d'alerte sanitaire ou d'épidémie. Une urgence peut être qualifiée d'impérieuse, lorsque l'acheteur public est confronté à des circonstances imprévisibles d'une particulière gravité, telles que, par exemple, celles menaçant la sécurité des personnes.

L'urgence impérieuse s'apprécie strictement.

Elle a été admise dans les circonstances suivantes :

- pour la mise en service du réseau téléphonique d'un établissement public de santé, en raison de retard pris à la suite de l'infructuosité de la procédure d'appel d'offres mise en œuvre¹⁰⁰ ;
- pour la réalisation de travaux de sécurité de première nécessité, conditionnant l'accès à un bâtiment par le public à la suite d'une tempête, dès lors que les marchés en cause sont passés dans les heures, les jours, au plus les semaines suivant la survenance de la tempête¹⁰¹.

Elle n'a, en revanche, pas été admise :

- pour les travaux de renforcement d'un transformateur électrique, alors même qu'il suscitait de fréquentes coupures de courant dans un quartier entier de la commune ;
- pour les travaux nécessaires à la réalisation d'une maison des familles par une commune, alors qu'il ne s'agissait que de minimiser la gêne causée par le chantier aux riverains¹⁰².
- Pour un marché passé trois mois après le passage d'un cyclone¹⁰³

b) Le cas de l'exécution d'office en urgence (Art. LP 323-10, 2°)

L'urgence trouve également à s'appliquer lorsque les acheteurs se trouvent, en vertu de la réglementation applicable localement, tenus de faire exécuter d'office des travaux en urgence.

Tel pourrait être le cas par exemple :

- Lorsque le maire fait procéder d'office aux travaux nécessaires sur un immeuble menaçant ruine (art. L. 511-2 du CCH rendu applicable par l'article L.2573-20 du CGCT) ;
- En cas de péril imminent, lorsque le maire fait exécuter d'office les mesures préconisées par un expert de nature à mettre fin à l'imminence du péril lié à un immeuble menaçant ruine (art. L. 511-3 du CCH rendu applicable par l'article L. 2573-20 du CGCT).

c) Le cas des offres inappropriées

Il est également possible d'utiliser cette procédure, lorsqu'aucune candidature, aucune candidature admissible, aucune offre n'a été reçue ou seules des offres inappropriées ont été déposées (art. 323-10, 3°).

Une offre inappropriée est une offre ne correspondant pas aux besoins de l'acheteur public indiqués dans les documents de la consultation. La présentation d'une telle offre est assimilable à une absence d'offres.

Le recours à la procédure négociée sans mise en concurrence est possible, à la double condition que :

- 1° les conditions initiales du marché ne sont pas substantiellement modifiées,
- 2° l'acheteur public ait organisé la consultation initiale dans des conditions permettant d'en assurer la réussite.

¹⁰⁰ CE, 11 octobre 1985, *Compagnie générale de distribution téléphonique c/ Centre hospitalier régional de Rennes*, n° 38788.

¹⁰¹ Réponse ministérielle n°41036, JOAN, 27 mars 2000, p. 2025 (<http://questions.assemblee-nationale.fr/q11/11-41036QE.htm>).

¹⁰² CE, 8 janvier 1992, Préfet, *Commissaire de la République du département des Yvelines*, n° 85439.

¹⁰³ CE sect. 26 juillet 1991 *Commune de Sainte Marie de la Réunion*

Tel ne serait pas le cas, par exemple, si les conditions de la consultation pour l'acquisition d'ordinateurs de bureau aboutissaient à des offres ne présentant que des ordinateurs portables ou si, pour l'acquisition d'avions de transport légers de petite capacité, les seules offres reçues ne concernaient que des avions de transport de grande capacité.

d) Le cas des marchés complémentaires

Le recours aux marchés complémentaires (article LP 323-10, 4°) ne peut être envisagé que dans le cas où le changement de prestataire obligerait l'acheteur public à acquérir un matériel technique entraînant une incompatibilité avec le matériel déjà acquis, ou à être confronté à des difficultés techniques disproportionnées par rapport à la fourniture ou à la réalisation des prestations identiques à celles du marché initial.

e) Le cas des lauréats de concours

Lorsqu'un acheteur public attribue un marché de services à un ou plusieurs lauréats d'un concours, ce marché peut être conclu sans publicité, ni mise en concurrence.

Tous les lauréats éventuellement sélectionnés à l'issue du concours doivent cependant obligatoirement être invités à négocier.

f) Le cas de l'opérateur exclusif

L'article LP 323-10, 6° vise les cas dans lesquels l'acheteur public peut être contraint de faire appel à un opérateur économique déterminé. Il doit toutefois établir que deux conditions cumulatives¹⁰⁴ sont remplies :

1° la prestation ne peut être réalisée que par un seul opérateur :

- L'acheteur doit démontrer qu'aucune solution alternative ou de remplacement raisonnable n'existe¹⁰⁵ et que l'absence de concurrence ne résulte pas d'une définition restrictive des caractéristiques du besoin, susceptible à ce titre de réduire artificiellement la concurrence.
- Ainsi, dès la définition du besoin, l'acheteur doit, en principe, définir les prestations qui font l'objet du marché par des spécifications techniques²⁴. Ces spécifications, qui doivent être neutres¹⁰⁶, ne doivent pas avoir pour effet de créer des obstacles injustifiés à l'accès à ce marché¹⁰⁷.
- En revanche, une spécification technique, même discriminante, peut être utilisée dès lors que l'acheteur établit qu'elle est justifiée par l'objet du marché¹⁰⁸. Par exemple, l'objet du marché peut justifier la mention d'une marque lorsqu'il porte sur la maintenance d'équipements de cette même marque au sein du parc de l'acheteur.

2° la nécessité de recours à cet opérateur résulte soit :

- de raisons artistiques,
- de raisons techniques,
- de raisons tenant à la protection de droits d'exclusivité (*Cf. 3.1.2 sur ce dernier point*).

Les raisons financières ou économiques ne permettent pas de recourir à cette procédure¹⁰⁹.

▪ *Raisons artistiques :*

Si l'acheteur peut démontrer que la prestation ne peut être réalisée que par un seul opérateur, il doit établir que la nécessité de recours à cet opérateur résulte de raisons artistiques tenant à la création ou à l'acquisition d'une œuvre d'art ou d'une performance artistique unique.

¹⁰⁴ CE, 2 octobre 2013, Département de l'Oise, n°368846.

¹⁰⁵ CE, 11 octobre 1999, M. Avrillier, n°165510.

¹⁰⁶ CJUE, 10 mai 2012, Max Havellar, aff. C-368/10, point 62 notamment ; CJUE, 22 avril 2010, Commission c. Espagne, aff. C-423/07, point 58 ; CJUE, 28 octobre 1999, République d'Autriche, aff. C-328/96 ; CE, 11 septembre 2006, Commune de Saran, n°257545.

¹⁰⁷ CJUE, 22 septembre 1988, Commission et Royaume d'Espagne c. Irlande, aff. C-45/87 ; Cass. Crim, 30 juin 2004, n°03-86287.

¹⁰⁸ CE, 11 septembre 2006, Commune de Saran, précité.

¹⁰⁹ CE, 27 septembre 1991, Commune de Chartres de Bretagne, n°81786 ; les investissements préalables ou le savoir-faire ne sont plus au nombre des raisons permettant un marché négocié.

En matière d'œuvre d'art, l'identité de l'artiste détermine en soi le caractère unique et la valeur de l'œuvre d'art.

Lorsqu'un acheteur souhaite faire réaliser une œuvre artistique, le marché public ainsi conclu doit être précédé d'une publicité et d'une mise en concurrence, sauf à justifier que l'attributaire du marché est le seul à même de réaliser la prestation souhaitée.

Il appartient à l'acheteur de justifier que le choix d'un prestataire relève de « raisons artistiques particulières »¹¹⁰ et que les prestations artistiques n'auraient pu être exécutées par d'autres opérateurs avec des compétences et des moyens techniques ou artistiques équivalents pour des résultats comparables¹¹¹.

Le recours à la procédure négociée sans publicité ni mise en concurrence préalable n'a pas été considéré justifié lorsque l'acheteur ne peut pas établir que, même si la fontaine commandée, du fait de son caractère original, exigeait de la part des constructeurs des compétences particulières et un talent artistique, le tailleur de pierre choisi était le seul à pouvoir réaliser cette sculpture¹¹².

▪ Raisons techniques :

Les raisons techniques justifiant le recours à une procédure sans publicité ni mise en concurrence doivent être démontrées par l'acheteur public¹¹³. Un tel recours ne serait pas justifié lorsque la prestation est d'une nature courante, sans aucune difficulté technique particulière.

L'acheteur doit donc rigoureusement établir que les éléments techniques inhérents à l'objet du marché impliquent des difficultés d'exécution réelles et qu'ils sont d'un degré de spécificité technique tel que seul un prestataire déterminé est en mesure d'assurer la prestation.

Par exemple, le recours à un marché négocié de fourniture de compteurs d'eau individuels, conclu avec l'entreprise qui a initialement installé les réseaux et les compteurs, est justifié par des raisons techniques liées au maintien de l'homogénéité du réseau¹¹⁴.

▪ Droit(s) d'exclusivité

L'acheteur doit justifier que ses besoins ne peuvent être satisfaits que par la prestation protégée par un droit d'exclusivité, à l'exclusion de tout autre procédé¹¹⁵, et qu'un seul opérateur économique est en mesure de fournir cette prestation¹¹⁶. Cette circonstance rend en effet toute mise en concurrence impossible, par exemple lorsque le prestataire ayant conçu un logiciel est le seul à disposer du droit d'exclusivité pour la maintenance et l'exploitation de ce logiciel¹¹⁷.

Il appartient à l'acheteur d'obtenir, préalablement à la mise en œuvre de la procédure négociée sans publicité ni mise en concurrence préalables, la preuve de l'exclusivité dont se prévaut une société et de s'assurer de l'absence de toute concurrence.

L'exclusivité doit toutefois être objective, c'est-à-dire ne pas avoir été créée par l'acheteur lui-même en vue de la passation du marché.

La situation de monopole, de droit ou de fait, et la détention de droits d'exclusivité ne dispensent pas l'acheteur public de négocier avec l'opérateur économique concerné.

En revanche, dans le cadre de la réhabilitation d'un bâtiment existant réalisé par un cabinet d'architecte, l'acheteur peut avoir recours à un autre architecte, sans préjudice du droit moral du cabinet, qui ne détient pas de droit d'exclusivité pour des travaux de modification de l'ouvrage¹¹⁸.

¹¹⁰ CAA Marseille, 30 septembre 2013, Commune du Barcarès, n°11MA00299.

¹¹¹ TA Melun, 1er décembre 2006, Préfet de Seine et Marne c/ Dpt de Seine et Marne, n°065188

¹¹² CE, 8 décembre 1995, Préfet du département de la Haute Corse, n°168253.

¹¹³ CJCE, 14 septembre 2004, *Commission c/ République italienne*, aff. C-385/2.

¹¹⁴ CE, 21 mai 1986, Société Schlumberger et Syndicat intercommunal mixte pour l'eau et l'assainissement du département de la Vienne c. COREP de la Vienne, n°56848.

¹¹⁵ CE, 29 novembre 1996, Département des Alpes de Haute-Provence, n°102165.

¹¹⁶ CE, 10 octobre 1979, Préfet de la Loire, n°01652.

¹¹⁷ CE, 2 octobre 2013, Département de l'Oise, n°368846

¹¹⁸ CE, 13 juillet 2007, Syndicat d'agglomération nouvelle Ouest Provence, n°296096.

Concernant la maîtrise d'œuvre, le Conseil d'État a également fixé les limites du recours lié au droit d'exclusivité à l'article LP 323-10, 6° en précisant les points suivants :

⇒ dans le cas de la réhabilitation d'un bâtiment existant, le droit moral au respect de l'œuvre de l'architecte d'origine ne lui confère pas un droit d'exclusivité pour des travaux de modification de l'ouvrage¹¹⁹ ;

Toutefois, le maître d'ouvrage, qui a l'intention de réaliser des travaux significatifs sur un ouvrage existant, vérifie, au moment de l'établissement du programme, si les modifications conduisent à une dénaturation de l'œuvre.

Si de telles modifications sont prévues et confiées à un autre architecte que celui d'origine, le maître d'ouvrage demandera à l'architecte de la nouvelle opération de se rapprocher de l'auteur du bâtiment, ou de ses ayants-droit, pour les en informer.

L'architecte-auteur ne peut prétendre imposer une intangibilité absolue de son œuvre au maître de l'ouvrage. Cependant, ce dernier ne peut porter atteinte au droit de l'auteur de l'œuvre que si les modifications sont rendues strictement indispensables par des impératifs esthétiques, techniques ou de sécurité publique, légitimée par les nécessités du service public, et notamment la destination de l'ouvrage ou son adaptation à des besoins nouveaux.

En cas de désaccord de l'auteur ou de ses ayants-droit, l'existence de solutions alternatives qui ne dénatureraient pas l'œuvre initiale est de nature à faire obstacle aux modifications envisagées¹²⁰. L'atteinte au droit moral de l'architecte lui donne droit à indemnisation ;

⇒ il revient toujours à l'acheteur public d'établir que les raisons techniques invoquées l'empêchent effectivement de confier un nouveau marché à un autre maître d'œuvre que le titulaire du marché précédent.

A défaut de pouvoir justifier que les conditions pour avoir recours à cette procédure dérogatoire sont remplies, la procédure négociée est irrégulière¹²¹.

11.2. QUELS SONT LES AVANTAGES DE LA NÉGOCIATION ?

L'acte d'achat efficace se caractérise par la recherche d'une adéquation de l'offre du vendeur aux besoins de l'acheteur. La négociation doit permettre à l'acheteur de déterminer l'offre présentant le meilleur rapport qualité-prix, c'est-à-dire la meilleure offre susceptible d'être faite à ce moment, en fonction de ses besoins et des capacités économiques et techniques des entreprises.

La négociation ne permet pas de modifier les caractéristiques principales du marché telles que, notamment, son objet ou les critères de sélection des candidatures et des offres. La négociation ne peut jamais aboutir à l'abandon d'un critère en cours de procédure¹²². Mais elle laisse à l'acheteur public la possibilité de négocier librement le contenu des prestations et l'adaptation du prix aux prestations finalement retenues, à la différence d'une procédure d'appel d'offres ouvert ou restreint, où le cahier des charges joint au dossier de consultation des entreprises est intangible.

Même si l'acheteur public ne peut modifier substantiellement les conditions du marché, telles qu'elles ont été définies pour le lancement de la procédure, il dispose d'une certaine marge de manœuvre.

Il est ainsi possible de négocier sur :

⇒ le prix ou ses éléments : peuvent, par exemple, être négociés le coût d'acquisition, le coût de stockage ou de transformation, le prix des accessoires, des options, des pièces de rechange, des garanties, de l'entretien, de l'assurance, du transport, etc. ;

⇒ la quantité : peuvent être négociées la quantité nécessaire, la fréquence des commandes, la structure des remises accordées, etc. ;

¹¹⁹ CE, 13 juillet 2007, *Syndicat d'agglomération nouvelle Ouest Provence c/ Préfet des Bouches-du-Rhône*, n° 296096.

¹²⁰ Voir notamment CE, 11 septembre 2006, *Argopyan*, n° 265174 et CAA Paris, 1er octobre 2008, *M. Berj X.*, n° 07PA01335, reprenant la jurisprudence classique du juge judiciaire (Cass., 1ère civ., 7 janvier 1992, *Bonnier c/ SA Bull.*, n° 90-17.534).

¹²¹ CE, 2 novembre 1988, *Préfet Commissaire de la République des Hauts-de-Seine*, n° 64954.

¹²² CE, 27 avril 2011, *Président du Sénat*, n° 344244.

- ⇒ la qualité : peuvent être négociés la qualité, suffisante ou, au contraire, surestimée au regard des besoins, son incidence sur le prix, si le niveau de qualité demandé est modifié à la hausse ou à la baisse ;
- ⇒ le délai : peuvent être négociés l'incidence sur le prix des exigences en terme de délai, la part du transport et des formalités diverses, etc. ;
- ⇒ les garanties de bonne exécution du marché (pénalités, résiliation...), bien que ces éléments soient difficiles à négocier lorsque les négociations sont menées avec plusieurs candidats.

L'attention des acheteurs est attirée sur le fait qu'une négociation ne doit, en aucun cas, se confondre avec un marchandage. Exiger de son cocontractant des rabais irréalistes sur les prix revient à exposer le marché au risque de défaillance de l'entreprise ou à celui de la passation ultérieure de coûteux avenants. La négociation requiert, de ce point de vue, une attention particulière.

11.3. QUELLES SONT LES CONTRAINTES DE LA NÉGOCIATION ?

11.3.1. La négociation n'échappe pas à l'application des grands principes

Dans le cadre de la négociation, l'acheteur public doit faire face à trois contraintes :

- 1° respecter l'égalité de traitement des candidats, tout au long de la procédure.
- 2° assurer la transparence de la procédure.
- 3° respecter le secret industriel et commercial entourant le savoir-faire des candidats.

Pour répondre à ces contraintes, l'acheteur devra veiller à la traçabilité des échanges effectués avec chacun des candidats, ainsi qu'à les maintenir tous à un même niveau d'information. Il s'assurera que les informations éventuellement communiquées ne comprennent pas d'éléments couverts par le secret industriel et commercial, dont la divulgation, a fortiori sans autorisation de leur(s) détenteur(s) serait passible de poursuites.

Il est, évidemment, toujours possible de négocier les éléments que le candidat fait figurer dans son offre. En revanche, le principe d'intangibilité du cahier des charges rend la modification de celui-ci beaucoup plus délicate. L'acheteur devra être en mesure de justifier, pour toute modification apportée au cahier des charges initial et à l'offre initiale du candidat retenu, de leur intérêt, tant technique que financier, et du respect de l'égalité de traitement des candidats.

Il est donc conseillé d'établir un document précis, qui permettra d'identifier clairement les points qui ont fait l'objet de modifications. Le respect du principe d'égalité doit conduire l'acheteur, en cas de modifications du cahier des charges, à inviter l'ensemble des candidats à remettre une nouvelle offre sur la base de ces modifications.

Ces principes sont applicables à toutes les procédures négociées, même passées sans mise en concurrence.

En tout état de cause, certaines stipulations du cahier des charges seront réputées intangibles. Il revient à l'autorité contractante de les signaler aux candidats, avant l'ouverture de toute négociation.

11.3.2. La limitation du nombre de candidats invités à négocier

Aucune disposition du code polynésien des marchés publics n'impose à un acheteur public souhaitant passer un marché en procédure négociée d'indiquer le délai pendant lequel le candidat est tenu par son offre¹²³. Il est toutefois vivement recommandé aux acheteurs de fixer ce délai. A défaut, il s'expose à ce que les candidats indiquent eux-mêmes des durées de validité qui peuvent ne pas être équivalentes et donc comparables les unes par rapport aux autres.

Dans les procédures formalisées autorisant le recours à la négociation, les acheteurs publics ne peuvent librement choisir les opérateurs économiques appelés à négocier. Le code dispose qu'ils peuvent en limiter le nombre, à la condition de l'avoir annoncé préalablement dans l'avis d'appel public à la concurrence, s'il

¹²³ CE 20 mai 2009, *Ministre de la défense*, n° 316602.

a été procédé à la publication d'un tel avis. Le nombre minimal de candidats n'est pas fixé par le code. Si le nombre minimal est inférieur à celui annoncé par l'acheteur public, l'acheteur peut quand même décider de poursuivre la procédure ou s'il estime la concurrence insuffisante, déclarer la procédure sans suite.

Les critères de sélection des candidats et leurs conditions de mise en œuvre doivent également être indiqués dans l'avis d'appel public à concurrence ou les documents en tenant lieu.

En procédure adaptée, les acheteurs publics peuvent également limiter la négociation à certains candidats seulement. Toutefois, cette restriction n'est possible que si l'acheteur a indiqué les critères sur la base desquels le choix des candidats admis à négocier sera opéré (voir point 12.1 et 12.2).