

L'EXAMEN DES OFFRES

Comment choisir l'offre économiquement la plus avantageuse ?

L'examen des offres doit permettre à l'acheteur de choisir l'offre économiquement la plus avantageuse. Le choix des critères de sélection pertinents au regard de l'objet du marché public 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, 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 68 du décret n° 2016-360 du 25 mars 2016 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 CGCT¹, 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 de l'acheteur².

L'examen des offres, en tant que tel, se décompose en deux phases, précisées par les articles 59 et 62 du décret. Ainsi, après avoir vérifié « *que les offres qui n'ont pas été éliminées en application du IV de l'article 43 sont régulières, acceptables et appropriées* », 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 toute première étape présidant à l'examen des offres est donc la détermination, par l'acheteur, des critères de sélection les plus appropriés au regard de son besoin.

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 public 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.

1.1. Le choix des critères

1.1.1. Principes généraux

Le choix des critères permettant, eu égard à l'objet du marché public, de sélectionner l'offre économiquement la plus avantageuse relève de la liberté de l'acheteur³. 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

¹ Cf. article 101 de l'ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics.

² CAA Bordeaux, [Commune de Bègles](#), 2 juin 2015, n° 13BX01692.

³ CE, 23 novembre 2011, [Communauté urbaine de Nice-Côte d'Azur](#), n° 351570.

ces critères soient non discriminatoires et liés à l'objet du marché public ou à ses conditions d'exécution au sens de l'article 38 de l'ordonnance du 23 juillet 2015⁴.

Les critères retenus doivent également être objectifs et suffisamment précis afin de ne pas laisser une liberté de choix discrétionnaire à l'acheteur⁵. 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 procédures⁶. 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 retenu⁷.

L'article 62 du décret 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 public concerné.

Ex : Un critère portant sur l'âge des véhicules peut être retenu dans le cadre d'un marché public 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 public⁸.

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 candidats⁹. 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 retenu¹⁰. 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 technique¹¹, à condition que ces éléments aient une influence significative sur le niveau d'exécution du marché public.

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 [public] et la nature des prestations à réaliser et n'a pas d'effet discriminatoire* »¹².

⁴ « Sont réputées liées à l'objet du marché public les conditions d'exécution qui se rapportent aux travaux, fournitures ou services à fournir en application du marché public, à quelque égard que ce soit et à n'importe quel stade de leur cycle de vie, y compris les facteurs intervenant dans le processus spécifique de production, de fourniture ou de commercialisation de ces travaux, fournitures ou services ou un processus spécifique lié à un autre stade de leur cycle de vie, même lorsque ces facteurs ne ressortent pas des qualités intrinsèques de ces travaux, fournitures ou services ».

⁵ CE, 28 avril 2006, [Commune de Toulouse](#), n° 280197 ; CE, 5 novembre 2008, [Commune de Saint-Nazaire](#), n° 310484. L'article 52 de l'ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015 pose également cette exigence.

⁶ Cons. const., décision 2003-473 DC du 26 juin 2003 ; CE, 23 décembre 2009, [Établissement public du musée et du domaine national de Versailles](#), n° 328827.

⁷ CJUE, 27 octobre 2005, [Commission c/ Espagne](#), C-158/03 ; CE, 29 juillet 1994, [Commune de Ventenac-en-minervois](#), n° 131562.

⁸ CE, 17 juillet 2013, [Département de la Guadeloupe](#), n° 366864.

⁹ CE, 29 décembre 2006, [Société Bertele SNC](#), n° 273783.

¹⁰ Cf. Article 62 du décret.

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

¹² CE, 2 août 2011, [Parc naturel régional des Grands Causses](#), n° 348254.

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, l'acheteur peut ne choisir qu'un seul critère pour attribuer le marché public 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.

Conformément à l'article 62 du décret, 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 63. 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. A 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. Dès lors 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. L'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 esthétique¹³.

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 public. Dans ce cas, la mise en concurrence s'effectuera uniquement sur les autres critères.

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 l'acheteur de prendre en compte des éléments de développement durable. L'article 62 du décret retient ainsi parmi les critères possibles : les performances en matière de protection de l'environnement, 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 public ou ses conditions d'exécution¹⁴. Dans ce dernier cas, le critère doit se rapporter à des ressources susceptibles d'être effectivement mobilisées par le candidat pour l'exécution du marché public¹⁵. Il n'est, par exemple, pas

¹³ CE, 5 novembre 2008, [Commune de Saint-Nazaire](#), n° 310484.

¹⁴ 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, CJUE, 17 septembre 2002, [Concordia Bus Finland](#), aff. C-513/99, point 64 et suivants.

¹⁵ CJUE, 4 décembre 2003, [ENV AG et Wienstrom GmbH contre Republik Osterreich](#), aff C-448/01, points 66 et 67.

possible d'examiner les offres à l'aune d'un critère relatif à la politique sociale de l'entreprise¹⁶. En revanche, le Conseil d'État 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 public 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'insertion¹⁷. Dans la mesure où elles concernent les modalités de production des produits, objet du marché public, des exigences en matière de commerce équitable peuvent de même être prises en compte¹⁸.

L'acheteur peut également recourir aux labels afin d'apprécier un critère. Conformément à l'article 10 du décret, lorsqu'il souhaite acquérir des travaux, des fournitures ou des services présentant certaines caractéristiques d'ordre environnemental, social ou autre, l'acheteur peut exiger un label particulier dans les critères d'attribution en tant que moyen permettant de prouver que les travaux, services ou fournitures correspondent aux caractéristiques requises. 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)¹⁹.

L'article 10 pose à cet égard un certain nombre de conditions qui doivent être respectées, relatives notamment aux modalités d'obtention du label en question. Lorsqu'un opérateur économique n'avait manifestement pas la possibilité d'obtenir le label particulier spécifié par l'acheteur ou un label équivalent, celui-ci doit par ailleurs 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 public. Dans le cas contraire, seuls les éléments liés à l'objet du marché public peuvent être exigés par l'acheteur.

1.2. Les modalités de mise en œuvre des critères

1.2.1 Pondération et hiérarchisation des critères

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 ».

¹⁶ CE, 15 février 2013, [Société Derichebourg polyurbaine](#), n° 363921. A 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 ».

¹⁷ CE, 25 mars 2013, [Département de l'Isère](#), n° 364950.

¹⁸ CJUE, 10 mai 2012, [Commission européenne c/ royaume des Pays-Bas](#), aff. C-368/10, points 89 et suivants.

¹⁹ 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. A 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.

Pour les marchés passés selon une procédure formalisée, la pondération est le principe²⁰. 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 impossibilité²¹.

Pour les marchés publics 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.

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 le cahier des charges, donner aux candidats une information appropriée sur les critères d'attribution du marché publics ainsi que sur les conditions de leur mise en œuvre²², c'est-à-dire soit la pondération, soit la hiérarchisation.

Les critères d'attribution doivent être définies avec précision « *de manière à permettre à tous les soumissionnaires raisonnablement informés et normalement diligents de les interpréter de la même manière* »²³. A 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 sélection²⁴. De tels sous-critères doivent en effet être regardés comme de véritables critères²⁵.

²⁰ CE, 29 juin 2005, *Commune de la Seyne-sur-Mer*, n° 267992.

²¹ CE, 7 octobre 2005, *Communauté urbaine Marseille-Provence Métropole*, n° 276867, CE, *Ministre de la défense*, 5 avril 2006, n° 288441.

²² Article 62, IV ; pour les procédures adaptées, voir CE, *ANPE*, 30 janvier 2009, n° 290236.

²³ CJUE, 18 octobre 2001, *SIAC construction ltd*, aff. C-19/00, point 42.

²⁴ CE, 18 juin 2010, *Commune de Saint-Pal-de-Mons*, n° 337377 ; CE, 17 juin 2015, *Société Proxiserve*, n° 388457.

²⁵ Cela s'applique également aux sous-critères, CAA Nantes, *Commune de la Bohalle*, 19 décembre 2014, n° 13NT03257.

Ex : 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 publique²⁶. 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 public²⁷.

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. A 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 public, il prévoit que la valeur des offres sera examinée au regard d'une caractéristique technique déterminée²⁸.

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.

2. Avant de procéder à leur classement, l'acheteur doit s'assurer de la recevabilité des offres.

L'article 57 du décret 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.

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 l'article 59 du décret n° 2015-360 ou par l'article 56 du décret n° 2016-361, une offre peut être qualifiée d'irrégulière, d'inacceptable ou d'inappropriée, elle doit être rejetée par l'acheteur.

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 notamment parce qu'elle est incomplète, ou qui méconnaît la législation applicable notamment en matière sociale et environnementale.

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 public, une offre ne les prenant pas en compte ne peut pas être jugée irrégulière²⁹. En conséquence, les offres jugées anormalement basses constituent des offres irrégulières, dans la mesure où

²⁶ CAA Nantes, 20 juillet 2012, [Société Axiroute](#), n°10NT01815.

²⁷ CAA Bordeaux, 14 mai 2009, [Communauté d'agglomération du territoire de la Côte Ouest](#), n°07BX00712.

²⁸ CE, 9 novembre 2015, [Société Les Autocars Roger Ceccaldi](#), n° 392785.

²⁹ CE, 19 décembre 2014, [Valor'Aisne](#), n°384014.

l'acheteur est tenu de les rejeter en application de l'article 53 de l'ordonnance n° 2015-899, de l'article 60 du décret n° 2016-360 et de l'article 57 du décret n° 2016-361.

Ex: 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 renseigner³⁰ ;
- 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 couvertes³¹ ;
- 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 réduite³² ;
- 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 consultation³³ ;
- 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'empêchement³⁴.

Ex: 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 pierre³⁵ ;
- 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'examen de biologie médicale au tarif de la nomenclature de la sécurité sociale³⁶ ;
- 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.

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 marché³⁷. Le caractère inacceptable de l'offre est ainsi directement lié à la capacité de l'acheteur en matière de financement du projet d'achat³⁸.

³⁰ CE, 12 janvier 2011, *Département du Doubs*, n°[343324](#).

³¹ CE, 9 mai 2008, *Agence de maîtrise d'ouvrage des travaux du ministère de la justice*, n°[308911](#).

³² CE, 12 mars 2014, *Commune de Saint-Denis*, n°[373718](#).

³³ CE, 23 juin 2010, *Commune de Châtel*, n°[336910](#).

³⁴ CAA Versailles, 22 octobre 2015, *société Process Routage*, n°[14VE00258](#).

³⁵ CE, 30 septembre 2011, *Département de la Haute-Savoie*, n°[350153](#).

³⁶ CE, 27 avril 2011, *Président du Sénat*, n°[344244](#).

³⁷ 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.

³⁸ [Rép. min. n° 05463](#), JO Sénat, 22 août 2013, p. 2441.

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 adjudicateur³⁹.

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. A condition qu'elles ne soient pas anormalement basses, les offres irrégulières peuvent toutefois être régularisées dans un délai approprié.

La régularisation n'est qu'une simple faculté offerte à l'acheteur. 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. A 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.

Ex : Pourrait ainsi être régularisée :

- l'offre qui présente une simple erreur matérielle ;
- l'offre, dont le bordereau des prix unitaires est incomplet ou mal renseigné ;
- 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.

³⁹ CAA Nancy, 11 mai 2006, [Société Ronzat](#), n° 04NC00519.

En revanche, ne pourrait être régularisée :

- l'offre qui ne comprend pas un document important tel que le mémoire technique ;
- 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'examens 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 l'acheteur n'est pas autorisé à modifier ou rectifier de lui-même une offre irrégulière⁴⁰.

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 négociations⁴¹. Elles pourront devenir régulières ou acceptables à cette occasion.

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

2.2.3 L'infructuosité du marché public

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'infructuosité⁴². L'acheteur peut alors relancer une procédure dans les conditions fixées par le décret. A 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 concurrentielle avec négociation ou au dialogue compétitif, sous réserve de ne pas modifier substantiellement les conditions initiales du marché public⁴³ ;
- soit, dans l'hypothèse où il n'a été reçu aucune offre ou uniquement des offres inappropriées, passer un marché public en procédure négociée sans publicité et mise en concurrence préalables, pour autant que les conditions initiales du marché public ne soient pas substantiellement modifiées⁴⁴.

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

Conformément à l'article 62 du décret n° 2016-360 et à l'article 58 du décret n° 2016-360, « *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

⁴⁰ Cf. arrêt du Conseil d'Etat rendu dans le cadre de l'article 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.

⁴¹ Les offres inappropriées ne peuvent plus désormais faire l'objet de négociations en procédure adaptée, contrairement à ce que prévoyait la jurisprudence du Conseil d'Etat du 30 novembre 2011, [Ministre de la défense et des anciens combattants](#), rendue sous l'empire du code des marchés publics.

⁴² Cf. fiche technique sur la déclaration sans suite.

⁴³ Cf. fiche technique relative à la procédure concurrentielle avec négociation.

⁴⁴ Cf. fiche technique relative à la procédure négociée sans publicité ni mise en concurrence préalable.

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. Lors du classement des offres, l'acheteur devra également tenir compte de la présence d'offres variantes et variables. Enfin, pour les seuls marchés publics de fournitures passés selon une procédure formalisée, l'acheteur peut recourir au 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 du prix le plus bas ou d'autres critères quantifiables.

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 offre⁴⁵. 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-I 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 »⁴⁶, 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 irrégulières. Les précisions apportées doivent permettre au pouvoir adjudicateur de comparer les offres, dans le respect de l'égalité de traitement des candidats⁴⁷ et sans affecter le jeu de la concurrence. En aucun cas, une négociation ne peut s'instaurer permettant au soumissionnaire de modifier son offre. Le principe demeure, en effet, celui de l'intangibilité des offres⁴⁸.

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 consultation⁴⁹.

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 pondération⁵⁰. Tel est, par exemple, le cas d'une méthode de notation aboutissant à neutraliser les écarts de prix entre les différentes offres⁵¹. La méthode de notation consistant à évaluer les offres en fonction de leur

⁴⁵ IV de l'article 67 et II de l'article 70 du décret n° 2016-360 et II de l'article 63 du décret n° 2016-361.

⁴⁶ CE, 21 septembre 2011, [Département des Hauts-de-Seine](#), n° 349149.

⁴⁷ Le respect d'un tel principe exige notamment que, dès lors qu'il utilise la faculté ouverte par les articles 67 IV et 70 III, 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.

⁴⁸ CE, 16 janvier 2012, [Département de l'Essonne](#), n° 353629.

⁴⁹ CE, 31 mars 2010, [Collectivité territoriale de Corse](#), n° 334279 ; CE, 21 mai 2010, [Commune d'Ajaccio](#), n° 333737.

⁵⁰ CE, 3 novembre 2014, [Commune de Belleville-sur-Loire](#), n° 373362 ; CE, 1^{er} juillet 2015, [SNEGSQ](#), n° 381095.

⁵¹ CE, [Commune de Belleville-sur-Loire](#), précité.

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-ci⁵².

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 retenue⁵³.

Les notes négatives, en ce qu'elles sont susceptibles de fausser la pondération des critères initialement annoncée, ne peuvent non plus être utilisées⁵⁴.

Pour chaque critère, la meilleure offre doit se voir attribuer la meilleure note. A cet égard, l'acheteur peut décider d'attribuer automatiquement à la meilleure offre la note maximale⁵⁵.

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 bas⁵⁶.

Lorsque le marché public 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 offres⁵⁷. De même, pour les marchés publics 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 discriminatoire⁵⁸.

Lors de l'analyse des offres, les acheteurs doivent tenir compte du prix TTC tel qu'il est présenté par le soumissionnaire et tel qu'il devra être payé au candidat retenu. Par une ordonnance de référé du 7 janvier 2005⁵⁹, le tribunal administratif de Grenoble a considéré qu'était contraire au principe d'égalité de traitement des opérateurs économiques, le fait, pour une personne publique, de comparer l'offre d'un soumissionnaire exonéré de TVA à celles des soumissionnaires 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. L'article 58 du décret n° 2016-360, 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, y compris ce que les anciens termes de « solutions alternatives » recouvraient.

L'article 55 du décret n° 2016-361 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

⁵² Rép. min. n° 00425, JO Sénat, 23 août 2007, p.1473 ; CE, 29 octobre 2013, [OPH Val d'Oise Habitat](#), n° 370789.

⁵³ CAA Paris, 8 février 2016, [Société RJ 45 Technologies](#), n° 15PA02953.

⁵⁴ CE, 18 décembre 2012, [Département de la Guadeloupe](#), n° 362532.

⁵⁵ CE, 15 février 2013, [Société SFR](#), n° 363854.

⁵⁶ CE, [OPH Val d'Oise Habitat](#), précité.

⁵⁷ CE, 2 août 2011, [SIVOA](#), n° 348711.

⁵⁸ [Rép. min. du 1^{er} mars 2007](#), n° 21278, JO Sénat, p.457.

⁵⁹ TA de Grenoble, 7 janvier 2005, [Société PH](#), n° 0406616.

envisageables dans les marchés publics de défense ou de sécurité, rien dans le décret n° 2016-361 ou l'ordonnance n° 2015-899 ne s'y opposant.

Bien que le décret n° 2016-360 ni le décret n° 2016-36 n'évoquent le cas des prestations supplémentaires éventuelles (PSE), l'acheteur conserve la possibilité d'en prévoir.

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

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

► 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* »⁶⁰.

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 sécurité⁶¹. Il s'agit, pour l'acheteur, d'imposer aux opérateurs économiques la présentation d'une variante (Art. 58 II du décret n° 2016-360). 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 public du décret n° 2016-361 ou du décret n° 2016-360 :

- 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 ;
- 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 consultation⁶².

Attention, le fait d'autoriser la présentation de variante, expressément ou implicitement, n'exige plus, dans les marchés publics soumis au décret n° 2016-360, de prévoir une pluralité de critères⁶³. A 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 utilisé⁶⁴.

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,

⁶⁰ CE, 5 janvier 2011, [Sté technologie alpine sécurité et commune de Bonneval-sur-Arc](#), n° 343206 et 343214.

⁶¹ La directive 2009/81/CE ne prévoit pas les « variantes imposées ».

⁶² Art. 55 du décret n° 2016-361.

⁶³ Art. 58 du décret n° 2016-360.

⁶⁴ Art. 55 du décret n° 2016-361.

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 public⁶⁵.

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 base⁶⁶. 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 présentation⁶⁷. 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 irrégulière⁶⁸ qui, sauf à ce qu'il soit possible de la régulariser⁶⁹, 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 rejetées⁷⁰.

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 examen. 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.

⁶⁵ Par exemple, un prix dégressif à partir du moment où le minimum du marché a été atteint (CE, 8 mars 1996, [M. Pelte](#), 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.

⁶⁶ 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.

⁶⁷ Art. 58 III du décret n° 2016-361 et Art. 55 du décret n° 2016-361.

⁶⁸ Elle est irrégulière parce qu'elle ne respecte pas les exigences formulées dans les documents de la consultation.

⁶⁹ 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.

⁷⁰ 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.

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 ;
- 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.

► 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.

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 public⁷¹ ;
- le choix de retenir une PSE ne découle pas de l'application des critères d'attribution.

► Les « options »

Attention, les options n'entrent pas dans le régime de l'article 58 du décret n° 2016-360 ou de l'article 55 du décret n° 2016-361. 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 (Art. 30 I 7° du décret n° 2016-360 et Art. 23 12° du décret n° 2016-361) ;
- de tranches optionnelles (anciennes « tranches conditionnelles ») (Art. 77 du décret n° 2016-360 et Art. 69 du décret n° 2016-361) ;

⁷¹ Ce qui explique que les PSE doivent être limitées pour ne pas dénaturer la définition du besoin.

- de la reconduction du marché public (Art. 16 II du décret n° 2016-360 et Art. 13 du décret n° 2016-361).

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'exécution⁷², les marchés publics de fournitures complémentaires (Art. 30 I 4° a) du décret n° 2016-360 et Art. 23 8° du décret n° 2016-361) et les marchés publics complémentaires de services ou de travaux de l'article 23 11° du décret n° 2016-361 ne sont donc pas des options⁷³.

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.

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

► 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.

⁷² Parmi lesquels figurent les marchés publics supplémentaires de travaux, de fournitures ou de services (Art. 139 2° du décret n° 2016-360 et Art. 137 I 2° du décret n° 2016-361).

⁷³ CE, 15 juin 2007, [Ministre de la défense](#), n° 299391.

► 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).

Si le choix de retenir ou non les PSE découle de l'application des critères d'attribution, il ne s'agit pas de PSE mais de variantes et la méthode d'analyse à appliquer pour déterminer l'offre économiquement la plus avantageuse doit alors être effectuée comme exposé au point correspondant.

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.

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 offres⁷⁴. Dans cette hypothèse, l'acheteur analyse en une seule fois l'ensemble des offres, sans tenir compte des PSE.

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 (articles 84 et 85 du décret n° 2016-360 et articles 73 et 74 du décret n° 2016-361)

L'enchère électronique est « *une procédure de sélection des offres réalisée par voie électronique et 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 85 précise par ailleurs la liste des informations devant figurer dans les documents de la consultation⁷⁵.

L'enchère « *intervient après une première évaluation complète des offres, conformément aux critères d'attribution, permettant que leur classement puisse être effectué sur la base d'un traitement automatisé* »⁷⁶. 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. A cet égard, l'article 84 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 critères⁷⁷.

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.

⁷⁴ CE, 15 juin 2007, [Ministre de la défense](#), n° 299391.

⁷⁵ « *Les documents de la consultation 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* ».

⁷⁶ Cf article 85.

⁷⁷ « *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* », considérant 67 de la directive 2014/24/UE.

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.

A 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.