

Références :

Code de la commande publique.
Les articles cités sont issus du nouveau Code entré en vigueur le 1er avril 2019.

Circulaire du 14 fév. 2012 - Guide Bonnes Pratiques JO du 15/02/2012 Minefi

L'EXAMEN DES OFFRES

L'acheteur a lancé une procédure de marché public pour répondre à un besoin, les candidats admis à présenter leurs offres sont sélectionnés, il s'apprête à analyser les offres ...

Une question préliminaire à se poser :

Les offres sont-elles conformes ou acceptables ?

NON :

Le pouvoir adjudicateur doit éliminer les offres non conformes avant la phase d'analyse.

OUI :

La sélection des offres s'effectue en fonction des **critères retenus dans le dossier de consultation**.

Le pouvoir adjudicateur rédige un **rapport d'analyse des offres**, dans le respect des principes de la commande publique (transparence, égalité de traitement) et des méthodes de notation retenues (pondération des critères si possible ou hiérarchisation décroissante), à l'issue d'une négociation, le cas échéant, pour choisir le titulaire.

En pratique **l'offre retenue est la plus économiquement avantageuse**, selon une pluralité de critères liés à l'objet du marché et/ou ses conditions d'exécution ou un critère unique de prix ou coût global lié au cycle de vie de la prestation - Articles L 2112-2 et R 2152-7 et suivants.

Qu'est-ce qu'une offre non conforme ?

L'examen des offres permet de sélectionner l'offre la plus économiquement avantageuse parmi les offres régulières acceptables et appropriées, par conséquent l'acheteur doit procéder à un premier contrôle quant à la qualité des offres présentées par les candidats.

☞ Les offres irrégulières :

- ⇒ Les offres incomplètes ;
- ⇒ Les offres qui ne respectent pas les obligations légales en matière sociales et environnementales ;
- ⇒ Les offres ne respectant pas les exigences des documents de consultation – Art. L 2152-2.

N.B : Exemples d'irrégularités pour non-respect du règlement de consultation :

- Une candidature est incomplète si elle ne respecte pas les prescriptions du règlement de consultation qui est un document obligatoire dans toutes ses mentions, sauf si ces prescriptions s'avèrent manifestement inutiles (le non respect de l'exigence de remise des documents sur clé USB impose le rejet de la candidature pour irrégularité – CE 22/05/2019 req n°426763 Sté Corsica Ferries).

- Une offre ne peut PAS être rejetée au motif qu'elle ne se conforme pas à une disposition du dossier de consultation qui serait contraire au droit de la commande publique (le candidat évincé obtient l'annulation de la procédure du marché qui imposait de répondre obligatoirement à tous les lots, en méconnaissance de l'article 10 de l'ordonnance - CE 1/06/2011 req n°346405, Sté Koné).
- Une offre ne répondant pas exactement aux exigences techniques du CCTP ne peut PAS être écartée si elle propose une installation d'un équipement offrant une performance équivalente (matériel de sonorisation – CAA Douai 05/01/2024 n°22DA02510).

N.B : Avant le nouveau code, l'acte d'engagement non signé ou par une personne incompétente était une offre incomplète - CE 27/10/2011 req n°350935, Département des Bouches du Rhône.

Désormais, une offre qui ne porte pas de signature ne peut PAS être rejetée comme irrégulière pour ce seul motif, puisque l'obligation de signature de l'acte d'engagement au stade du dépôt de l'offre n'est plus obligatoire depuis la réforme.

➡ **Les offres inappropriées :**

- ⇒ Les offres qui apportent une réponse sans rapport avec l'objet du marché ;
- ⇒ Les offres qui ne répondent pas au besoin de l'acheteur ou aux exigences formulées dans les documents de consultation sans modification substantielle – Art. L 2152-4.

➡ **Les offres inacceptables :**

- ⇒ Les offres dont le prix excède les crédits budgétaires alloués avant le lancement du marché - Art. L 2152-3.

Une offre simplement supérieure à l'estimation du marché n'est pas automatiquement inacceptable (Réponse ministérielle 15/10/2013 question n° 32664 JO AN du 16/07/2013). Il faut démontrer que l'estimation du besoin est réaliste et qu'existe une réelle incapacité à financer le marché, compte tenu des crédits et/ou de l'enveloppe financière votés.

Exemples :

- le juge a refusé la qualification d'offre inacceptable une offre supérieure de 25% pour un marché de nettoyage (CE 24/06/2011 req n° 346665 OPHLM Essone).
- L'offre supérieure à une estimation confidentielle évoquée au moment du RAO ne peut être rejetée, même si l'acheteur produit un extrait du BP (TA Mayotte 07/08/2024 req n° 2401290).
- Une offre supérieure de 74,9 % du montant prévisionnel des honoraires de maîtrise d'œuvre calculé en fonction du budget prévisionnel des travaux est inacceptable (CAA Toulouse 05/12/2023 n°22TL21015).

➡ **Les offres anormalement basses :**

L'acheteur, après avoir sollicité des précisions auprès de l'opérateur, doit rejeter une offre qui lui paraît basse au vu des prestations sollicitées, y compris pour la part sous-traitée.

- ⇒ Le prix proposé ne correspond pas à la réalité économique (cf. § 15.2 du Guide des bonnes pratiques).
- ⇒ Le prix de l'offre apparaît bas dans sa globalité, l'acheteur ne peut pas rejeter l'offre au motif qu'un prix d'une prestation isolée était bas ou non facturé (CE13/03/2019 req n° 425191 Sepur).
- ⇒ Le prix correspond à un « bas coût » dû au non-respect des obligations en matière environnementale, sociale ou du droit du travail national, et des normes communautaires et internationales – Art. R 2152-4.

Quelles procédures mettre en œuvre face aux offres non conformes ?

➡ **L'élimination des offres inappropriées, irrégulières et inacceptables avant le classement des offres.**

Si toutes les offres sont éliminées, le marché est déclaré sans suite ou infructueux.

- ⇒ Lancement d'un nouveau marché dans le cas où les conditions initiales ne sont pas substantiellement modifiées selon des procédures différentes :

- soit une **procédure avec négociation** si les offres sont irrégulières ou inacceptables dans le cadre d'un appel d'offre ou d'un MAPA sans négociation - Art. R 2124-3 6° ;
- soit un **marché négocié sans publicité préalable et sans mise en concurrence** si les offres sont inappropriées, dans tous les autres cas - Art. R 2122-2.

➤ Le traitement des offres anormalement basses :

⇒ Le pouvoir adjudicateur doit solliciter des précisions auprès du candidat, pour que ce dernier puisse se justifier dans un délai raisonnable. En cas de justifications insuffisantes, l'acheteur doit écarter l'offre par une décision motivée – Art. R 2152-3.

⇒ Les candidats pour justifier le coût doivent produire des éléments relatifs aux :

- Modes de fabrication ou de construction, modalités de prestation ;
- Solutions techniques ou financières avantageuses ;
- Originalité de l'offre ;
- Réglementation applicable en matière environnementale, sociale, et du travail en vigueur au lieu d'exécution ;
- Bénéfice d'une aide d'Etat compatible avec les prescriptions du droit européen.

⇒ L'offre ne pourra pas être rejetée si elle est économiquement viable au vu de ses caractéristiques techniques et financières. Le faible prix ne peut à lui seul justifier le rejet de l'offre (CE 29/05/2013 req n° 366606 Sté Artéis).

N.B : En cas de contentieux, le juge administratif effectue un contrôle restreint quant à l'appréciation du caractère anormalement bas. Il vérifie que le pouvoir adjudicateur a bien motivé la décision de rejet et également que ce dernier a pris la peine de solliciter des précisions et des justifications auprès du candidat, sans pour autant lui poser des questions spécifiques (CE 29/10/2013 req n° 371233, Dpt du Gard).

➤ La régularisation de l'offre

Le nouveau Code facilite la régularisation des offres irrégulières même si le pouvoir adjudicateur n'est jamais tenu d'inviter un candidat à régulariser son offre (CE 20/05/2009 req n°318871 Département du Var) ; il n'est pas obligé de justifier ce choix (CE 21/03/2018, req n°415929).

⇒ Pour les procédures sans négociation (appel d'offre et MAPA sans négociation) : L'acheteur doit rejeter les offres inappropriées ou inacceptables et anormalement basses. Il peut désormais solliciter la régularisation des offres irrégulières (ou incomplètes) ou qui ne satisfont pas aux exigences sociales et environnementales, dans un délai raisonnable avant la phase d'analyse des offres – Art R 2152-1.

⇒ Pour les procédures où la négociation est prévue (MAPA et procédures négociées) : l'acheteur doit rejeter les offres inappropriées et anormalement basses. Le rattrapage des offres irrégulières ou inacceptables intervient au cours de la phase de négociation sans pouvoir modifier les caractéristiques substantielles des offres. L'acheteur peut dans un délai approprié, solliciter tous les soumissionnaires concernés pour régulariser leurs offres - Art. R 2152-2.

N.B : La jurisprudence valide la régularisation des offres dans tous les cas :

- si une simple information fait défaut : information manquante dans le bordereau de prix mais figurant à une annexe (TA Nice 8/11/2010 Sté APX n°1004131); informations manquantes non exigées dans le cahier des charges (TA Nîmes 16/06/2011 Sté versant travaux spéciaux n°1101737); erreur formelle sur la présentation des plis qui restent néanmoins cachetés jusqu'à la CAO (TA Orléans 25/09/2011 req n° 1000629 Sté In Elec et a.).

- pour régulariser des erreurs matérielles, lorsque l'erreur est évidente et est purement matérielle (par exemple : erreur grossière dans le bordereau de prix - 22 euros au lieu de 220 euros – CE 21/09/2011 req n°349149 Département des Hauts de Seine / erreur de plume dans le calcul du prix final – CE 05/02/2018 req n° 414508 Nice Métropole).

➤ La mise au point de l'offre

La mise au point des composantes du marché avant sa signature est possible en accord avec le soumissionnaire retenu, à condition qu'elle n'entraîne pas de modification substantielle des caractéristiques initiales du marché ou que la variation de l'offre ne fausse pas la concurrence ou n'ait pas un caractère discriminatoire – Art. R 2152-13.

Quelles précautions prendre ?

➤ Une évaluation économique réaliste du besoin.

La méthode à retenir est celle du coût global calculé Hors Taxe sur la durée du marché, reconductions comprises et comprend les options et les éventuelles primes. La valeur retenue est celle estimée au jour

de la publication de l'avis de publicité et tient compte des éventuelles évolutions au cours de la durée du marché.

➤ **L'utilisation du sourçage peut s'avérer très utile en amont – Art. R 2111-1 et R 2111-2.**

L'acheteur sollicite des opérateurs économiques pour définir son besoin en recueillant des avis, ou en réalisant de véritables études de marché.

Attention, il est nécessaire de prendre des mesures pour ne pas délivrer des informations à ces seuls opérateurs, susceptibles de les placer en position plus favorable s'ils décidaient de se porter candidat, sous peine de devoir exclure les candidats trop informés en application de l'article L 2141-8 2° relatif aux interdictions de soumissionner. Il faut par conséquent définir le cadre des sollicitations des entreprises au vu de son besoin et de la structure du marché concurrentiel.

➤ **La vigilance lors de la rédaction du dossier de consultation** : les besoins et les exigences attendues doivent bien être précisées, la liste des documents à produire doit être détaillée et exhaustive.

➤ **Une rapide phase d'analyse économique** de l'offre dans sa globalité pour déterminer quelles offres seront admises à concourir. La pratique veut qu'on se réfère aux prescriptions du cahier des charges et de la moyenne des offres remises pour écarter les offres hautes ou de complaisance et les offres basses.