

FICHE

L'examen des offres

L'examen des offres doit permettre à l'acheteur ou à l'autorité concédante de choisir l'offre économiquement la plus avantageuse. Le choix des critères de sélection pertinents au regard de l'objet du marché public ou du contrat de concession revêt à cet égard une importance cruciale. Le choix de l'offre économiquement la plus avantageuse dépend en effet de la bonne définition de son besoin par l'acheteur ou l'autorité concédante, du bon choix des critères qui en sont la traduction et d'une bonne méthode de mise en œuvre de ces derniers.

L'analyse des offres intervient en principe après l'examen des candidatures. En appel d'offres ouvert cependant, [l'article R. 2161-4 du code de la commande publique](#) autorise que cette analyse puisse avoir lieu avant l'examen des candidatures.

Pour les collectivités territoriales, l'examen des offres est en principe effectué par la commission d'appel d'offres, compétente en vertu de l'[article L. 1414-2 du code général des collectivités territoriales](#)¹, pour choisir le titulaire du marché public lorsque le montant de celui-ci est au-dessus des seuils de procédure formalisée. Une analyse préalable des offres, visant à préparer et faciliter le choix la CAO, peut toutefois être confiée aux services techniques ou administratifs du pouvoir adjudicateur².

En matière de contrat de concession, en application de l'article [L. 1411-5](#) du code général des collectivités territoriales, une commission dont la composition est détaillée au II de l'article précité, est compétente pour ouvrir les plis contenant les candidatures ou les offres et dresser la liste des candidats admis à présenter une offre. Par ailleurs, c'est au vu de l'avis de cette commission que l'autorité habilitée à signer la convention transmet à l'assemblée délibérante le rapport de la commission présentant la liste des entreprises admises à présenter une offre et l'analyse des propositions de celles-ci, ainsi que les motifs du choix de la candidate et l'économie générale du contrat.

S'agissant des marchés publics, l'examen des offres, en tant que tel, se décompose en deux phases, précisées par les [articles L. 2152-1](#) et [R. 2152-6 du code de la commande publique](#). Ainsi, après avoir écarté les offres irrégulières, inacceptables ou inappropriées, l'acheteur classe les offres qui n'ont pas été rejetées par ordre décroissant en appliquant les critères d'attribution qu'il aura préalablement choisis. La détermination, par l'acheteur, des critères de sélection les plus appropriés au regard de son besoin lorsqu'il prépare le dossier de consultation des entreprises est donc un préalable fondamental.

Il en est de même pour les contrats de concession. Après avoir écarté les offres irrégulières ou inappropriées en application de l'article [L. 3124-2](#) du code de la commande publique, l'autorité concédante classe les offres par ordre décroissant en appliquant les critères d'attribution³.

La présente fiche ne traite pour l'essentiel que du cas des marchés publics. Pour les contrats de concession, s'il existe des spécificités, elles seront indiquées au cas par cas.

1. Le choix de l'offre économiquement la plus avantageuse repose sur la détermination préalable des critères de sélection les plus pertinents au regard de l'objet du marché public

L'offre économiquement la plus avantageuse ne se confond pas avec l'offre au prix le plus bas. Les critères de sélection choisis, ainsi que leurs modalités de mise en œuvre, doivent permettre à l'acheteur d'apprécier la performance globale du marché et porter une attention particulière à la qualité des prestations fournies, ainsi qu'au respect, tant par les fournisseurs que par les utilisateurs, des modalités d'exécution du marché.

¹ Modifié par l'article 69 de la loi n°2018-1021 du 23 novembre 2018

² CAÀ Bordeaux, *Commune de Bègles*, 2 juin 2015, 13BX01692.

³ Art. R. 3124-6 du code de la commande publique

1.1. Le choix des critères

1.1.1. Principes généraux

Le choix des critères permettant, eu égard à l'objet du marché, de sélectionner l'offre économiquement la plus avantageuse relève de la liberté de l'acheteur⁴. Celui-ci peut choisir les critères qui lui semblent les plus pertinents pour déterminer l'offre la plus adaptée à son besoin, à condition toutefois que ces critères soient non discriminatoires et liés à l'objet du marché public ou à ses conditions d'exécution au sens des articles [L. 2112-2](#) et [L. 2112-3](#) du code de la commande publique⁵.

Les critères retenus doivent également être objectifs et suffisamment précis afin de ne pas laisser une liberté de choix discrétionnaire à l'acheteur⁶. Ce dernier doit ainsi veiller à respecter les grands principes de la commande publique que sont la liberté d'accès à la commande publique, l'égalité de traitement des candidats et la transparence des procédures⁷. En ce qu'il porte atteinte aux principes de la liberté d'accès à la commande publique et de non-discrimination, un critère reposant sur la localisation géographique ne pourrait par exemple être retenu⁸.

L'article [R. 2152-7](#) du code de la commande publique dresse une liste illustrative et non exhaustive des critères pouvant être utilisés par l'acheteur, lui laissant la possibilité de prendre en compte d'autres critères plus adaptés au marché concerné.

Pour les contrats de concession, une telle liste illustrative n'existe pas. L'article [R. 3124-4](#) du code de la commande publique précise toutefois qu'un nombre de ces critères, peuvent figurer notamment des critères environnementaux, sociaux, relatifs à l'innovation. Egalement, l'article [L. 3124-5](#) du code de la commande publique précise que lorsque la gestion d'un service public est concédée, l'autorité concédante se fonde également sur la qualité du service rendu aux usagers. Les critères et leur description doivent être indiqués dans l'avis de concession, dans l'invitation à présenter une offre ou dans tout autre document de la consultation. Ils doivent être objectifs, précis et liés à l'objet du contrat de concession ou à ses conditions d'exécution.

Ex. : Un critère portant sur l'âge des véhicules peut être retenu dans le cadre d'un marché de transport scolaire par autocar, dans la mesure où l'utilisation d'un tel critère, qui se rapporte objectivement aux caractéristiques de confort, de sécurité et d'efficacité que le pouvoir adjudicateur était en droit d'attendre des véhicules proposés, est manifestement justifié par l'objet du marché public⁹.

Ces critères, qui portent sur la valeur des offres, ne doivent pas être confondus avec les critères de sélection des candidatures qui permettent d'évaluer les capacités professionnelles, techniques et financières des candidats¹⁰. Ainsi, l'acheteur ne peut se fonder sur la renommée de l'entreprise ou sur une expérience passée pour attribuer le marché public. Toutefois, lorsque la qualité du personnel assigné peut avoir une influence significative sur le niveau d'exécution du marché public, un critère relatif aux qualifications ou à l'expérience du personnel peut être retenu¹¹. Il n'est pas non plus interdit à l'acheteur de retenir un critère relatif aux moyens en personnel et en matériel affectés par le candidat à l'exécution des prestations afin d'en garantir la qualité technique¹².

Par ailleurs, en procédure adaptée, l'acheteur peut utiliser un critère reposant sur l'expérience des candidats, « lorsque sa prise en compte est rendue objectivement nécessaire par l'objet du marché et la nature des prestations à réaliser et n'a pas d'effet discriminatoire »¹³.

1.1.2. Comment choisir le ou les critères de sélection ?

Sauf en cas de dialogue compétitif et dans le cadre du partenariat d'innovation (article [R. 2152-8](#) du code de la commande publique), l'acheteur peut ne choisir qu'un seul critère pour attribuer le marché à l'offre économiquement la plus avantageuse. Dans ce cas, il ne peut s'agir que du prix ou du coût de la prestation. Le recours au critère unique du prix est cependant réservé aux seuls marchés publics ayant pour objet l'achat de services ou de fournitures standardisés dont la qualité est insusceptible de variation d'un opérateur économique à l'autre. Le seul critère unique utilisable pour l'ensemble des marchés publics est donc le coût.

⁴ [CE, 23 novembre 2011, Communauté urbaine de Nice-Côte d'Azur, n° 351570](#).

⁵ « Les clauses du marché précisent les conditions d'exécution des prestations, qui doivent être liées à son objet. Les conditions d'exécution peuvent prendre en compte des considérations relatives à l'économie, à l'innovation, à l'environnement, au domaine social, à l'emploi ou à la lutte contre les discriminations. » ; « Les conditions d'exécution qui se rapportent aux travaux, fournitures ou services objet du marché, à quelque égard que ce soit et à n'importe quel stade de leur cycle de vie sont réputées liées à l'objet du marché. Elles peuvent notamment se rapporter à un processus spécifique de production, de fourniture ou de commercialisation ou à un processus spécifique lié à un autre stade du cycle de vie, même lorsque ces éléments ne ressortent pas des qualités intrinsèques des travaux, fournitures ou services. Le cycle de vie est l'ensemble des étapes successives ou interdépendantes, y compris la recherche et le développement à réaliser, la production, la commercialisation et ses conditions, le transport, l'utilisation et la maintenance, tout au long de la vie du produit, de l'ouvrage ou du service, depuis l'acquisition des matières premières ou la production des ressources jusqu'à l'élimination, la remise en état et la fin de l'utilisation du produit, de l'ouvrage ou la fin du service. ». Voir également : [CE, 25 mai 2018, Nantes Métropole, n° 417580, publié au recueil Lebon](#)

⁶ [CE, 28 avril 2006, Commune de Toulouse, n° 280197](#) ; [CE, 5 novembre 2008, Commune de Saint-Nazaire, n° 310484](#). L'article [L. 2152-7](#) du code de la commande publique pose également cette exigence.

⁷ [Cons. const., décision 2003-473 DC, 26 juin 2003](#) ; [CE, 23 décembre 2009, Etablissement public du musée et du domaine national de Versailles, n° 328827](#).

⁸ [CJCE, 27 octobre 2005, Commission c/ Espagne, Aff. C-158/03](#) ; [CE, 29 juillet 1994, Commune de Ventenac-en-minervois, n° 131562](#).

⁹ [CE, 17 juillet 2013, Département de la Guadeloupe, n° 366864](#).

¹⁰ [CE, 29 décembre 2006, Société Bertele SNC, n° 273783](#).

¹¹ [Article R. 2152-7 du code de la commande publique](#).

¹² [CE, 11 mars 2013, AP-HP, n° 364706](#) ; [CJUE, Ambisig – Ambiente e Sistemas de Informação Geográfica SA, 25 mars 2015, Aff. C- 601/13](#).

¹³ [CE, 2 août 2011, Parc naturel régional des Grands Causses, n° 348254](#).

Conformément à l'article [R. 2152-7](#) du code de la commande publique, le coût de la prestation est déterminé selon une approche globale qui peut être fondée sur le coût du cycle de vie, tel que défini par l'article [R. 2152-9](#). Par le biais de cette approche globale, il est ainsi possible de prendre en compte l'ensemble des coûts générés par la prestation, et non pas seulement son coût de production. Une telle approche globale permet à l'acheteur de choisir l'offre réellement la plus avantageuse financièrement. En effet, une prestation dont le prix est attractif peut s'avérer coûteuse au final dès lors que l'on prend en compte l'ensemble des coûts annexes que devra supporter l'acheteur, tels que les coûts liés à l'acquisition de la prestation, les coûts liés à l'utilisation ou encore les frais de maintenance. Le coût du cycle de vie peut également intégrer des coûts imputés aux externalités environnementales, à condition cependant que leur valeur monétaire puisse être déterminée et vérifiée.

Si le recours à un critère unique est possible, le recours à une pluralité de critères est recommandé. **À cet égard, le prix ou le coût doivent obligatoirement figurer parmi les critères de sélection retenus.**

Les critères de sélection choisis doivent être la traduction du besoin de l'acheteur. Ils doivent permettre à l'acheteur de déterminer l'offre la mieux à même de répondre à son besoin. Seuls des critères visant à identifier l'offre économiquement la plus avantageuse peuvent être retenus. À condition qu'ils s'inscrivent dans cette logique, de nombreux critères, qu'ils soient qualitatifs, environnementaux ou sociaux, sont susceptibles d'être justifiés au regard de l'objet du marché public. On peut citer par exemple le délai de livraison, la garantie, la qualité technique, le caractère innovant, la sécurité des approvisionnements ou même le caractère esthétique¹⁴.

Lorsque cela est justifié par l'objet du marché public, le facteur coût peut prendre la forme d'un prix ou d'un coût fixe, déterminé dans les documents du marché. Dans ce cas, la mise en concurrence s'effectuera uniquement sur les autres critères.

S'agissant des contrats de concession, ces derniers sont attribués au soumissionnaire qui a présenté la meilleure offre au regard de l'avantage économique global pour l'autorité concédante sur la base de plusieurs critères objectifs, précis et liés à l'objet du contrat de concession ou à ses conditions d'exécution¹⁵. Dès lors, le recours à un critère unique est proscrié.

L'article [R. 3124-4](#) du code de la commande publique précise qu'au nombre des critères d'attribution peuvent figurer notamment des critères environnementaux, sociaux, relatifs à l'innovation. Egalement, l'article [L. 3124-5](#) du code de la commande publique précise que lorsque la gestion d'un service public est concédée, l'autorité concédante se fonde également sur la qualité du service rendu aux usagers.

1.1.3. La prise en compte du développement durable dans le choix des critères de sélection

Le choix des critères peut également être l'occasion pour le pouvoir adjudicateur de prendre en compte des éléments de développement durable. L'article [R. 2152-7](#) du code de la commande publique retient ainsi parmi les critères possibles : les performances en matière de protection de l'environnement, de développement de l'approvisionnement direct de produits de l'agriculture, l'insertion professionnelle des publics en difficulté, la biodiversité ou encore le bien-être animal. Si de tels critères peuvent être choisis, c'est à la condition toutefois qu'ils soient en lien avec l'objet du marché ou ses conditions d'exécution¹⁶. Dans ce dernier cas, le critère doit se rapporter à des ressources susceptibles d'être effectivement mobilisées par le candidat pour l'exécution du marché¹⁷. Il n'est, par exemple, pas possible d'examiner les offres à l'aune d'un critère relatif à la politique sociale de l'entreprise¹⁸. L'utilisation d'un critère relatif à la politique générale de l'entreprise en matière sociale (RSE), apprécié au regard de l'ensemble de son activité et indistinctement applicable à l'ensemble des marchés de l'acheteur, indépendamment de l'objet ou des conditions d'exécution propres au marché en cause, ne respecte pas ces principes¹⁹. En revanche, le Conseil d'Etat a admis qu'un critère de performances en matière d'insertion professionnelle des publics en difficulté pouvait être en rapport avec l'objet d'un marché de travaux publics, dès lors que celui-ci était susceptible d'être exécuté au moins en partie par du personnel engagé dans une démarche d'insertion²⁰. Dans la mesure où elles concernent les modalités de production des produits, objet du marché, des exigences en matière de commerce équitable peuvent de même être prises en compte²¹.

L'acheteur peut également recourir aux labels afin d'apprécier un critère. Conformément aux articles [R. 2111-12](#) à [R. 2111-17](#) du code de la commande publique, lorsqu'il souhaite acquérir des travaux, des fournitures ou des services présentant certaines caractéristiques d'ordre environnemental, social ou autre, l'acheteur peut exiger que l'opérateur économique détienne un label particulier, à condition que celui-ci présente un lien avec l'objet du marché et permette de définir les travaux, fournitures ou services qui font l'objet du marché.

Il demeure entendu qu'il est préférable de faire alors référence à un label qui prévoirait une classification échelonnée (par exemple selon des niveaux de consommation d'énergie en cours d'utilisation du produit)²².

Les articles précités du code de la commande publique posent à cet égard un certain nombre de conditions qui doivent être respectées, relatives notamment aux modalités d'obtention du label en question. Ainsi, l'acheteur qui exige un label particulier doit accepter tous les labels qui confirment que les caractéristiques exigées dans le cadre du marché sont remplies. Par ailleurs, lorsqu'un opérateur économique n'a manifestement pas la

¹⁴ [CE, 5 novembre 2008, Commune de Saint-Nazaire, n° 310484](#).

¹⁵ Article L. 3124-5 du code de la commande publique

¹⁶ Comme pour les autres critères, ils devront également respecter les principes du droit de la commande publique, être objectifs, et ne pas être formulés de manière à donner un pouvoir discrétionnaire à l'acheteur public, [CJCE, 17 septembre 2002, Concordia Bus Finland, Aff. C-513/99](#), pts. 64 et s.

¹⁷ [CJCE, 4 décembre 2003, ENV AG et Wienstrom GmbH contre Republik Österreich, Aff. C-448/01](#), pts. 66 et 67.

¹⁸ [CE, 15 février 2013, Société Derichebourg polyurbaine, n° 363921](#). À cet égard, le considérant 97 de la directive 2014/24/UE rappelle expressément que « la condition de l'existence d'un lien avec l'objet du marché exclut les critères et conditions relatifs à la politique générale de l'entreprise, qui ne peuvent être considérés comme un élément caractérisant le processus spécifique de production ou de fourniture des travaux, produits ou services achetés ».

¹⁹ [CE, 25 mai 2018, Nantes Métropole, n° 417580](#).

²⁰ [CE, 25 mars 2013, Département de l'Isère, n° 364950](#).

²¹ [CJUE, 10 mai 2012, Commission européenne c/ royaume des Pays-Bas, Aff. C-368/10](#), pts. 89 et s.

²² La logique des normes et labels est binaire ; elle repose sur la constatation d'une satisfaction à un certain nombre de points d'un cahier des charges. À l'inverse, la logique des critères est celle d'une évaluation des différentes offres les unes par rapport aux autres. Dans ce cadre, l'utilisation de normes et labels en tant que critères d'attribution peut rendre malaisée la comparaison des offres entre elles.

possibilité d'obtenir le label particulier spécifié par l'acheteur ou un label équivalent, il peut prouver par tous moyens que les caractéristiques exigées sont remplies.

L'acheteur doit ainsi accepter tout autre moyen de preuve approprié tel que, par exemple, un dossier technique du fabricant, afin de ne pas porter atteinte au principe de non-discrimination et de respecter l'égalité de traitement des candidats. En outre, les exigences fixées par le label doivent être en lien avec l'objet du marché. Dans le cas contraire, seuls les éléments liés à l'objet du marché peuvent être exigés par l'acheteur.

1.2. Les modalités de mise en œuvre des critères

1.2.1. Pondération et hiérarchisation des critères

Pour les marchés publics, deux modalités de classement des critères peuvent être utilisées : la hiérarchisation ou la pondération.

La hiérarchisation classe les critères par ordre décroissant d'importance et les analyse indépendamment les uns des autres.

La pondération affecte chacun des critères d'un coefficient chiffré. L'offre économiquement la plus avantageuse est alors évaluée globalement, au regard de l'ensemble des critères qui la constituent. L'analyse des offres s'en trouve de fait affinée, favorisant le choix de l'offre la « mieux-disante ».

Pour les marchés passés selon une procédure formalisée, la pondération est le principe²³. Cependant, lorsque, pour des raisons objectives, la pondération n'est pas possible, il peut être recouru à la hiérarchisation. L'acheteur doit alors être en mesure de prouver cette impossibilité²⁴.

Pour les marchés passés selon une procédure adaptée, la pondération, bien que non obligatoire, est néanmoins recommandée. Elle est, en effet, d'un usage plus pratique que la hiérarchisation car elle facilite le choix de l'offre économiquement la plus avantageuse et garantit, plus sûrement, le respect de l'égalité des candidats. Elle permet à chaque entreprise de connaître, avec précision, l'appréciation qui sera faite sur chaque élément de son offre.

Les modalités de la pondération, qui peut également être exprimée sous forme d'une fourchette avec un écart maximum approprié, relèvent de la liberté de l'acheteur et dépendent de la nature de son besoin. Le critère du prix peut ne pas être affecté de la pondération la plus élevée dans le cas où la complexité ou la nature des prestations impose que ce critère ait une pondération plus faible que d'autres. La sécurité de l'approvisionnement l'emporte, par exemple, sur le prix pour une prestation de transport de produits sanguins.

Pour les contrats de concession, l'article R. 3124-5 du code de la commande publique précise que l'autorité concédante doit fixer les critères d'attribution par ordre décroissant d'importance. La hiérarchisation doit ainsi être indiquée dans l'avis de concession, dans l'invitation à présenter une offre ou dans tout autre document de la consultation²⁵.

1.2.2. La transparence des modalités de sélection des offres

Les modalités de sélection des offres doivent être portées à la connaissance des candidats. Ceux-ci doivent en effet pouvoir connaître les qualités qui seront appréciées, le poids respectif de chacune d'entre elles et, d'une manière générale, l'ensemble des éléments qui seront utilisés pour juger l'offre.

Ainsi, en procédure formalisée comme en procédure adaptée, l'acheteur doit, dès l'engagement de la procédure, dans l'avis de marché ou dans les documents de la consultation, donner aux candidats une information appropriée sur les critères d'attribution du marché ainsi que sur les conditions de leur mise en œuvre²⁶, c'est-à-dire soit la pondération, soit la hiérarchisation.

Les critères d'attribution doivent être définis avec précision « de manière à permettre à tous les soumissionnaires raisonnablement informés et normalement diligents de les interpréter de la même manière »²⁷. À cette fin, l'acheteur peut recourir à des sous-critères.

S'il décide de faire usage de sous-critères, l'acheteur devra porter à la connaissance des candidats la pondération ou la hiérarchisation de ces sous-critères, dès lors que, eu égard à leur nature et à l'importance de cette pondération ou hiérarchisation, ils sont susceptibles d'exercer une influence sur la présentation des offres ainsi que sur leur sélection²⁸. De tels sous-critères doivent en effet être regardés comme de véritables critères²⁹.

Par ailleurs, l'acheteur devra veiller à ce que chaque sous-critère choisi présente un réel lien avec la valeur technique des offres³⁰.

Exemple

²³ CE, 29 juin 2005, *Commune de la Seyne-sur-Mer*, n° 267992.

²⁴ CE, 7 octobre 2005, *Communauté urbaine Marseille-Provence Métropole*, n° 276867, CE, *Ministre de la défense*, 5 avril 2006, n° 288441.

²⁵ L'article R. 3124-5 prévoit également la possibilité pour l'autorité concédante de modifier, sans que cette modification ne soit discriminatoire, et à titre exceptionnel, l'ordre des critères pour tenir compte du caractère innovant d'une solution présentée dans une offre.

²⁶ Articles R. 2152-11 et R. 2152-12 du code de la commande publique; pour les procédures adaptées, voir CE, *ANPE*, 30 janvier 2009, n° 290236.

²⁷ CJCE, 18 octobre 2001, *SLAC construction ltd*, Aff. C-19/00, pt. 42.

²⁸ CE, 18 juin 2010, *Commune de Saint-Pal-de-Mons*, n° 337377 ; CE, 17 juin 2015, *Société Proxiserve*, n° 388457.

²⁹ Cela s'applique également aux sous-critères, CAA Nantes, *Commune de la Bohalle*, 19 décembre 2014, n° 13NT03257.

³⁰ CE, 9 novembre 2018, *Société Savoie*, n° 413533

L'absence de publicité de la pondération de sous-critères dont l'amplitude est faible et qui ne modifie pas les attentes définies par le pouvoir adjudicateur dans le règlement de la consultation ne porte pas atteinte aux principes fondamentaux de la commande publique³¹. Au contraire, l'absence d'information portée à la connaissance des candidats à propos de l'existence et de la pondération de sept sous-critères dotés d'une pondération allant de 1 à 3 entache d'irrégularité la procédure d'attribution du marché public³².

Par ailleurs, l'acheteur doit également préciser dans les documents de la consultation, les informations qui devront être fournies en vue de l'évaluation des offres pour chacun des critères. À cet égard, il lui incombe d'exiger la production de justificatifs lui permettant de vérifier l'exactitude des informations données par les candidats lorsque, pour fixer un critère d'attribution du marché, il prévoit que la valeur des offres sera examinée au regard d'une caractéristique technique déterminée³³.

Pour pouvoir faire une offre répondant aux attentes de l'acheteur, les candidats doivent donc pouvoir avoir connaissance :

- des caractéristiques techniques ou économiques attendues, qui sont énoncées sous forme de critères et sous-critères ;
- du poids de ces critères et sous-critères ;
- des informations précises à fournir par les candidats pour chacun des critères et sous-critères.

Pour les contrats de concession, les critères et leur description, ainsi que leur hiérarchisation, doivent être indiqués dans l'avis de concession, dans l'invitation à présenter une offre ou dans tout autre document de la consultation.

Focus sur les notes éliminatoires

Sous l'empire de l'ancienne réglementation, il a pu être jugé qu'« *aucun texte, ni aucun principe n'interdit à une entité adjudicatrice de prévoir l'attribution d'une note éliminatoire, dès lors que cette information a été portée, comme en l'espèce, à la connaissance de l'ensemble des candidats* »³⁴.

Dans une décision récente, la Cour de justice de l'Union européenne a confirmé que les nouvelles directives « marchés publics » ne s'opposent pas à ce qu'un acheteur prévoit des notes éliminatoires : sous réserve que cela soit clairement indiqué dans les documents de la consultation, l'acheteur peut prévoir « *des exigences minimales quant à l'évaluation technique, de telle sorte que les offres soumises qui n'atteignent pas un seuil de points minimum prédéterminé au terme de cette évaluation sont exclues de l'évaluation ultérieure fondée tant sur des critères techniques que sur le prix* »³⁵.

2. Avant de procéder à leur classement, le pouvoir adjudicateur doit s'assurer de la recevabilité des offres

L'article [R. 2151-6](#) du code de la commande publique prévoit que les offres doivent être transmises en une seule fois. Dans l'hypothèse où l'acheteur reçoit successivement plusieurs offres, seule doit être ouverte la dernière offre reçue.

Dans le cadre des marchés publics, pour pouvoir être classée, l'offre ne doit pas présenter les caractéristiques d'une offre irrégulière, inacceptable ou inappropriée. Si, dans les conditions prévues par les articles [L. 2152-1](#) à [L. 2152-4](#) du code de la commande publique, une offre peut être qualifiée d'irrégulière, d'inacceptable ou d'inappropriée, elle doit être rejetée par le pouvoir adjudicateur.

Pour les contrats de concession, en vertu de l'article [L. 3124-2](#) du code de la commande publique, pour pouvoir être classée, l'offre ne doit pas présenter les caractéristiques d'une offre irrégulière ou inappropriée.

2.1. Les notions d'offres irrégulières, inacceptables ou inappropriées

2.1.1. L'offre irrégulière

Une offre irrégulière est une offre qui ne respecte pas les exigences formulées dans les documents de la consultation, en particulier parce qu'elle est incomplète, ou qui méconnaît la législation applicable, notamment en matière sociale et environnementale.

Ainsi, une offre transmise par voie papier alors que la dématérialisation s'imposait est une offre irrégulière. Toutefois, comme on le verra, l'acheteur dispose alors de la faculté de solliciter sa régularisation.

³¹ CAA Nantes, 20 juillet 2012, *Société Axiroute*, n° 10NT01815.

³² CAA Bordeaux, 14 mai 2009, *Communauté d'agglomération du territoire de la Côte Ouest*, n° 07BX00712.

³³ CE, 9 novembre 2015, *Société Les Antocars Roger Ceccaldi*, n° 392785.

³⁴ TA Paris, ordonnance 16 juin 2015, *Société Ansaldo Sis France*, n° 150817/7.

³⁵ CJUE, 20 septembre 2018, *Montte SL contre Musikene*, Aff. C-546/16.

La notion de « législation applicable » doit être entendue de manière large et peut comprendre notamment la législation applicable en matière sociale et environnementale, mais également les règles relatives à la sous-traitance ou à la fiscalité. Si les règles en cause entrent en vigueur postérieurement à la fin de l'exécution du marché, une offre ne les prenant pas en compte ne peut pas être jugée irrégulière³⁶.

Les offres jugées anormalement basses constituent toujours des offres irrégulières. Elles sont en outre un cas particulier d'offre irrégulière dans la mesure où elles sont par nature non-régularisables. L'acheteur est tenu de les rejeter quelle que soit la procédure de passation, en application des articles [L. 2152-5](#) et [L. 2152-6](#) du code de la commande publique, des [articles R. 2152-1](#) et [R. 2152-2](#) du code de la commande publique et de l'article [R. 2352-1](#) du code de la commande publique (pour les marchés de défense ou de sécurité), du fait de leur caractère anormalement bas non expliqué³⁷.

S'agissant des contrats de concession, en application de l'article [L. 3124-3](#) du code de la commande publique, une offre est irrégulière lorsqu'elle ne respecte pas les conditions et caractéristiques minimales indiquées dans les documents de la consultation.

Exemples

Une offre a été jugée irrégulière au sens de l'ancien article 35 du code des marchés publics :

- lorsqu'elle ne comprend pas une annexe relative aux caractéristiques des véhicules de salage et de déneigement mis à disposition pour exécuter le marché, alors que le règlement de la consultation impose aux candidats de la renseigner³⁸ ;
- lorsqu'elle ne permet pas d'identifier le prix des prestations et qu'elle présente un projet non-conforme au programme fonctionnel, en prévoyant que les circulations de la maison d'arrêt s'effectueraient en extérieur alors qu'elles auraient dû être bâties et couvertes³⁹ ;
- lorsque le candidat n'a pas renseigné la rubrique de bordereau de prix unitaires intitulée « rampe d'accès Personnes à mobilité réduite » alors que le cahier des clauses techniques particulières et les réponses apportées aux interrogations du candidat indiquaient que les modules devaient être accessibles à une personne dont la mobilité serait réduite⁴⁰ ;
- lorsqu'elle ne présente pas séparément de la solution de base une option chiffrée, alors qu'une telle option est imposée par le règlement de la consultation⁴¹ ;
- lorsque le candidat a remis une offre prévoyant deux interlocuteurs techniques agissant simultanément pour assurer l'exécution du marché alors que le cahier des clauses techniques particulières exigeait que le titulaire devait désigner une seule personne, interlocuteur unique du pouvoir adjudicateur, qui ne serait remplacée par un autre responsable désignée en cas d'empêchement⁴².

En revanche, une simple erreur matérielle n'emporte pas irrégularité de l'offre :

- Une erreur de bordereau de prix est jugée insuffisante pour considérer que l'offre en cause est irrégulière dès lors que le détail estimatif des prix transmis par le candidat permettait de constater que ce dernier avait tenu compte des nouvelles prescriptions de l'acheteur. En d'autres termes, l'erreur de bordereau est demeurée sans incidence sur la régularité de l'offre dans la mesure où celle-ci comportait l'ensemble des éléments d'information requis.⁴³

Exemples

Une offre devrait être considérée irrégulière, au regard de la jurisprudence relative à l'ancienne notion d'offre inacceptable :

- lorsqu'elle méconnaît la réglementation applicable aux écrans de protection, dans le cadre d'un marché de protection contre les chutes de blocs de pierre⁴⁴ ;
- lorsque les prix proposés ne sont pas conformes à l'[article L. 6211-21 du code de la santé publique](#), qui impose la facturation d'examens de biologie médicale au tarif de la nomenclature de la sécurité sociale⁴⁵ ;
- lorsqu'elle ne répond pas aux exigences posées par la [loi n°2005-102 du 11 février 2005 pour l'égalité des droits et des chances, la participation et la citoyenneté des personnes handicapées](#) et son [décret d'application n°2006-555 du 17 mai 2006 relatif à l'accessibilité des établissements recevant du public, des installations ouvertes au public et des bâtiments d'habitation](#), qui imposent notamment que les bâtiments d'habitation collectifs et leurs abords soient construits et aménagés de façon à être accessibles aux personnes handicapées.

³⁶ CE, 19 décembre 2014, *Valor'Aisne*, n° 384014.

³⁷ CE, 30 mars 2017, *Région Réunion*, n° 406224.

³⁸ CE, 12 janvier 2011, *Département du Doubs*, n° 343324.

³⁹ CE, 9 mai 2008, *Agence de maîtrise d'ouvrage des travaux du ministère de la justice*, n° 308911.

⁴⁰ CE, 12 mars 2014, *Commune de Saint-Denis*, n° 373718.

⁴¹ CE, 23 juin 2010, *Commune de Châtel*, n° 336910.

⁴² CAA Versailles, 22 octobre 2015, *Société Process Routage*, n° 14VE00258.

⁴³ CE, 16 avril 2018, *Collectivité de Corse*, n° 417235.

⁴⁴ CE, 30 septembre 2011, *Département de la Haute-Savoie*, n° 350153.

⁴⁵ CE, 27 avril 2011, *Président du Sénat*, n° 344244.

2.1.2. L'offre inacceptable

Une offre inacceptable est une offre dont le prix excède les crédits budgétaires alloués au marché public tels qu'ils ont été déterminés et établis avant le lancement de la procédure.

Ce n'est toutefois qu'à la condition que l'acheteur n'ait pas les moyens de la financer, et qu'il soit en mesure de le prouver, qu'une offre peut être qualifiée d'inacceptable. Dès lors que le budget de l'acheteur lui donne la possibilité d'accepter l'offre, celle-ci ne peut être rejetée comme inacceptable, quand bien même son prix serait largement supérieur au montant estimé du marché⁴⁶. Le caractère inacceptable de l'offre est ainsi directement lié à la capacité de l'acheteur en matière de financement du projet d'achat⁴⁷.

2.1.3. L'offre inappropriée

Une offre inappropriée est une offre sans rapport avec le marché public parce qu'elle n'est manifestement pas en mesure, sans modification substantielle, de répondre au besoin et aux exigences de l'acheteur formulés dans les documents de la consultation.

L'offre inappropriée peut être assimilée à une absence d'offre dans la mesure où elle ne répond pas à la solution technique et administrative définie par l'acheteur et ne correspond donc pas à son besoin. Ce défaut de correspondance peut résulter, par exemple, de l'initiative d'un candidat de modifier les documents de la consultation afin de proposer une solution différente de celle retenue par le pouvoir adjudicateur⁴⁸.

Dans le cadre des contrats de concession, conformément à l'article [L. 3124-4](#) du code de la commande publique, une offre est inappropriée lorsqu'elle n'est manifestement pas en mesure, sans modifications substantielles, de répondre aux besoins et aux exigences de l'autorité concédante spécifiés dans les documents de la consultation.

2.2. Le traitement des offres irrégulières, inacceptables ou inappropriées

2.2.1. En appel d'offres ou en procédure adaptée sans négociation

En principe, les offres irrégulières, inacceptables ou inappropriées sont éliminées. À la différence des offres inacceptables ou inappropriées, les offres irrégulières peuvent toutefois être régularisées dans un délai approprié, à condition qu'elles ne soient pas anormalement basses.

La régularisation n'est qu'une simple faculté offerte à l'acheteur⁴⁹. Lorsqu'il se trouve en présence d'une offre irrégulière, celui-ci n'est donc pas tenu de demander au soumissionnaire de la régulariser et peut décider de la rejeter. En revanche, s'il décide de demander une régularisation, il doit le faire pour l'ensemble des soumissionnaires dont l'offre peut être régularisable, afin de respecter le principe d'égalité de traitement. Le délai accordé au soumissionnaire pour régulariser son offre, fixé au regard des modifications à apporter à l'offre, devra également être raisonnable de manière à ne pas rompre l'égalité de traitement de l'ensemble des soumissionnaires. À cet égard, l'acheteur devra veiller à bien préciser dans la demande de régularisation, les éléments devant être modifiés afin de se conformer aux documents de la consultation ou à la législation en vigueur. La régularisation ne peut être l'occasion pour le soumissionnaire d'améliorer son offre sur des points dont la régularité n'est pas en cause.

Une offre irrégulière ne peut être régularisée qu'à la condition d'être régularisable. La régularisation de l'offre ne peut ainsi en aucun cas avoir pour effet de modifier ses caractéristiques substantielles. Il ne s'agit pas en effet de permettre au soumissionnaire de présenter une nouvelle offre ou de changer les termes de celle-ci de telle sorte que son économie générale soit bouleversée. Lorsque les irrégularités constatées sont manifestement trop importantes pour être régularisées sans entraîner une modification significative de l'offre, dépassant ainsi ce qui peut être raisonnablement acceptée, la régularisation ne saurait être autorisée. Le caractère régularisable de l'offre devra ainsi faire l'objet d'une appréciation au cas par cas, au regard notamment du principe d'égalité de traitement des soumissionnaires.

Exemples

Pourrait ainsi être régularisée :

- l'offre qui présente une simple erreur matérielle ;
- l'offre dont l'annexe à l'acte d'engagement n'indique pas, contrairement à ce qui était demandé dans les documents de la consultation, les délais d'exécution du marché alors que ceux-ci figurent dans le planning d'exécution joint au dossier ;
- l'offre dont le BPU mentionne, parmi de nombreux produits utilisés, un produit de nettoyage non conforme à une législation relative à l'environnement ;
- l'offre transmise sous format papier alors que sa transmission sous forme électronique s'imposait. **Attention**, lorsque l'acheteur envisage de solliciter la régularisation d'une telle offre il doit :

⁴⁶ CE, 24 juin 2011, *Office public de l'habitat interdépartemental de l'Essonne, du Val d'Oise et des Yvelines*, n° 346665 ; CAA Marseille, 1^{er} février 2016, *Société Axis Architecture*, n° 14MA01954.

⁴⁷ Rép. min. n° 05463, JO Sénat, 22 août 2013, p. 2441.

⁴⁸ CAA Nancy, 11 mai 2006, *Société Ronzat*, n° 04NC00519.

⁴⁹ CE, 26 avril 2018, *Département des Bouches-du-Rhône*, n° 417072 ; CE, 21 mars 2018, *Département des Bouches-du-Rhône*, n° 415929

- exiger du soumissionnaire concerné qu'il transmette son offre régularisée selon les mêmes modalités que celles prévues pour la transmission des offres à l'origine (utilisation du profil acheteur, etc.) ;
- procéder à une comparaison attentive de l'offre régularisée avec l'offre reçue initialement afin de vérifier qu'aucune modification n'a été apportée. A défaut, l'offre régularisée devra être rejetée.

En revanche, ne pourrait être régularisée :

- l'offre qui ne comprend pas un document important tel que le mémoire technique ;
- l'offre constituée uniquement des fichiers de signature électronique, non accompagnés des documents signés eux-mêmes ;
- l'offre dont les prix proposés ne sont pas conformes à l'[article L. 6211-21 du code de la santé publique](#), qui impose la facturation d'exams de biologie médicale au tarif de la nomenclature de la sécurité sociale, dans la mesure où cela en bouleverse l'économie.

Enfin, il convient de préciser que les dispositions des articles [R. 2152-1](#) et [R. 2152-2](#) du code de la commande publique n'autorisent pas l'acheteur à modifier ou rectifier de lui-même une offre irrégulière⁵⁰ puisque qu'elles exigent que, suite à une demande de l'acheteur les y autorisant, ce soient les soumissionnaires qui procèdent à la régularisation de leur offre⁵¹.

2.2.2. Pour les autres procédures

Seules les offres inappropriées sont éliminées. Les offres irrégulières ou inacceptables, sous réserve qu'elles ne soient pas anormalement basses, peuvent faire l'objet de négociations⁵². Elles pourront devenir régulières ou acceptables à cette occasion.

À l'issue des négociations, si certaines offres demeurent irrégulières, il est possible de les régulariser, dans les mêmes conditions qu'en appel d'offres.

2.3. L'infructuosité du marché

Lorsqu'il n'a été proposé aucune offre ou uniquement des offres inappropriées, irrégulières ou inacceptables, l'acheteur peut mettre fin à la procédure en la déclarant sans suite pour cause d'infructuosité⁵³. Le pouvoir adjudicateur peut alors relancer une procédure dans les conditions fixées par le code de la commande publique. À la suite d'un appel d'offres infructueux, il peut :

- soit relancer une nouvelle procédure ;
- soit, lorsque seules des offres irrégulières ou inacceptables ont été présentées, recourir à la procédure avec négociation ou au dialogue compétitif, sous réserve de ne pas modifier substantiellement les conditions initiales du marché⁵⁴ (6° de l'article [R. 2124-3](#) du code de la commande publique) ;
- soit, dans l'hypothèse où il n'a été reçu aucune candidature ou aucune offre dans les délais prescrits ou seules des candidatures irrecevables ou uniquement des offres inappropriées, dans les cas définis ci-après, passer un marché en procédure négociée sans publicité et mise en concurrence préalable, pour autant que les conditions initiales du marché ne soient pas substantiellement modifiées⁵⁵ : appel d'offres lancé par un pouvoir adjudicateur, procédure formalisée lancée par une entité adjudicatrice, marché répondant à un besoin dont la valeur estimée est inférieure aux seuils de procédure formalisée et marché relevant des 3° et 4° de l'article [R. 2123-1](#) du code de la commande publique (article [R. 2122-2](#) du code de la commande publique).

3. Le classement des offres est opéré selon les modalités fixées dans les documents de la consultation.

Conformément à l'article [R. 2152-6](#) du code de la commande publique, « Les offres régulières, acceptables et appropriées (...) sont classées par ordre décroissant en appliquant les critères d'attribution ». L'acheteur classe donc les offres selon les modalités préalablement choisies et portées à la connaissance des candidats. Il applique alors une méthode de notation, qui, contrairement aux critères, n'a pas à être précisée dans les documents de la consultation. Si besoin, l'acheteur peut, au préalable, demander au soumissionnaire de préciser la teneur de son offre [articles [R. 2161-5](#) (pour les AOO) et [R. 2161-11](#) (pour les AOR) du code de la commande publique]. Lors du classement des offres, l'acheteur devra également tenir compte de la présence d'offres variantes. Enfin, pour les seuls marchés de fournitures passés selon une procédure formalisée, l'acheteur peut recourir au

⁵⁰ Cf. arrêt du Conseil d'Etat rendu dans le cadre de l'Art. 59 du code des marchés publics relatif aux demandes de précision : [CE, 25 mars 2013, Département de l'Hérault, n° 364824](#) ; [CE, 21 novembre 2014, Commune de Versailles, n° 384089](#).

⁵¹ A condition que lesdites offres ne soient pas entachées d'irrégularités irrégularisables.

⁵² Les offres inappropriées ne peuvent plus désormais faire l'objet de négociations en procédure adaptée, contrairement à ce que prévoyait la jurisprudence du [CE, 30 novembre 2011, Ministre de la défense et des anciens combattants, n° 353121](#), rendue sous l'empire du code des marchés publics.

⁵³ Cf. fiche technique sur l'abandon de procédure.

⁵⁴ Cf. fiche technique relative à la [procédure avec négociation](#).

⁵⁵ Cf. fiche technique relative à la [procédure négociée sans publicité ni mise en concurrence préalable](#).

mécanisme d'enchères électroniques. Il opère, alors, la sélection de l'offre économiquement la plus avantageuse, par l'intermédiaire d'un système automatique de classement des offres construit sur le critère unique du prix ou sur le critère du prix ou d'autres critères quantifiables (article [R. 2162-57](#) du code de la commande publique).

3.1. La demande de précisions

Lorsque certains éléments de l'offre sont peu clairs ou incertains, l'acheteur a la possibilité de demander aux candidats de préciser la teneur de leur offre⁵⁶. Cette demande de précisions, qui intervient en l'absence de toute irrégularité, ne se confond pas avec la demande de régularisation. Ainsi, contrairement à ce que prévoyait l'ancien article 59 du code des marchés publics, il n'est désormais plus possible de demander aux candidats de « compléter » une offre, la mise en conformité d'une telle offre intervenant au titre de la régularisation. De la même manière, les erreurs purement matérielles, « d'une nature telle que nul ne pourrait s'en prévaloir de bonne foi dans l'hypothèse où le candidat verrait son offre retenue »⁵⁷, ne peuvent plus être rectifiées dans le cadre d'une demande de précisions.

Seules sont donc possibles des demandes d'éclaircissement d'une offre qui présente certaines incohérences ou ambiguïtés, sans que ces dernières ne la rendent pour autant irrégulière. Les précisions apportées doivent permettre au pouvoir adjudicateur de comparer les offres, dans le respect de l'égalité de traitement des candidats⁵⁸ et sans affecter le jeu de la concurrence. En aucun cas, une négociation ne peut s'instaurer à cette occasion, permettant au soumissionnaire de modifier son offre. Le principe demeure, en effet, celui de l'intangibilité des offres⁵⁹.

Exemple

Une demande de précision peut notamment avoir pour objet d'obtenir, de la part d'un soumissionnaire, des précisions sur la description qualitative et/ou quantitative du processus qu'il prévoit de mettre en œuvre pour réaliser la prestation, sur la décomposition d'un prix global et forfaitaire ou sur la teneur et la qualité de certains matériaux utilisés pour réaliser la prestation, afin notamment de mieux mesurer la qualité ou la crédibilité de l'offre.

3.2. La méthode de notation

La méthode de notation, qui consiste à attribuer une valeur chiffrée à une prestation au regard du critère donné, doit permettre de sélectionner l'offre économiquement la plus avantageuse.

Contrairement aux critères d'attribution et à leurs conditions de mise en œuvre, celle-ci n'a pas à être portée à la connaissance des candidats dans les documents de la consultation⁶⁰.

L'acheteur choisit librement la méthode de notation qui lui paraît la plus adaptée en veillant toutefois à respecter les principes d'égalité de traitement des candidats et de transparence des procédures. Ainsi, la méthode choisie ne doit pas conduire à priver de leur portée les critères de sélection ou à neutraliser leur pondération⁶¹. Tel est, par exemple, le cas d'une méthode de notation aboutissant à neutraliser les écarts de prix entre les différentes offres⁶². La méthode de notation consistant à évaluer les offres en fonction de leur proximité avec l'estimation financière de l'acheteur est également irrégulière dans la mesure où elle fait interférer un concept étranger au critère prix dans l'évaluation de celui-ci⁶³.

Les offres doivent pouvoir être comparées entre elles et les écarts de note doivent traduire les écarts réels existant entre les offres en termes de compétitivité, de qualité, etc. Une méthode conduisant à attribuer la note maximale à l'offre la moins chère et une note nulle à l'offre la plus chère, sans considération de l'écart de prix entre les offres, ne peut être valablement retenue⁶⁴.

Les notes négatives, en ce qu'elles sont susceptibles de fausser la pondération des critères initialement annoncée, ne peuvent non plus être utilisées⁶⁵.

Pour chaque critère, la meilleure offre doit se voir attribuer la meilleure note. À cet égard, l'acheteur peut décider d'attribuer automatiquement à la meilleure offre la note maximale⁶⁶.

Le Conseil d'Etat a notamment rappelé que la méthode de notation du critère prix devait permettre d'attribuer la meilleure note au candidat ayant proposé le prix le plus bas⁶⁷.

⁵⁶ articles [R. 2161-5](#) (pour les AOO) et [R. 2161-11](#) (pour les AOR) du code de la commande publique

⁵⁷ [CE, 21 septembre 2011, Département des Hauts-de-Seine, n° 349149](#).

⁵⁸ Le respect d'un tel principe exige notamment que, dès lors qu'il utilise la faculté ouverte par les articles 67 et 70, le pouvoir adjudicateur adresse une demande de précisions à toutes les entreprises dont les offres présentent une imprécision ; [CJUE, 29 mars 2012, SAG ELV Slovensko, Aff C-599/10](#).

⁵⁹ [CE, 16 janvier 2012, Département de l'Essonne, n° 353629](#).

⁶⁰ [CE, 31 mars 2010, Collectivité territoriale de Corse, n° 334279](#) ; [CE, 21 mai 2010, Commune d'Ajaccio, n° 333737](#).

⁶¹ [CE, 3 novembre 2014, Commune de Belleville-sur-Loire, n° 373362](#) ; [CE, 1^{er} juillet 2015, SNEGSO, n° 381095](#) ; [CE, 24 avril 2017, Ministre de la défense, n° 405787](#)

⁶² [CE, Commune de Belleville-sur-Loire](#), préc.

⁶³ [Rép. min. n° 00425, JO Sénat, 23 août 2007, p.1473](#) ; [CE, 29 octobre 2013, OPH Val d'Oise Habitat, n° 370789](#).

⁶⁴ [CAA Paris, 8 février 2016, Société RJ 45 Technologies, n° 15PA02953](#).

⁶⁵ [CE, 18 décembre 2012, Département de la Guadeloupe, n° 362532](#).

⁶⁶ [CE, 15 février 2013, Société SFR, n° 363854](#).

⁶⁷ [CE, OPH Val d'Oise Habitat](#), préc.

Lorsque le marché comprend à la fois des prestations évaluées à partir d'un prix forfaitaire et des prestations évaluées à partir d'un prix unitaire, l'acheteur peut recourir à une simulation pour évaluer les offres⁶⁸. De même, pour les marchés comportant une part de commandes émises sur la base d'une multitude de prix, il peut être envisagé de mettre en place des « paniers de commandes-types ».

Enfin, rien n'interdit à l'acheteur de fixer, sur un ou plusieurs critères, une note éliminatoire ou un nombre de points minimal en dessous duquel l'offre classée est écartée, sous réserve que cet aménagement particulier du classement des offres soit annoncé et qu'il ne soit pas discriminatoire⁶⁹.

Lors de l'analyse des offres, les acheteurs publics doivent tenir compte du prix TTC tel qu'il est présenté par le candidat et tel qu'il devra être payé au candidat retenu. Par une ordonnance de référé du 7 janvier 2005⁷⁰, le tribunal administratif de Grenoble a considéré qu'était contraire au principe d'égalité de traitement des candidats, le fait, pour une personne publique, de comparer l'offre d'un candidat exonéré de TVA à celles des candidats soumis à TVA mais présentées hors taxe. Ainsi, les offres des entreprises soumises à la TVA doivent être analysées au regard de leur prix TTC, quand bien même des offres concurrentes n'y seraient pas soumises.

3.3. L'analyse des variantes et le cas des prestations supplémentaires

La notion de variante au sens du droit de l'Union européenne ne distingue pas selon que l'initiative de la variante provient du soumissionnaire de l'offre ou de l'acheteur. Les articles [R. 2151-8](#) à [R. 2151-11](#) du code de la commande publique, qui transpose en droit interne l'article 45 de la directive 2014/24/UE, utilise ainsi le terme de variante pour désigner aussi bien les variantes qui sont à l'initiative des soumissionnaires et celles qui sont imposées par les acheteurs.

L'article [R. 2351-8](#) du code de la commande publique, pour les marchés de défense ou de sécurité, ne prévoit pas de variantes imposées parce qu'elles ne sont pas prévues expressément par la directive 2009/81/CE. Toutefois, les variantes imposées sont juridiquement envisageables dans les marchés publics de défense ou de sécurité. Aucune disposition du code de la commande publique ne s'y oppose.

Bien que le code de la commande publique n'évoque pas le cas des prestations supplémentaires éventuelles (PSE), l'acheteur conserve la possibilité d'en prévoir.

Afin de distinguer les variantes des PSE, il convient également de revenir sur la notion d'options.

En tout état de cause, lorsque l'acheteur autorise ou exige la présentation de variantes, celui-ci doit s'assurer que les critères d'attribution retenus puissent être appliqués tant aux variantes qu'aux offres de base⁷¹. Toute proposition de variante qui ne respecte pas les exigences minimales et les limites imposées dans les documents de la consultation, ou qui n'est tout simplement pas autorisée, doit être rejetée. De la même manière, l'absence de variante pourtant exigée par les documents de la consultation rend l'offre irrégulière⁷².

3.3.1. La distinction entre les variantes, les prestations supplémentaires éventuelles et les « options »

3.3.1.1. Les variantes

Classiquement, les variantes constituent « des modifications, à l'initiative des candidats, de spécifications prévues **dans** la solution de base décrite dans les documents de la consultation »⁷³.

La réforme des règles relatives aux marchés publics a introduit la notion de « variante imposée » dans les marchés publics autres que ceux de défense ou de sécurité⁷⁴. Il s'agit, pour l'acheteur, d'imposer aux opérateurs économiques la présentation d'une variante (article [R. 2151-9](#) du code de la commande publique). Rien ne lui interdit alors de définir précisément la variante attendue (par exemple un circuit alternatif de la conduite d'évacuation des eaux à installer).

Le régime des variantes est différent selon qu'il s'agit d'un marché ou d'un marché de défense ou de sécurité :

- dans les marchés publics autres que de défense ou de sécurité passés par un pouvoir adjudicateur, pour les marchés publics passés selon une procédure formalisées, les variantes sont interdites, sauf mention contraire dans l'avis de marché ou dans l'invitation à confirmer l'intérêt. Pour les marchés publics passés en procédure adaptée, les variantes sont autorisées sauf mention contraire dans l'avis de marché ou dans l'invitation à confirmer l'intérêt ;
- dans les marchés publics autres que de défense ou de sécurité passés par une entité adjudicatrice, que le marché public soit passé selon une procédure formalisée ou une procédure adaptée, les variantes sont autorisées par principe, sauf mention contraire dans les documents de la consultation ;

⁶⁸ [CE, 2 août 2011, SIVO-A, n° 348711.](#)

⁶⁹ [Rép. min. du 1^{er} mars 2007, n° 21278, JO Sénat, p.457.](#)

⁷⁰ TA de Grenoble, 7 janvier 2005, *Société PH*, n° 0406616.

⁷¹ [Article R. 2152-7 du code de la commande publique.](#)

⁷² [CE, 23 juin 2010, Commune de Chatel, n° 336910.](#)

⁷³ [CE, 5 janvier 2011, Site technologie alpine sécurité et commune de Bonneval-sur-Arc, n° 343206 et 343214.](#)

⁷⁴ La directive 2009/81/CE ne prévoit pas les « variantes imposées ».

- dans les marchés publics de défense ou de sécurité, s'il s'agit d'une procédure formalisée, les variantes sont interdites, sauf mention contraire dans l'avis d'appel à la concurrence. S'il s'agit d'un marché public passé selon une procédure adaptée, les variantes sont, par principe, autorisées, sauf mention contraire dans les documents de la consultation⁷⁵.

Attention, le fait d'autoriser la présentation de variante, expressément ou implicitement, n'exige plus, dans les marchés publics soumis au code de la commande publique, pour les marchés autres que de défense ou de sécurité, de prévoir une pluralité de critères⁷⁶. À l'inverse, dans les marchés publics de défense ou de sécurité, il est impossible d'autoriser les variantes, expressément ou implicitement, lorsque le critère unique du prix est utilisé⁷⁷.

Les variantes permettent aux soumissionnaires de proposer à l'acheteur une solution ou des moyens, autres que ceux fixés dans le cahier des charges ou, plus généralement dans les documents de la consultation, pour effectuer les prestations du marché public. Il peut, par exemple, s'agir d'une solution différente de celle prévue par l'acheteur, innovante le cas échéant, ou de moyens inconnus de l'acheteur, qui permettent au candidat de remettre une offre moins chère ou techniquement supérieure. Elles permettent ainsi de ne pas figer les modalités de réalisation des projets complexes, dès le stade de la consultation. Elles peuvent, aussi, consister en un aménagement des conditions financières du marché public⁷⁸.

L'acheteur aura donc tout intérêt, notamment dans les domaines techniques ou à évolution rapide, à autoriser les variantes. Cela évite d'imposer des solutions routinières, favorisant ainsi l'accès des entreprises innovantes ou de nouvelles entreprises aux marchés publics. Ce dispositif est particulièrement favorable aux petites et moyennes entreprises.

Toutefois, l'acheteur doit veiller à ce que les variantes proposées ne portent pas sur des éléments du cahier des charges identifiés par lui comme ne pouvant pas faire l'objet d'une variante et ne remettent pas en cause le projet de base⁷⁹. Il convient de noter, à ce propos, que lorsque l'acheteur autorise expressément la présentation de variante mais également, pour les marchés publics autres que de défense ou de sécurité, lorsqu'il exige la présentation de variantes, il a l'obligation de déterminer les exigences minimales que les variantes doivent respecter ainsi que toutes les conditions particulières de leur présentation⁸⁰. L'absence de précision permettant de déterminer les caractéristiques minimales que les variantes doivent respecter est susceptible d'entacher la validité du marché⁸¹. Cette obligation ne s'impose pas lorsque le dépôt de variante est implicitement autorisé. Toutefois, il est conseillé aux acheteurs de prendre cette précaution y compris lorsque cela n'est pas imposé par la réglementation, dès lors qu'existent des éléments sur lesquels l'acheteur tient à ce qu'il n'y ait pas de variante proposée.

Toute proposition de variante qui ne respecte pas les exigences minimales et les exigences de leur présentation constitue une offre irrégulière⁸² qui, sauf à ce qu'il soit possible de la régulariser⁸³, doit être rejetée. Quant aux propositions de variantes qui remettraient en cause le projet de base, elles constituent des offres inappropriées qui ne peuvent qu'être rejetées⁸⁴.

Il est possible de présenter une offre variante sans que celle-ci accompagne nécessairement une offre de base. Cette mesure permet aux acheteurs de favoriser l'accès des PME, notamment innovantes, qui n'ont pas nécessairement la capacité de proposer une offre de base, alors qu'elles peuvent proposer des solutions alternatives tout autant adaptées au besoin. Toutefois, l'acheteur a toujours la possibilité d'exiger, dans les documents de la consultation, qu'une offre de base accompagne la ou les variantes.

L'acheteur peut également demander aux soumissionnaires qui présenteraient des offres de préciser sur quels éléments du cahier des charges porte la variante. Cette précaution est conseillée lorsque le dépôt d'une offre de base ne conditionne pas la recevabilité de la variante, l'analyse étant alors simplifiée.

Si l'acheteur décide de limiter le nombre de variantes autorisées, le dépôt d'un nombre supérieur rend toutes les variantes irrégulières et doit conduire à leur rejet en bloc, sans qu'il soit procédé à leur examen⁸⁵. En effet, il n'appartient pas à l'acheteur de se substituer au candidat pour déterminer, parmi toutes les variantes proposées, celles qui devraient être retenues ou écartées, afin de se conformer au nombre maximal des variantes autorisées. Toutefois, s'il décide d'autoriser la régularisation, l'acheteur peut demander à l'opérateur économique concerné de décider quelle est la ou les variantes à éliminer.

Qu'elle soit imposée ou simplement autorisée, la variante se caractérise par deux éléments :

- si elle est retenue, la variante se substitue à la solution de base décrite dans les documents de la consultation, dans ses éléments qui en diffèrent ;

⁷⁵ [article R. 2351-8 du code de la commande publique.](#)

⁷⁶ [articles R. 2151-8 à R. 2151-11 du code de la commande publique.](#)

⁷⁷ [article R. 2351-8 du code de la commande publique](#)

⁷⁸ Par exemple, un prix dégressif à partir du moment où le minimum du marché a été atteint ([CE, 8 mars 1996, M. Pelté, n° 133198](#)) ou un prix réduit si le pouvoir adjudicateur s'engage à respecter un délai de paiement plus court que le délai maximal prévu par la réglementation.

⁷⁹ Par exemple, proposer la construction d'un catamaran alors que la mise en concurrence portait sur celle d'un monocoque : [CE, 28 juillet 1999, Institut français de recherche scientifique pour le développement en coopération et Société Océa, n° 186051 et 186219.](#)

⁸⁰ [articles R. 2151-10 et R. 2351-9 du code de la commande publique.](#)

⁸¹ [CAA Nancy, 15 novembre 2016, n° 15NC02087](#)

⁸² Elle est irrégulière parce qu'elle ne respecte pas les exigences formulées dans les documents de la consultation.

⁸³ Ce qui dépend de l'ampleur des modifications à apporter à l'offre. Ainsi, le défaut de mémoire technique présentant l'intérêt de la variante par rapport à l'offre de base, alors qu'il était exigé par l'acheteur, ne peut être régularisé car il s'agirait d'une modification substantielle de l'offre.

⁸⁴ En effet, il s'agit d'une offre qui n'est manifestement pas en mesure, sans modification substantielle, de répondre au besoin et aux exigences de l'acheteur formulés dans les documents de la consultation.

⁸⁵ [CAA Versailles, 22 octobre 2015, n° 14VE00258](#)

- le choix de retenir une variante ne découle que de l'application des critères d'attribution qui permette de considérer qu'elle est économiquement la plus avantageuse parmi l'ensemble des offres de base et des variantes présentées.

3.3.1.2. Les prestations supplémentaires éventuelles (PSE)

L'acheteur peut demander aux soumissionnaires de proposer, dans leur offre, des prestations supplémentaires, qu'il se réserve le droit de commander ou non lors de la signature du contrat. Ces prestations doivent être en rapport direct avec l'objet du marché et le cahier des charges doit définir leurs spécifications techniques avec précision.

Les PSE ne constituent pas des variantes au sens du droit de l'Union européenne. En effet, le choix entre les offres de bases et les variantes au sens du droit de l'Union européenne suppose l'application des critères d'attribution. Le choix de retenir une ou plusieurs PSE, au contraire, ne dépend pas de l'application des critères d'attribution.

Dans tous les cas, l'acheteur veillera à limiter les prestations supplémentaires qu'il définit. En effet, une multiplication des PSE pourrait être assimilée à une mauvaise définition des besoins de l'acheteur.

Au choix de l'acheteur, indiqué dans les documents de la consultation, les soumissionnaires auront soit l'obligation de répondre aux PSE dans leur offre, soit une simple faculté d'y répondre.

Les PSE se distinguent des variantes décrites ci-dessus dans la mesure où :

- dans toutes les hypothèses, leur définition appartient au seul acheteur qui doit faire figurer dans les documents de la consultation les spécifications techniques précises qui les régissent ;
- si elle est retenue, la PSE ne se substitue pas à la solution de base décrite dans les documents de la consultation mais vient s'ajouter à ce qu'il sera possible d'exécuter dans le cadre du marché public⁸⁶ ;
- le choix de retenir une PSE ne découle pas de l'application des critères d'attribution.

3.3.1.3. Les « options »

Attention, les options n'entrent pas dans le régime des articles [R. 2151-8 à R. 2151-11](#) du code de la commande publique ou des articles [R. 2351-8 à R. 2351-10](#) (pour les marchés de défense ou de sécurité) du code de la commande publique. Les développements qui suivent ne sont donnés qu'afin de souligner la distinction entre les variantes et les PSE, d'un côté, et les options de l'autre.

Les options correspondent à une notion du droit de l'Union européenne qui figure dans les modèles d'avis d'appel à la concurrence. Elles constituent des prestations susceptibles de s'ajouter, sans remise en concurrence, aux prestations commandées de manière ferme dans le cadre du marché public et qui doivent être prévues dans le contrat initial. Il peut s'agir :

- de marchés publics de travaux ou de services similaires [articles [R. 2122-7](#) et [R. 2322-12](#) (pour les marchés de défense ou de sécurité) du code de la commande publique] ;
- de tranches optionnelles (anciennes « tranches conditionnelles ») [[articles R. 2113-4 à R. 2113-6 et R. 2313-2 \(pour les marchés de défense ou de sécurité\) du code de la commande publique](#)] ;
- de la reconduction du marché public [articles [R. 2112-4](#) et [R. 2312-5 \(pour les marchés de défense ou de sécurité\) du code de la commande publique](#)] ;
- de certaines formes de clauses de réexamen⁸⁷.

Ces options, que l'acheteur se réserve le droit de ne pas lever, doivent être prises en compte dans le calcul des seuils.

Ne sont pas des options, les prestations dont le besoin apparaît en cours d'exécution du marché public et sont rendues nécessaires à son exécution. Les modifications du marché public en cours d'exécution⁸⁸, les marchés publics de fournitures complémentaires (a) des articles [R. 2122-4](#) et [R. 2322-8](#) (pour les [marchés de défense ou de sécurité\) du code de la commande publique](#) et les marchés publics complémentaires de services ou de travaux de l'article [R. 2322-11](#) du code de la commande publique ne sont donc pas des options⁸⁹.

Les options se distinguent des variantes dans la mesure où :

- elles ne sont jamais à l'initiative de l'opérateur économique ;
- elles ne se substituent pas à l'offre de base lorsqu'elles sont levées.

⁸⁶ Ce qui explique que les PSE doivent être limitées pour ne pas dénaturer la définition du besoin.

⁸⁷ Voir la fiche technique « [Les modalités de modification des contrats en cours d'exécution](#) ».

⁸⁸ Parmi lesquels figurent les marchés publics supplémentaires de travaux, de fournitures ou de services [articles [R. 2194-2](#) et [R. 2314-1](#) (pour les marchés de défense ou de sécurité) du code de la commande publique].

⁸⁹ [CE, 15 juin 2007, Ministre de la défense, n° 299391](#).

Elles se distinguent des PSE dans la mesure où la possibilité de les lever ou non ne dépend pas d'une décision de l'acheteur au moment de la signature du marché public.

3.3.2. L'analyse des variantes et des PSE

3.3.2.1. L'analyse des variantes

Les offres de base et les variantes, qu'elles soient imposées ou autorisées, sont jugées en une seule fois sur la base des mêmes critères et selon les mêmes modalités, définis dans les documents de la consultation.

L'acheteur doit donc attacher la plus grande attention à la définition des critères de choix de l'offre. Il veillera ainsi à définir des critères et des modalités de jugement des offres qui lui permettent de tenir compte des avantages attendus de l'ouverture aux variantes. Afin de pouvoir apprécier les variantes par rapport à ces critères, il est conseillé aux acheteurs de déterminer, dans les documents de la consultation, non seulement les documents à produire au titre de la solution de base, mais également les pièces nécessaires à l'appréciation de l'intérêt des variantes.

C'est l'offre qui est identifiée comme économiquement la plus avantageuse qui est retenue, qu'elle corresponde à une offre de base ou à une variante.

Lors de la signature du marché public, l'acheteur veillera à bien identifier l'offre choisie, en précisant notamment, s'il retient la variante, et, le cas échéant, laquelle, ou l'offre de base.

3.3.2.2. ► L'analyse des PSE

La méthode d'analyse dépend du fait de savoir si l'acheteur a imposé à tous les soumissionnaires de proposer dans leur offre des PSE ou si la réponse aux PSE était facultative pour eux.

- L'analyse et la levée des PSE « obligatoires »

Lorsque l'acheteur impose aux soumissionnaires de fournir ces prestations en complément de l'offre, elles sont prises en compte lors de l'évaluation comparative des offres. L'acheteur doit alors évaluer et classer les offres, en tenant compte de l'offre « de base » et des prestations supplémentaires réunies.

Cela impose au service acheteur de procéder à autant de classement des offres qu'il y a de combinaisons possibles. Ainsi, dans l'hypothèse où trois PSE sont prévues, il conviendra de procéder à huit classements différents des offres :

- un qui correspond à l'hypothèse où ne serait retenue que l'offre « de bases » ;
- un qui correspond à l'hypothèse où serait retenue l'offre de base avec la PSE 1 ;
- un qui correspond à l'hypothèse où serait retenue l'offre de base avec la PSE 2 ;
- un qui correspond à l'hypothèse où serait retenue l'offre de base avec la PSE 3 ;
- un qui correspond à l'hypothèse où serait retenue l'offre de base avec les PSE 1 et 2 ;
- un qui correspond à l'hypothèse où serait retenue l'offre de base avec les PSE 1 et 3 ;
- un qui correspond à l'hypothèse où serait retenue l'offre de base avec les PSE 2 et 3 ;
- un qui correspond à l'hypothèse où serait retenue l'offre de base avec les PSE 1, 2 et 3.

En effet, le choix de retenir telle ou telle PSE appartient toujours à la seule personne compétente pour attribuer le marché public (voir ci-dessous).

Une fois ces différents classements opérés, l'acheteur décide s'il veut retenir des PSE et lesquelles. Il choisit alors le classement correspondant à ce choix et, dans ce classement, retient l'offre économiquement la plus avantageuse. C'est l'offre qui est identifiée comme économiquement la plus avantageuse, dans le classement correspondant au choix de l'acheteur (offre « de base » seule ou offre de base plus telle ou telle PSE), qui est retenue et, l'examen des offres ayant été opéré en tenant compte de l'offre « de base » et des PSE, ces dernières devront être retenues. Il n'a alors pas la possibilité de ne pas retenir ces PSE.

Lors de la signature du marché public, l'acheteur veillera à bien préciser que les PSE ont été retenues. L'acheteur ne peut pas renoncer aux PSE qu'il a retenues pendant l'exécution du marché public.

- L'analyse et la levée des PSE « facultatives »

Dans l'hypothèse où l'acheteur n'a pas exigé des soumissionnaires qu'ils répondent aux PSE dans leur offre, les PSE ne sont pas prises en compte lors de l'analyse des offres⁹⁰. Dans cette hypothèse, l'acheteur analyse en une seule fois l'ensemble des offres, sans tenir compte des PSE.

⁹⁰ [CE, 15 juin 2007, Ministre de la Défense, n° 299391.](#)

L'acheteur ne pourra décider de retenir les PSE que si elles sont associées à l'offre retenue après examen des offres. Ce choix est effectué au moment de l'attribution. L'acheteur ne peut pas renoncer aux PSE qu'il a retenues pendant l'exécution du marché public.

3.4. La procédure de sélection des offres au moyen d'enchères électroniques (6° de l'article L. 2125-1 et articles R. 2162-57 à R. 2162-66 du code de la commande publique et 3° de l'article L. 2325-1 et articles R. 2362-13 à R. 2362-18 du code de la commande publique, pour les marchés de défense ou de sécurité)

Les enchères électroniques « ont pour but de sélectionner par voie électronique, pour un marché de fournitures d'un montant égal ou supérieur aux seuils de procédure formalisée, des offres en permettant aux candidats de réviser leurs prix à la baisse et de modifier la valeur de certains autres éléments quantifiables de leur offre ». Celle-ci ne constitue donc pas une procédure de passation mais une modalité particulière de sélection des offres qui intervient dans le cadre d'une procédure formalisée et qui doit en respecter les exigences.

En outre, le champ d'application de cette modalité de sélection reste très limité. L'acheteur ne peut en effet recourir à l'enchère électronique que pour les marchés de fournitures d'un montant égal ou supérieur aux seuils de procédure formalisée.

Dès l'avis de marché ou l'invitation à confirmer l'intérêt, l'acheteur doit mentionner son choix de recourir à une enchère électronique inversée. L'article [R. 2162-59 du code de la commande publique](#) précise par ailleurs la liste des informations devant figurer dans les documents de la consultation⁹¹.

L'enchère « intervient après une première évaluation complète des offres, conformément aux critères d'attribution, permettant leur classement sur la base d'un traitement automatisé »⁹². La procédure d'enchère commence ainsi après que les offres ont été classées une première fois au regard des critères ne faisant pas l'objet de l'enchère. À cet égard, l'article [R. 2162-57](#) du code de la commande publique précise que l'enchère peut porter, soit uniquement sur le prix lorsque le marché est attribué sur la base de ce seul critère, soit sur le prix ou sur d'autres éléments quantifiables lorsque le marché est attribué sur la base d'un coût ou d'une pluralité de critères⁹³.

Tous les soumissionnaires qui ont présenté des offres recevables doivent être invités simultanément, par des moyens électroniques, à participer à l'enchère électronique, conformément aux instructions données par l'acheteur qui figurent dans l'invitation.

Au cours de l'enchère, qui peut être organisée en plusieurs phases, chaque candidat présente, en fonction des informations fournies par l'acheteur et de ses résultats, de nouveaux prix ou de nouvelles valeurs dans les conditions définies par les documents de la consultation.

La formule mathématique utilisée pour déterminer les reclassements automatiques, à chaque nouvelle présentation de prix ou valeur, doit être portée à la connaissance des candidats dans l'invitation. Cette formule doit intégrer la pondération des critères telle qu'annoncée dans les documents de la consultation.

À l'issue de la procédure, le marché est attribué à l'offre économiquement la plus avantageuse sous réserve que celle-ci ne soit pas anormalement basse.

⁹¹ « Les documents de la consultation de l'enchère électronique comprennent les informations suivantes : 1° Les éléments des offres sur lesquels porte l'enchère électronique ; 2° Le cas échéant, les valeurs minimales et maximales qui pourront être présentées ; 3° La nature des informations qui seront mises à la disposition des soumissionnaires au cours de l'enchère électronique et le moment où elles le seront ; 4° Les informations pertinentes sur le déroulement de l'enchère électronique, notamment les conditions dans lesquelles les soumissionnaires pourront enchérir et les écarts minimaux qui, le cas échéant, seront exigés pour enchérir ; 5° Les informations pertinentes sur le dispositif électronique utilisé et sur les modalités et spécifications techniques de connexion ».

⁹² Voir article [R. 2162-60](#) du code de la commande publique.

⁹³ « L'enchère électronique ne peut porter que sur des éléments se prêtant à une évaluation automatique par des moyens électroniques, sans aucune intervention ni appréciation de la part du pouvoir adjudicateur, à savoir des éléments qui sont quantifiables pour pouvoir être exprimés en chiffres ou en pourcentages » : cons. 67 de la directive 2014/24/UE.