



# Marchés publics

## Guide pour optimiser vos consultations

Demande de précisions, négociation,  
régularisation, mise au point, ...

... qu'est-il permis de faire pour obtenir les  
meilleures offres adaptées au besoin ?



**Rémi Gachon**

Consultant / Assistant a maîtrise d'ouvrage

Ancien représentant du pouvoir adjudicateur au ministère des Armées, **Rémi GACHON** est doublement diplômé d'un Master II en droit public de La Sorbonne et de l'école nationale supérieure d'ingénieurs en constructions aéronautiques (ENSICA, dorénavant ISAE).

Expert formateur dans le domaine de la commande publique.

Consultant / assistant à maîtrise d'ouvrage :

- auprès des opérateurs économiques, pour l'établissement des plis de candidatures et les plis d'offres, en réponse aux consultations publiques ;
- auprès des acheteurs, pour la rédaction de clausiers, de modèles d'actes contractuels, de dossiers de consultation des entreprises.

<http://linkedin.com/in/rémi-gachon-42421a213>

[remi42gachon@gmail.com](mailto:remi42gachon@gmail.com)



## Table des matières

<b>0 - Introduction.....</b>	<b>5</b>
<b>1 - Les différentes qualifications des offres .....</b>	<b>6</b>
1.1 - L'offre irrégulière .....	6
1.2 - L'offre inacceptable .....	8
1.3 - L'offre inappropriée .....	8
1.4 - L'offre anormalement basse (OAB) .....	9
<b>2 - Le régime des offres irrégulières, inacceptables et inappropriées .....</b>	<b>10</b>
2.1 - Ce que dit le Code de la Commande Publique .....	10
2.2 - Principes et application .....	10
2.3 - Distinction entre offre inappropriée et offre irrégulière .....	11
<b>3 - La modification des offres ou du DCE pour optimiser la consultation.....</b>	<b>12</b>
<b>4 - La demande de précisions .....</b>	<b>16</b>
4.1 - Ce que dit le Code de la Commande Publique .....	16
4.2 - Champ d'application .....	17
4.3 - Objectifs.....	17
4.4 - Cadre et conditions de mise en œuvre .....	18
4.5 - Timing et offres concernées.....	18
4.6 - Le support de la demande de précisions : OUV6.....	19
4.7 - La demande de précision dans le cadre de l'offre anormalement basse.....	19
<b>5 - La négociation.....</b>	<b>20</b>
5.1 - Les procédures permettant la négociation .....	20
5.2 - Le recours à la procédure avec négociation et au dialogue compétitif.....	21
5.3 - Offres concernées par la négociation.....	22
5.4 - La procédure avec négociation .....	23
5.4.1 - Ce que dit le Code de la Commande Publique.....	23
5.4.2 - Les objectifs de la négociation.....	24
5.4.3 - Conditions de mise en œuvre de la négociation des offres .....	24
5.4.4 - Conditions de mise en œuvre de la négociation du DCE .....	25
5.5 - Conditions de mise en œuvre de la négociation dans le cadre des dialogues compétitifs.....	27
5.6 - Conditions de mise en œuvre de la négociation dans le cadre des procédures adaptées.....	27
5.4.4 - Conditions de mise en œuvre de la négociation du DCE .....	28
5.5 - Conditions de mise en œuvre de la négociation dans le cadre des dialogues compétitifs.....	29
5.6 - Conditions de mise en œuvre de la négociation dans le cadre des procédures adaptées.....	30
<b>6 - La régularisation .....</b>	<b>31</b>

6.1 – Ce que dit le Code de la Commande Publique .....	31
6.2 – Le principe : l’offre irrégulière est éliminée.....	32
6.3 – Possibilité de régularisation et champ d’application .....	32
6.4 – Le caractère facultatif de la régularisation .....	32
6.5 – Le marché ne peut pas être attribué sur la base d’une offre irrégulière.....	33
6.6 – Les objectifs de la régularisation .....	33
6.7 – Timing.....	33
6.8 – Conditions de mise en œuvre de la régularisation.....	34
6.8.1 – Les offres anormalement basses ne peuvent pas être régularisées .....	34
6.8.2 – La régularisation ne doit pas modifier substantiellement l’offre .....	34
6.8.3 – La régularisation ne doit porter que sur la demande de l’acheteur .....	35
6.8.4 – L’acheteur ne peut pas lui-même modifier une offre irrégulière .....	35
6.8.5 – Le délai de régularisation doit être raisonnable.....	35
6.8.6 – Conséquences en cas de non-respect des conditions de mise en œuvre.....	35
6.9 – Régularisation et négociation.....	35
<b>7 - La mise au point.....</b>	<b>37</b>
7.1 – Ce que dit le Code de la Commande Publique .....	37
7.2 – Champ d’application .....	38
7.3 – Objectifs.....	38
7.4 – Cadre et conditions de mise en œuvre .....	38
7.5 – Timing et offres concernées.....	39
7.6 – Le support de la mise au point : OUV11.....	39
7.7 – La mise au point est contractuelle.....	39
<b>8 – La modification du DCE en cours de procédure.....</b>	<b>40</b>
8.1 – Modification du DCE avant réception des plis.....	40
8.2 – Modification du DCE durant la négociation.....	42
8.3 – Modification du DCE lors de la mise au point.....	42
<b>9 – Cas particulier de la procédure négociée sans publicité ni mise en concurrence préalable .....</b>	<b>43</b>

**Annexe 1** : Tableau de synthèse des différents outils permettant de modifier le DCE ou les offres

**Annexe 2** : Principe d’intangibilité du DCE instauré par l’ancien Code des Marchés Publics

## 0 - Introduction

Le droit de la commande publique doit pouvoir satisfaire l'objectif d'assurer la meilleure satisfaction des besoins de l'acheteur, tout en garantissant la parfaite égalité de traitement entre les candidats et la transparence des procédures.

Les offres remises par les soumissionnaires, en réponse au dossier de consultation des entreprises (DCE) établi par l'acheteur, sont souvent imparfaites :

- soit elles manquent de compréhension et il est alors nécessaire de demander des précisions ;
- soit elles présentent des coquilles ou erreurs mineures, auquel cas il faut les corriger ;
- soit elles ne répondent pas exactement au besoin et il serait intéressant de les améliorer ;
- soit elles sont irrégulières sur un point, mais sont globalement performantes, auquel cas il serait pertinent de les modifier.

Ou encore, c'est le DCE lui-même, établi par l'acheteur, qui présente des imprécisions, des coquilles, des erreurs, ou des exigences qui se révèlent finalement inutiles ou inatteignables.

Cette recherche de l'optimisation de l'achat public et d'une meilleure satisfaction des besoins peut être atteinte par le biais de la négociation ou par différentes techniques de modifications des documents contractuels.

Ainsi, ce guide a pour objectifs de vous donner les leviers d'action et leur cadre juridique pour rechercher la meilleure adéquation entre le besoin exprimé et l'offre des soumissionnaires. Ainsi, il :

- présente les différentes possibilités de modifications des offres et du DCE pendant la phase de consultation,
- décrit les différents outils à la disposition de l'acheteur
  - la demande de précision ;
  - la négociation ;
  - la régularisation des offres ;
  - la mise au point ;
  - la modification du DCE en cours de procédure ;
- explique à quel moment ces différents outils peuvent être mis en œuvre ;
- précise les textes juridiques et la jurisprudence fixant le cadre réglementaires de ce qui est autorisé.

## 1 – Les différentes qualifications des offres



Le Code de la Commande Publique stipule :

### **Article L2152-1**

*« L'acheteur écarte les offres irrégulières, inacceptables ou inappropriées. »*

### **1.1 – L'offre irrégulière**

L'offre irrégulière est définie à l'article L2151-2 du Code de la Commande Publique :

### **Article L2152-2**

*« 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. »*

Il s'agit donc d'une offre qui ne respecte pas la législation<sup>1</sup>, ou qui ne respecte pas les exigences administratives ou techniques formulées dans les documents de la consultation, ou qui est incomplète.

Des exemples d'offres irrégulières sont donnés ci-après :

- Offre arrivée hors délai ;
- Offre dont l'envoi ne respecte pas les conditions de transmission fixées par les documents de la consultation ;
- Offre dont la composition du groupement momentané d'entreprises (GME) a été modifiée dans les conditions contraires à ce qui est autorisé ;

<sup>1</sup> Dans l'ancien régime du code des marchés publics 2016, les offres ne respectant pas la législation étaient qualifiées d'inacceptables. Dans le nouveau régime des décrets de 2016, repris dans le Code de la Commande Publique de 2018, les offres ne respectant pas la législation sont désormais qualifiées d'irrégulières.

- Offre ne respectant pas une exigence technique du CCTP <sup>2</sup> ;
- Offre ne respectant pas une exigence fonctionnelle<sup>3</sup> ;
- Offre ne respectant pas une clause administrative du CCAP ;
- Offre ne respectant pas les conditions de présentation imposées par le règlement de la consultation en termes d'offres de base et d'options<sup>4</sup> ;
- Offre ne respectant pas le cadre de mémoire technique imposé par le règlement de la consultation<sup>5</sup> ;
- Acte d'engagement non-renseigné conformément aux exigences décrites dans le règlement de la consultation <sup>6</sup> ;
- Prix manquant ;
- CCAP ou CCTP raturé ;
- Document exigé dans le règlement de la consultation pour la remise de l'offre manquant, par exemple : mémoire technique non fourni, ou documents annexes demandés pour l'analyse des offres <sup>7 8</sup> ;
- Dans le cas où la signature est exigée : acte d'engagement non signé, ou signé par une personne non habilitée, ou signé au moyen d'un certificat électronique non autorisé par le règlement de la consultation <sup>9</sup> ;
- Note technique inférieure à un minimum, ou note égale à zéro, si ces conditions sont éliminatoires ;
- Offre méconnaissant la législation applicable ;
- Offre anormalement basse.

Il convient de faire la distinction entre « les pièces ou renseignements requis par les documents de la consultation » et les « éléments d'information » attendus par ces documents. La non-fourniture d'une pièce ou d'un renseignement requis par les documents de la consultation entraînera le rejet de l'offre pour cause d'irrégularité. La non-fourniture des éléments d'informations, permettant d'apprécier la valeur des offres au regard d'un critère ou d'un sous-critère, ne rendra pas l'offre incomplète et n'entraînera pas son irrégularité, mais aura pour unique conséquence l'attribution d'une mauvaise note, voire la note zéro, sur le critère ou sous-critère considéré<sup>10</sup>.

<sup>2</sup> Une offre ne respectant pas une exigence technique du CCTP est irrégulière et doit être éliminée.

Attention toutefois : le CCTP peut être rédigé sous la forme d'exigences souhaitables et d'exigences éliminatoires. Dans ce cas, une offre ne respectant une exigence éliminatoire est irrégulière et doit être éliminée ; une offre ne respectant pas une exigence souhaitable n'est pas irrégulière et n'est pas éliminée : elle est seulement moins bien notée car elle n'obtient pas les points associés à l'exigence souhaitable.

<sup>3</sup> CE, 9 mai 2008, Agence de maîtrise d'ouvrage des travaux du ministère de la justice, n° 308911. En l'espèce, le cahier des charges prévoyait que les circulations de la maison d'arrêt devaient être bâties et couvertes, alors que l'offre proposait qu'elles s'effectueraient en extérieur.

<sup>4</sup> CE, 23 juin 2010, Commune de Châtel, n° 336910. En l'espèce, le règlement de la consultation imposait aux candidats de présenter séparément de la solution de base l'option chiffrée.

<sup>5</sup> TA Marseille, 21 juillet 2023, Société Ludi Arles Organisation, n°2306079. En l'espèce, le mémoire technique présenté par la société ne se présentait pas sous la forme d'un tableau, ne reprenait pas le cadre du mémoire technique imposé par l'acheteur et ne reprenait pas littéralement chacune des rubriques contenues dans ce cadre mais se présentait sous la forme d'une offre de 40 pages découpée en 3 grandes rubriques intitulées Savoir-faire, Faire savoir et Simulation financière, intitulés qui ne correspondaient pas aux critères de la consultation.

<sup>6</sup> CE, 30 novembre 2011, ministère de la défense et des anciens combattants / EURL Qualitech, n°353121. En l'espèce, pour cette consultation lancée dans le cadre d'une procédure adaptée, le règlement de la consultation exigeait que les candidats indiquent dans l'annexe 1 à l'acte d'engagement le délai global de réalisation des travaux et fournissent en complément un planning détaillé d'exécution des travaux ; l'EURL Qualitech a bien fourni le planning détaillé, mais a omis d'indiquer dans l'acte d'engagement le délai global ; c'est donc à raison que le ministère de la défense a considéré l'offre irrégulière ; par ailleurs, il n'était pas tenu d'engager dans le cadre de cette procédure adaptée des négociations pour lever cette ambiguïté.

<sup>7</sup> CE, 12 janvier 2011, Département du Doubs, n° 343324. En l'espèce, il s'agissait de renseigner une annexe relative aux caractéristiques des véhicules de salage et de déneigement mis à disposition pour exécuter le marché.

<sup>8</sup> TA Lille 8 juillet 2022, Société Lorban et Cie., n° 2204547. Notices descriptives et fiches techniques non fournies.

<sup>9</sup> TA Caen 22 février 2022, SA Frameto, n° 2101168.

<sup>10</sup> CE 20 septembre 2019, Collectivité de Corse, n° 421075.



Concernant le non-respect de la « législation applicable », cette notion s'entend au sens large : cela peut comprendre le droit du travail, le respect du code de la santé, la législation applicable en matière sociale et environnementale, les règles relatives à la sous-traitance ou à la fiscalité. A titre d'exemples, ont été jugées irrégulières :

- Une offre contraire à la réglementation applicable aux écrans de protection, dans le cadre d'un marché de protection contre les chutes de blocs de pierre <sup>11</sup> ;
- Une 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<sup>12</sup> ;
- Une offre contraire aux stipulations d'une convention collective<sup>13</sup> ;
- Une offre proposant un prix de vente de livres méconnaissant les dispositions législatives en la matière<sup>14</sup> ;
- Une offre ne respectant pas les exigences législatives et réglementaires 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.

L'acheteur veillera cependant à ne pas éliminer une offre ne respectant pas une exigence du règlement de la consultation « **manifestement dépourvue de toute utilité** » <sup>15</sup>.

## 1.2 – L'offre inacceptable

L'offre inacceptable est définie à l'article L2151-3 du Code de la Commande Publique :

### **Article L2152-3**

*« Une offre inacceptable est une offre dont le prix excède les crédits budgétaires alloués au marché, déterminés et établis avant le lancement de la procédure. »*

L'acheteur peut qualifier une offre d'inacceptable que s'il ne peut pas la financer et qu'il est en mesure de le prouver.

La seule circonstance qu'une offre soit supérieure au montant du marché estimé par l'acheteur ou au montant maximum de l'accord-cadre fixé par l'acheteur ne suffit pas à la qualifier d'inacceptable ; c'est la circonstance que cette offre ne puisse pas être financée par l'acheteur qui emporte la qualification d'offre inacceptable <sup>16 17 18 19</sup>. Le caractère inacceptable de l'offre est ainsi directement lié à la capacité de l'acheteur en matière de financement du projet d'achat<sup>20</sup>.

<sup>11</sup> CE, 30 septembre 2011, Département de la Haute-Savoie, n° 350153.

<sup>12</sup> CE, 27 avril 2011, Président du Sénat, n° 344244.

<sup>13</sup> CE 11 décembre 2013, Société antillaise de sécurité matière sociale et environnementale, n° 372214

<sup>14</sup> CE 28 septembre 2016, Société Biblioteca, n° 400393.

<sup>15</sup> TA Versailles, 31 janvier 2022, société A2 DIS, n°2200116. En l'espèce, le RC imposait aux candidats de déposer leurs offres sous la forme de 4 dossiers de fichiers (1 par thème), au format PDF comprenant une seule pièce par PDF, respectant un nommage précis et obligatoirement compressé au format zip. Une société ayant déposé toutes ses pièces dans un fichier unique avait vu son offre écartée et a contesté ce rejet. Le juge annulé cette décision, considérant cette exigence inutile.

<sup>16</sup> CE, 24 juin 2011, Office public de l'habitat interdépartemental de l'Essonne, du Val d'Oise et des Yvelines, n° 346665

<sup>17</sup> TA Guadeloupe, 7 décembre 2022, société Global Sécurité Privée, n°2203116.

<sup>18</sup> CE 24 juin 2011, Office public de l'habitat interdépartemental de l'Essonne, n° 346665.

<sup>19</sup> CAA Paris, société Actor France, n° 21PA02213.

<sup>20</sup> Rép. min. n° 05463, JO Sénat, 22 août 2013, p. 2441.



### 1.3 – L'offre inappropriée

L'offre inappropriée est définie à l'article L2151-4 du Code de la Commande Publique :

#### **Article L2152-4**

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

L'offre inappropriée est une offre qui ne répond pas à la solution technique et administrative définie par l'acheteur et qui ne correspond donc pas à son besoin<sup>21 22</sup>.

### 1.4 – L'offre anormalement basse (OAB)

Le Code de la Commande Publique stipule :

#### **Article L2152-5**

*« Une offre anormalement basse est une offre dont le prix est manifestement sous-évalué et de nature à compromettre la bonne exécution du marché. »*

#### **Article L2152-6**

*« L'acheteur met en œuvre tous moyens lui permettant de détecter les offres anormalement basses. Lorsqu'une offre semble anormalement basse, l'acheteur exige que l'opérateur économique fournisse des précisions et justifications sur le montant de son offre.*

*Si, après vérification des justifications fournies par l'opérateur économique, l'acheteur établit que l'offre est anormalement basse, il la rejette dans des conditions prévues par décret en Conseil d'Etat. »*

---

<sup>21</sup> CAA Nancy, 11 mai 2006, Société Ronzat, n° 04NC00519. En l'espèce, le candidat avait modifié les documents de la consultation afin de proposer une solution différente de celle retenue par l'acheteur ; son offre avait été qualifiée d'inappropriée.

<sup>22</sup> Circulaire du 3 août 2006, NOR : ECOM0620004C, article 11.2.1.b). Une offre proposant des ordinateurs portables alors que la consultation porte sur des ordinateurs de bureau a été considérée inappropriée.

## 2 – Le régime des offres irrégulières, inacceptables et inappropriées



### 2.1 – Ce que dit le Code de la Commande Publique

#### **Article L2152-1**

*L'acheteur écarte les offres irrégulières, inacceptables ou inappropriées. [...]*

#### **Article R2152-1**

*« Dans les procédures adaptées sans négociation et les procédures d'appel d'offres, les offres irrégulières, inappropriées ou inacceptables sont éliminées.*

*Dans les autres procédures, les offres inappropriées sont éliminées. Les offres irrégulières ou inacceptables peuvent devenir régulières ou acceptables au cours de la négociation ou du dialogue, à condition qu'elles ne soient pas anormalement basses. Lorsque la négociation ou le dialogue a pris fin, les offres qui demeurent irrégulières ou inacceptables sont éliminées. »*

#### **Article R2152-2**

*« Dans toutes les procédures, l'acheteur peut autoriser tous les soumissionnaires concernés à régulariser les offres irrégulières dans un délai approprié, à condition qu'elles ne soient pas anormalement basses. La régularisation des offres irrégulières ne peut avoir pour effet d'en modifier des caractéristiques substantielles. »*

### 2.2 – Principes et application

L'acheteur doit par principe rejeter les offres irrégulières, inacceptables et inappropriées (L2152-1 et R2152-1 du CCP). Ce principe s'applique différemment en fonction de la procédure (R2152-1 du CCP) :

- pour les procédures sans phase de négociation<sup>23</sup>, les offres irrégulières, inacceptables et inappropriées sont éliminées ;

<sup>23</sup> Les appels d'offres ouverts ou les appels d'offres restreints ou les procédures adaptées ne prévoyant pas de négociation.

- pour les procédures intégrant une phase de négociation<sup>24</sup>,
  - les offres inappropriées sont éliminées ;
  - les offres irrégulières et inacceptables peuvent être rendues régulières ou acceptables au cours de la négociation, à conditions qu'elles ne soient pas anormalement basses ;
  - les meilleures et dernière offres irrégulières et inacceptables sont éliminées.

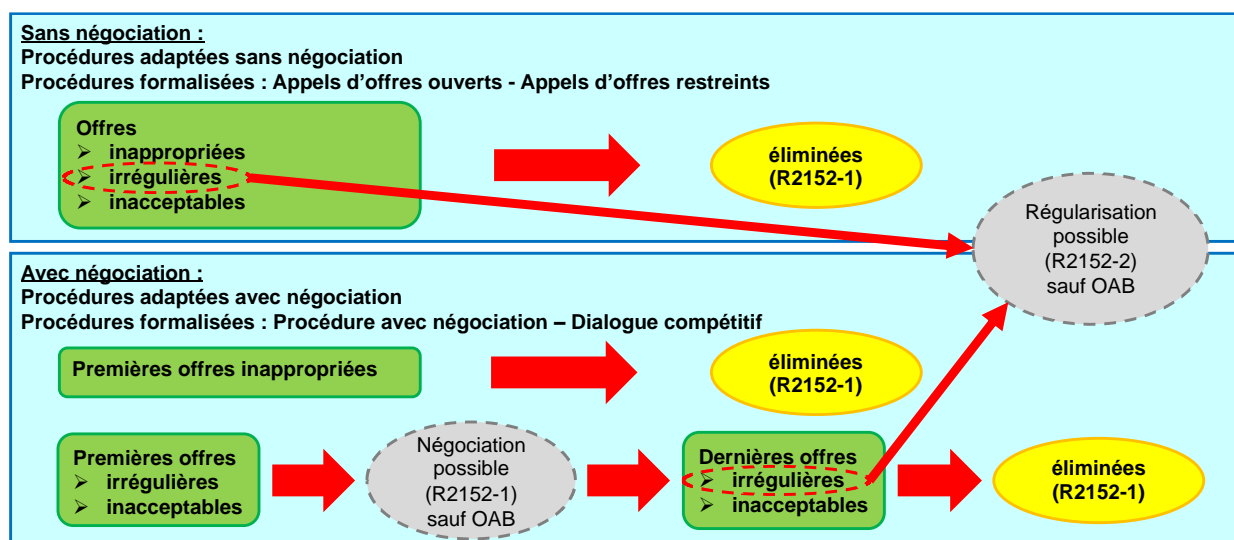


Figure 1

Dans tous les cas, les offres irrégulières peuvent être régularisées sous conditions (R2152-2 du CCP).

### 2.3 – Distinction entre offre inappropriée et offre irrégulière

La frontière peut parfois être délicate à tracer entre l'offre inappropriée et irrégulière. La Cour de Justice des Communautés Européennes (CJCE) a précisé ces notions en jugeant qu'une offre est irrégulière lorsque les manquements portent sur des « éléments indispensables » dont l'absence empêche l'acheteur « de réaliser valablement le projet pour lequel la procédure a été lancée »<sup>25</sup>. L'offre inappropriée se caractérise par une inaptitude manifeste à répondre aux besoins de l'acheteur, là où l'offre irrégulière apporte, malgré les contradictions ou lacunes dont elle est affectée, une réponse aux besoins de l'acheteur.

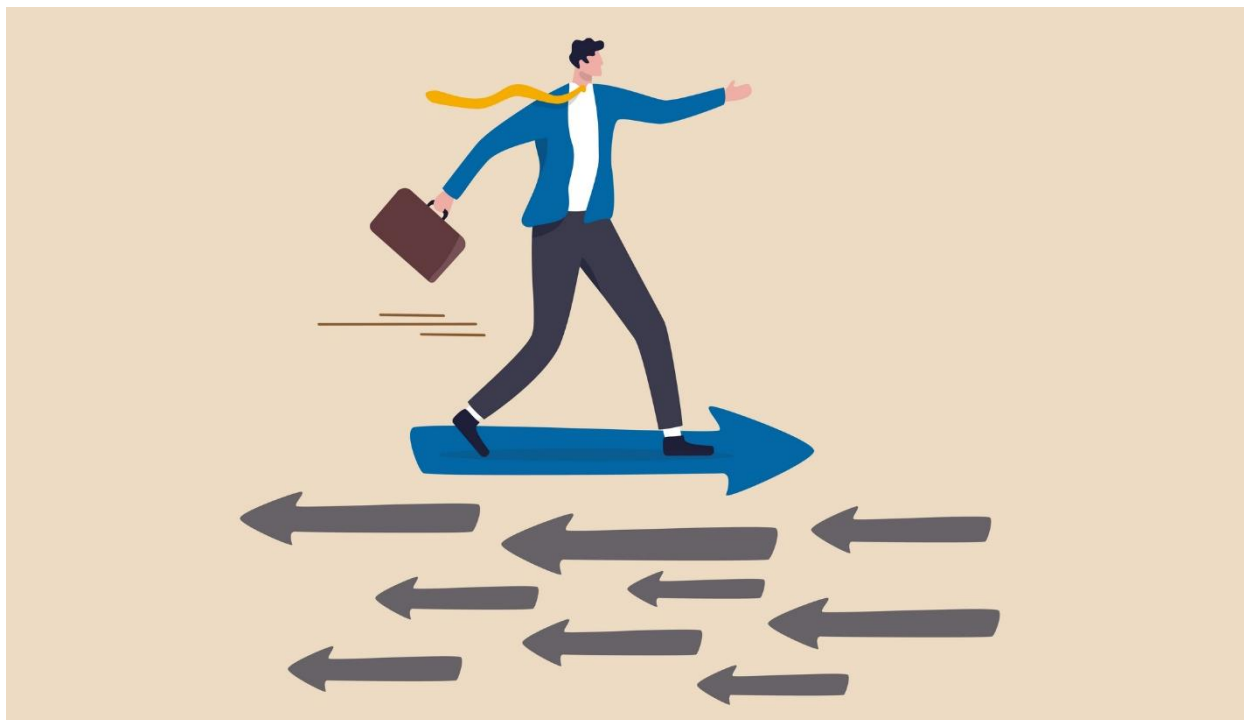
En termes de conséquences, la distinction est importante : l'offre irrégulière pourra être régularisée, ce qui n'est pas le cas de l'offre inappropriée. Le principe de l'élimination des offres inappropriées est absolu et s'applique pour les procédures formalisées et adaptées<sup>26</sup>. Cette prohibition est compréhensible puisque l'offre inappropriée ne permet pas de répondre au besoin de l'acheteur sans modification substantielle.

<sup>24</sup> Les procédures adaptées prévoyant une négociation, les procédures avec négociation, les dialogues compétitifs.

<sup>25</sup> CJCE 4 juin 2009, Commission c./ République Hellénique, aff. C-250/07.

<sup>26</sup> Voir paragraphe 5.3 du présent guide.

### 3 – La modification des offres ou du DCE pour optimiser la consultation



L'acheteur peut, de manière très cadrée, mettre en œuvre différents outils pour modifier les offres, rechercher une meilleure adéquation avec le cahier des charges, ne pas éliminer une offre performante mais non conforme sur un point mineur, ou faciliter l'exécution du marché :

- la demande de précisions (voir chapitre 4) ;
- la négociation (voir chapitre 5) ;
- la régularisation (voir chapitre 6) ;
- la mise au point (voir chapitre 7).

L'acheteur peut également adapter le DCE dans certaines conditions (voir chapitre 8).

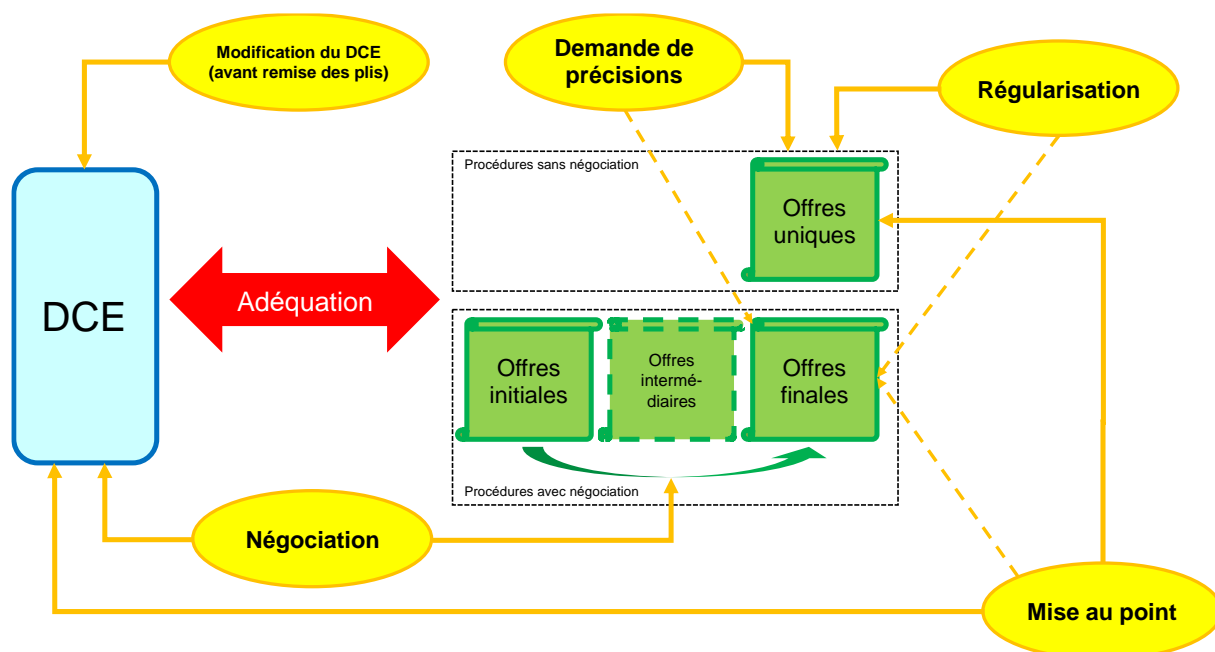


Figure 2

Les possibilités de demande de précisions et mise au point, offertes par le CCP n'est pas prévue par les directives européennes, mais la Cour de Justice de l'Union Européenne les a avalisées<sup>27</sup>.

Un tableau de synthèse donné en annexe 1 résume les caractéristiques de ces différents outils.

Ces différentes techniques se différencient en termes de timing et types de procédures :

<sup>27</sup> CJUE, 29 mars 2012, SAG ELV Slovensko c/ Urad, aff. C-599/10

Chronologie / logique pour le cas des procédures **sans** négociation<sup>28</sup> :

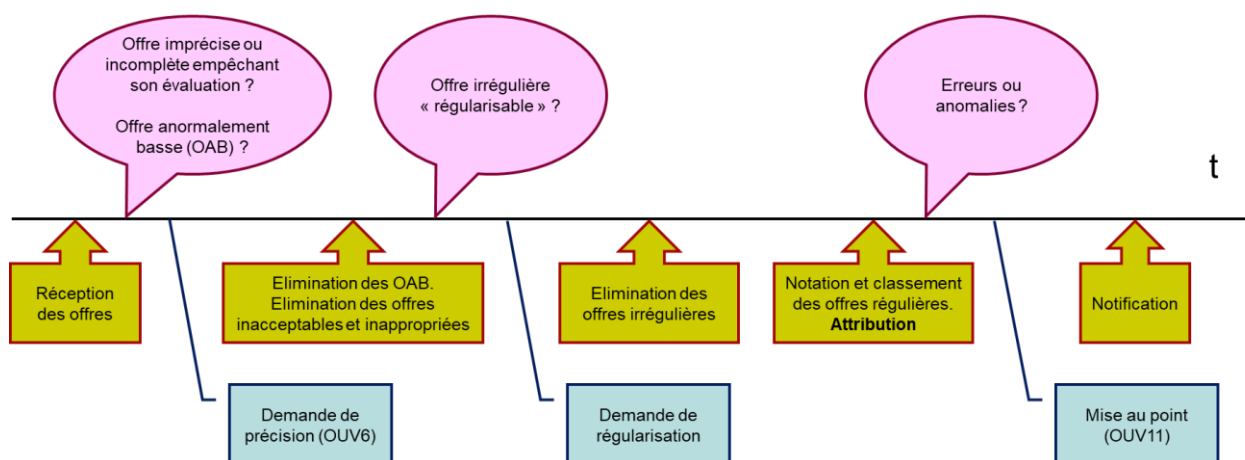


Figure 3

1. Les soumissionnaires remettent leurs offres uniques.
2. Si une offre est imprécise ou incomplète, telle que son évaluation et sa notation n'est pas possible, l'acheteur peut effectuer une demande de précision à l'opérateur économique.  
S'il suspecte une offre anormalement basse (AOB), c'est par l'intermédiaire d'une demande de précisions qu'il demande les explications et justifications nécessaires.
3. L'acheteur élimine les offres anormalement basses, les offres inacceptables et les offres inappropriées.
4. Seules les offres irrégulières peuvent faire l'objet d'une régularisation. L'acheteur peut effectuer (il n'y est pas obligé) auprès du candidat une demande de régularisation.
5. L'acheteur élimine les offres irrégulières.
6. Les offres régulières sont notées et classées. L'acheteur attribue le marché à l'offre économiquement la plus avantageuse.
7. Si l'offre économiquement la plus avantageuse ou les documents de la consultation présentent des erreurs ou anomalies, celles-ci peuvent être corrigées par une mise au point.

<sup>28</sup> Les appels d'offres ouverts ou les appels d'offres restreints ou les procédures adaptées ne prévoyant pas de négociation.

Chronologie / logique pour le cas des procédures **avec** négociation<sup>29</sup> :

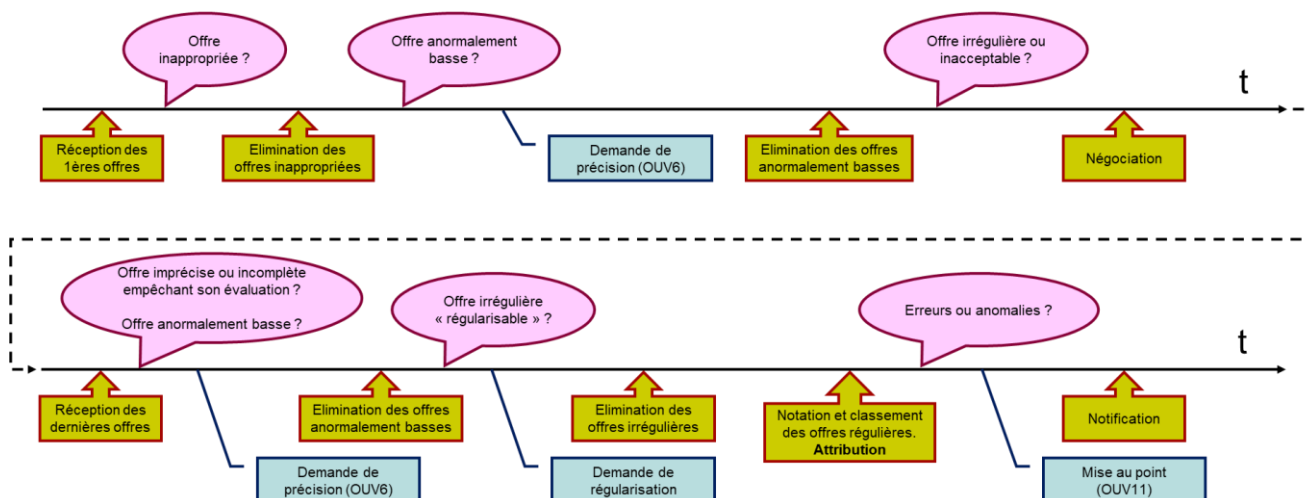


Figure 4

1. Les soumissionnaires remettent leurs premières offres.
2. Les offres inappropriées sont rejetées et leurs soumissionnaires éliminés.
3. Si l'acheteur suspecte une offre anormalement basse (AOB), il demande les explications et justifications nécessaires par l'intermédiaire d'une demande de précisions. Les offres anormalement basses sont éliminées.
4. L'acheteur entre en négociation avec les soumissionnaires, y compris ceux ayant présenté des offres irrégulières et inacceptables.
5. Les soumissionnaires remettent leurs meilleures et dernières offres (MEDO).
6. Si une MEDO est imprécise ou incomplète, telle que son évaluation et sa notation n'est pas possible, l'acheteur peut effectuer une demande de précision à l'opérateur économique. S'il suspecte une MEDO anormalement basse, c'est par l'intermédiaire d'une demande de précisions qu'il demande les explications et justifications nécessaires.
7. L'acheteur élimine les MEDO anormalement basses.
9. Si une MEDO est encore irrégulière à l'issue de la négociation, l'acheteur peut effectuer (il n'y est pas obligé) auprès du candidat une demande de régularisation.
10. L'acheteur élimine les MEDO irrégulières.
11. Les MEDO régulières sont notées et classées. L'acheteur attribue le marché à l'offre économiquement la plus avantageuse.
12. Si l'offre économiquement la plus avantageuse ou les documents de la consultation présentent des erreurs ou anomalies, celles-ci peuvent être corrigées par une mise au point.

<sup>29</sup> Les procédures adaptées prévoyant une négociation, les procédures formalisées avec négociation, les dialogues compétitifs.



## 4 – La demande de précisions



### 4.1 – Ce que dit le Code de la Commande Publique

Sous-section 1 : appel d'offres ouvert

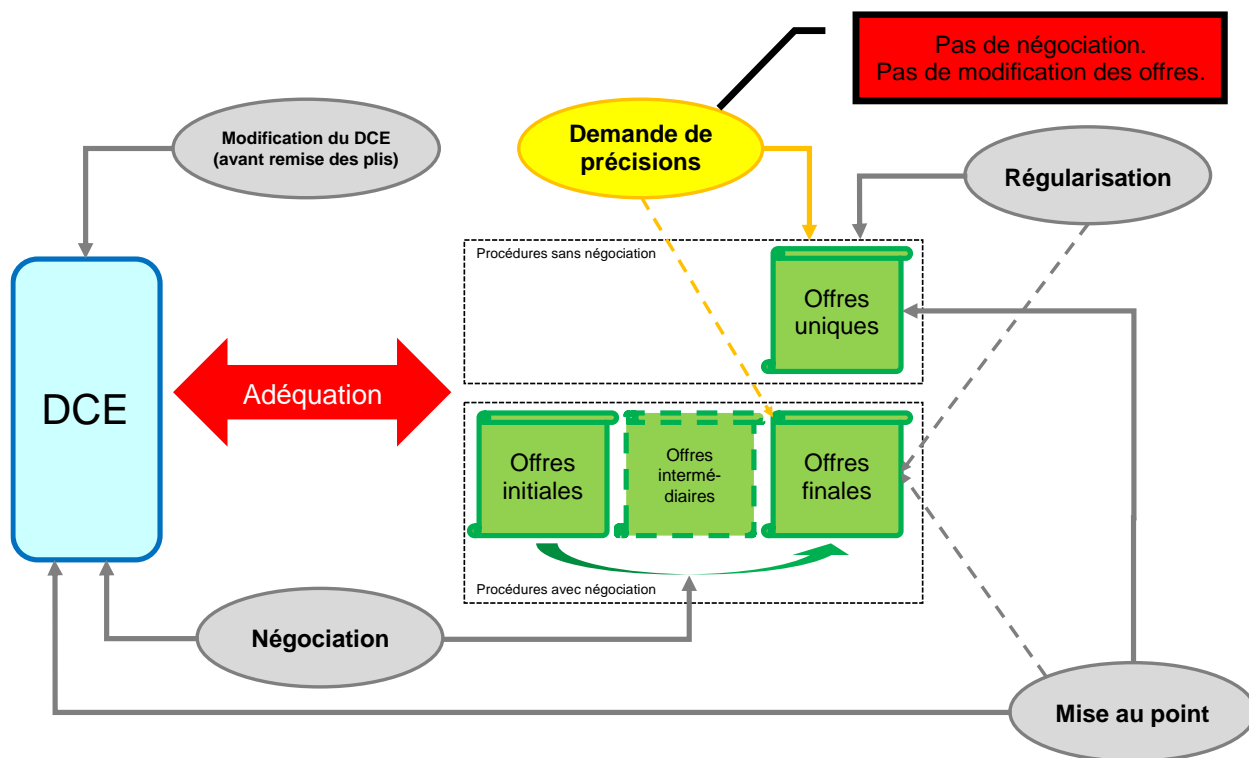
**Article R2161-5**

*« L'acheteur ne peut négocier avec les soumissionnaires. Il lui est seulement possible de leur demander de préciser la teneur de leur offre. »*

Sous-section 2 : appel d'offres restreint

**Article R2161-11**

*« L'acheteur ne peut négocier avec les soumissionnaires. Il lui est seulement possible de leur demander de préciser la teneur de leur offre. »*



## 4.2 – Champ d'application

Comme indiqué ci-dessus, la demande de précision n'est prévue par le CCP que pour les appels d'offres ouverts et restreints.

Pour les procédures prévoyant une négociation, l'acheteur n'utilisera pas la technique de la demande de précision (ni la mise au point, abordée au paragraphe 7), mais la négociation pour poser toutes les questions utiles et laisser la possibilité aux soumissionnaires de compléter ou corriger leurs offres lors de la remise successive des offres intermédiaires et finales.

Si après négociation, une dernière offre suggère encore des questionnements, l'acheteur pourra tout de même établir une demande de précisions (et faire une mise au point s'il subsiste des erreurs), même si le CCP ne le prévoit pas explicitement.

### 4.3 – Objectifs

L'acheteur a la possibilité de demander aux soumissionnaires de « préciser la teneur de leurs offres » lorsque certains éléments sont peu clairs ou incertains, présentent des incohérences ou ambiguïtés, tels que l'évaluation des offres est impossible.

Une demande de précision peut notamment demander des éléments complémentaires<sup>30</sup> :

- sur la description qualitative et/ou quantitative du processus qu'il prévoit de mettre en œuvre pour réaliser la prestation,

<sup>30</sup> Fiche DAI « Examen des offres », version du 1<sup>er</sup> avril 2019.

- sur la décomposition d'un prix global et forfaitaire,
- 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.

#### 4.4 – Cadre et conditions de mise en œuvre

La demande de précisions ne peut pas donner lieu à négociation, car elle intervient

- dans le cadre des procédures d'appels offres ouverts ou restreints où la négociation est interdite ;
- ou dans le cadre des procédures avec négociation, après remise des dernières offres, au moment où la négociation n'est plus permise.

La demande de précisions ne peut pas non plus permettre au soumissionnaire de modifier, de compléter ou corriger son offre <sup>31 32 33</sup>. La demande de précisions ne se confond pas avec la demande de régularisation. Contrairement à ce que prévoyait l'ancien code des marchés publics<sup>34 35</sup>, il n'est plus possible de demander aux soumissionnaires de compléter leurs offres dans le cadre d'une demande de précisions, la demande de compléments devant intervenir au titre de la régularisation<sup>36</sup>. De la même manière, la correction d'erreurs matérielles ne peut pas être effectuée dans le cadre d'une demande de précisions, mais doit être réalisée au titre de la régularisation.

Dans la pratique, l'acheteur pourra réaliser de manière simultanée la demande de précision et la demande de régularisation, en l'explicitant clairement dans son courrier de demande.

#### 4.5 – Timing et offres concernées

L'acheteur demande des précisions sur les offres présentant des incertitudes, incohérences ou ambiguïtés, lorsqu'il est dans l'impossibilité d'analyser ces offres.

L'acheteur n'effectue cette demande de précisions que dans le cas où l'évaluation d'une offre est impossible. Si l'offre présente des erreurs ou anomalies, mais que son évaluation est possible, c'est en fin de procédure, si cette offre est retenue, que ces erreurs ou anomalies seront corrigées par une mise au point.

L'étape de demande de précisions intervient donc (voir les figures 3 et 4 pages 15 et 16 présentant la chronologie des différentes étapes) :

- **Avant l'appréciation de la régularité de l'offre** (et du caractère inapproprié ou inacceptable des offres).

<sup>31</sup> TA Cergy-Pontoise, 20 juillet 2023, Sté Interfaces, n°2308809

<sup>32</sup> TA Strasbourg, 20 avril 2023, n°2302128

<sup>33</sup> CE, 16 janvier 2012, Département de l'Essonne, n° 353629. Dans cette affaire, la société a modifié ses coûts horaires du bordereau des prix unitaires suite à la demande de précisions effectuée par le département. Je juge a considéré qu'« elle n'avait pas respecté le principe d'intangibilité des offres », et que cette modification était illégale car elle ne constituait pas une rectification d'une erreur purement matérielle.

<sup>34</sup> En effet, l'ancien article 59 alinéa I permettait aux soumissionnaires de compléter leur offre « Article 59 I. - Il ne peut y avoir de négociation avec les candidats. Il est seulement possible de demander aux candidats de préciser ou de compléter la teneur de leur offre. » Le nouveau CCP ne leur permet aujourd'hui que de « préciser la teneur de leur offre ».

<sup>35</sup> Et contrairement à ce qu'indique la notice explicative de la DAJ relative au formulaire OUV6 « Demande de précisions ou de compléments sur l'offre » dans sa dernière version du 1<sup>er</sup> avril 2019.

<sup>36</sup> Fiche DAJ « Examen des offres », version du 1<sup>er</sup> avril 2019, paragraphe 3.1

En cas de doute sur la régularité de l'offre, l'acheteur émettra dans un premier temps une demande de précisions, et c'est seulement après analyse des éléments apportés par le soumissionnaire que l'acheteur appréciera dans un second temps la régularité de l'offre, l'éliminera ou procédera éventuellement à une demande de régularisation.

- **Avant la notation et le classement des offres.**

La demande de précisions intervient lorsque l'acheteur est dans l'impossibilité de noter une offre compte tenu d'une incertitude, d'une ambiguïté ou d'une incohérence. Les précisions apportées doivent permettre de noter et comparer les offres, en respectant l'égalité de traitement des candidats et sans remettre en cause la concurrence.

#### 4.6 – Le support de la demande de précisions : OUV6

La demande de précision peut être effectuée en utilisant le formulaire OUV6 proposé par la DAJ. La notice explicative associée donne des précisions sur l'utilisation de ce formulaire.

Un autre support équivalent peut néanmoins être retenu.

#### 4.7 – La demande de précision dans le cadre de l'offre anormalement basse

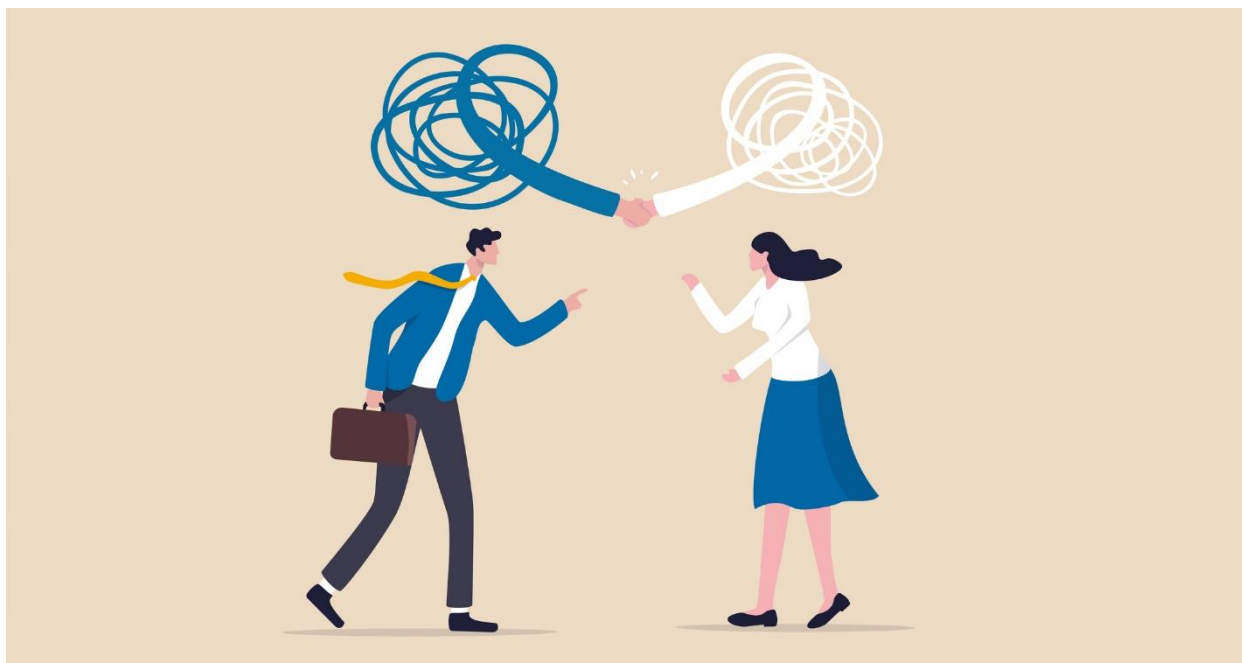
En cas de suspicion d'offre anormalement basse, c'est par l'intermédiaire de la demande de précisions (éventuellement en utilisant le formulaire OUV6 de la DAJ) que l'acheteur demandera par écrit les éléments qu'il juge utiles et vérifiera les justifications fournies.



Le formulaire OUV6 est un modèle de document qui peut être utilisé par le pouvoir adjudicateur ou l'entité adjudicatrice qui souhaite demander aux soumissionnaires, après l'ouverture des offres, de préciser ou de compléter la teneur de leur offre.

Il peut aussi servir pour solliciter les précisions que l'acheteur juge utiles concernant une offre lui paraissant anormalement basse et vérifier les justifications fournies ou pour demander, dans le cadre d'un dialogue compétitif, des précisions, clarifications, perfectionnements ou compléments sur l'offre du candidat.

## 5 – La négociation



### 5.1 – Les procédures permettant la négociation

La négociation est interdite dans le cadre des appels d'offres ouverts et des appels d'offres restreints. En effet, l'**article L2124-2** du Code de la Commande Publique stipule : « *L'appel d'offres, ouvert ou restreint, est la procédure par laquelle l'acheteur choisit l'offre économiquement la plus avantageuse, sans négociation, sur la base de critères objectifs préalablement portés à la connaissance des candidats* ».

Dans le cadre de la procédure avec négociation, la négociation est obligatoire et l'acheteur ne peut pas attribuer le marché sur la base des offres initiales sans négociation, sauf si les documents de la négociation prévoient cette possibilité. Mais à l'issue des négociations, les meilleures et dernières offres sont intangibles et ne peuvent plus être négociées :

**Article R2161-17** : « *Le pouvoir adjudicateur négocie avec tous les soumissionnaires leurs offres initiales et ultérieures, à l'exception des offres finales.* »

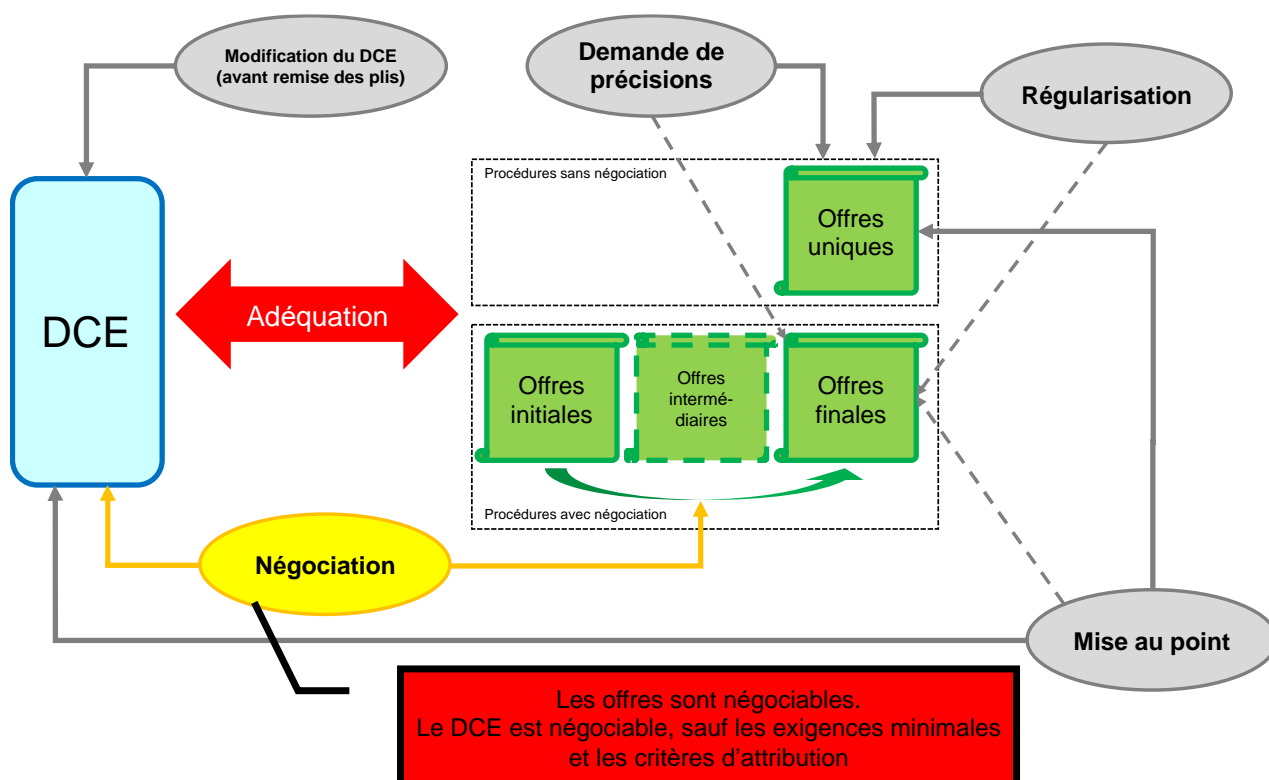
Concernant le dialogue compétitif, le Code de la Commande Publique ne parle pas formellement de négociation mais de dialogue « *en vue de définir ou développer les solutions de nature à répondre à ses besoins et sur la base desquelles ces candidats sont invités à remettre une offre* »<sup>37</sup>. Mais là aussi, une fois remises les offres finales, la négociation est interdite :

**Article R2161-29** : « *Des précisions, clarifications, perfectionnements ou compléments peuvent être demandés aux participants sur leur offre finale. Cependant, ces demandes ne peuvent avoir pour effet de modifier les aspects essentiels de l'offre finale, notamment les besoins et exigences indiqués dans les documents de la consultation.* »

<sup>37</sup> Article L2124-4 du CCP

Concernant les procédures adaptées, trois cas sont possibles :

- La négociation n'est pas prévue, auquel cas l'acheteur ne peut pas négocier et attribue le marché sur la base des offres initiales,
- La négociation est prévue, auquel cas l'acheteur est obligé de négocier, et les soumissionnaires pourront présenter de nouvelles offres,
- L'acheteur se réserve le droit de négocier ; dans ce cas, il pourra
  - attribuer le marché sans négociation sur la base des premières offres s'il considère que la concurrence a été efficace et qu'il a reçu des offres performantes,
  - ou ouvrir la négociation puis demander de nouvelles offres, si les premières offres reçues ne sont pas satisfaisantes.



## 5.2 – Le recours à la procédure avec négociation et au dialogue compétitif

L'appel d'offres est la règle ; le recours aux procédures formalisées permettant une négociation (procédure avec négociation et dialogue compétitif) est conditionné. Le législateur a ainsi voulu limiter le recours à la négociation, considérant qu'elle présentait le risque d'avantager un candidat par rapport à l'autre.

Les six cas de recours à une procédure permettant une négociation sont identiques pour la procédure formalisée avec négociation et le dialogue compétitif, et sont données à l'article R2124-3 du CCP.

Ces règles de recours s'interprètent strictement<sup>38</sup> ; le juge administratif peut contrôler ces conditions de recours<sup>39 40</sup>.

A noter que :

- les cas d'ouverture aux procédures formalisées permettant la négociation ont été élargis dans le Code des Marchés Publics de 2016, et ont été repris dans le CCP 2018 ;
- le recours à la procédure avec négociation est libre pour les marchés de défense et de sécurité ;
- le recours à la procédure avec négociation et au dialogue compétitif est libre pour les entités adjudicatrices.

### 5.3 – Offres concernées par la négociation

Les offres irrégulières et les offres inacceptables peuvent être rendues régulières ou acceptables au cours de la négociation.

Les offres inappropriées ne peuvent pas être négociées.

A noter que les offres inappropriées ne peuvent plus désormais faire l'objet de négociation 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 dans le cadre de l'ancien code des marchés publics<sup>41</sup>.

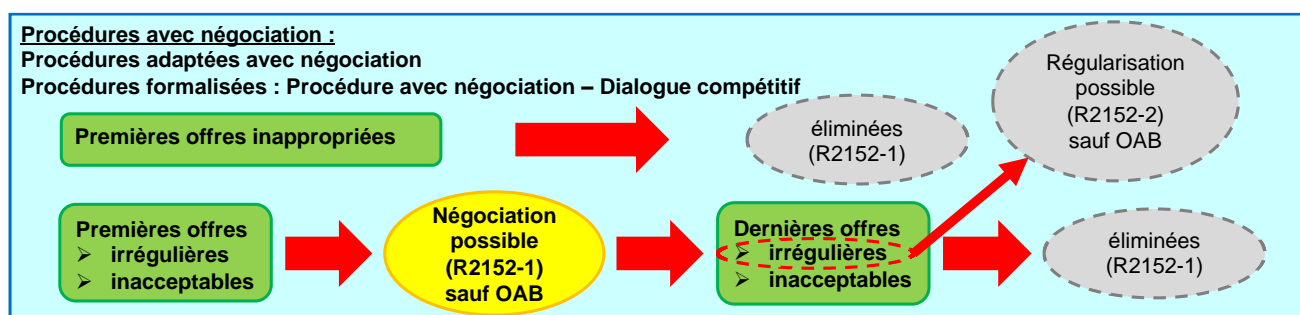


Figure 5

[IMPORTANT] Quelle que soit la qualification des offres, celles estimées anormalement basses ne peuvent être négociées et doivent être éliminées.

<sup>38</sup> CJUE, 27 octobre 2011, Commission C. république Hellénique, Aff. C-601/10 ; CE, 28 juillet 2000, Jacquier, n°202792

<sup>39</sup> CE, 7 octobre 2020, Lyon Métropole Habitat, n°440575

<sup>40</sup> CE, 21 décembre 2022, Centres hospitaliers d'Ajaccio et de Bastia, n°464685

<sup>41</sup> Fiche DAJ « Examen des offres », version du 1<sup>er</sup> avril 2019, note de bas de page n°52



## 5.4 – La procédure avec négociation

### 5.4.1 – Ce que dit le Code de la Commande Publique

Concernant les possibilités offertes par la négociation, le Code de la Commande Publique stipule :

#### **Article L2124-3**

*La procédure avec négociation est la procédure par laquelle l'acheteur négocie les conditions du marché avec un ou plusieurs opérateurs économiques.*

*[...]*

#### **Article R2161-13**

*Le pouvoir adjudicateur indique dans les documents de la consultation les **exigences minimales** que doivent respecter les offres.*

*[...]*

#### **Article R2161-17**

*Le pouvoir adjudicateur négocie avec tous les soumissionnaires leurs offres initiales et ultérieures, à l'exception des offres finales.*

*Il peut toutefois attribuer le marché sur la base des offres initiales sans négociation, à condition d'avoir indiqué dans l'avis de marché ou dans l'invitation à confirmer l'intérêt qu'il se réserve la possibilité de le faire.*

***Les exigences minimales mentionnées à l'article R. 2161-13 et les critères d'attribution ne peuvent faire l'objet de négociations.***

#### **Article R2161-18**

*La procédure avec négociation peut se dérouler en phases successives de manière à réduire le nombre d'offres à négocier en appliquant les critères d'attribution définis dans les documents de la consultation.*

*Le pouvoir adjudicateur indique, dans l'un de ces documents, s'il fera usage de cette possibilité.*

*Dans la phase finale de négociation, le nombre d'offres restant à négocier doit être suffisant pour assurer une concurrence réelle, pour autant qu'il y ait un nombre suffisant d'offres remplissant les conditions requises.*

#### **Article R2161-19**

*Le pouvoir adjudicateur informe par écrit tous les soumissionnaires dont les offres n'ont pas été éliminées en application de l'article R. 2161-18 de tous les changements apportés aux spécifications techniques ou aux autres documents de la consultation, à l'exception de ceux qui définissent les exigences minimales. A la suite de ces changements, le pouvoir adjudicateur accorde aux soumissionnaires un délai suffisant et identique pour leur permettre de modifier leurs offres et, le cas échéant, de les présenter à nouveau.*

#### **Article R2161-20**

*Lorsque le pouvoir adjudicateur entend conclure les négociations, il en informe les soumissionnaires restant en lice et fixe une date limite commune pour la présentation d'éventuelles offres nouvelles ou révisées.*

### 5.4.2 – Les objectifs de la négociation

Les objectifs de la négociation sont multiples :

- pour l'acheteur, présenter et détailler son besoin,
- pour les candidats, présenter et expliquer leurs offres,
- rendre régulières les offres irrégulières et rendre acceptables les offres inacceptables, le cas échéant, dans le but d'avoir plus d'offres et ainsi optimiser la concurrence,
- adapter / optimiser les offres : rechercher une meilleure adéquation entre l'offre et le besoin,
- éventuellement, adapter le DCE en fonction des éléments apportés par les candidats au cours de la négociation
- négocier les prix.

### 5.4.3 – Conditions de mise en œuvre de la négociation des offres

Les principales règles à respecter sont les suivantes :

#### **Remise d'offres successives :**

Les candidats remettent leurs premières offres. Ceux qui n'ont pas remis d'offres inappropriées ou anormalement basses sont admis à la négociation (R2152-1).

Ils remettent ensuite des offres intermédiaires. L'acheteur organise autant de tours de négociation qu'il souhaite. Lorsqu'il estime que la négociation est arrivée à son terme, il demande les meilleures et dernières offres, qui ne peuvent plus être négociées (R2161-17 alinéa 1).

#### **Candidats admis à la négociation :**

L'acheteur négocie avec tous les candidats, hormis ceux ayant remis des offres inappropriées ou des offres anormalement basses.

L'acheteur peut réduire le nombre d'offres à négocier au cours des phases successives de la négociation en appliquant les critères d'attribution définis dans les documents de la consultation (R2161-14).

#### **Caractère obligatoire de la négociation :**

L'acheteur a l'obligation de négocier avec tous les candidats, sauf s'il a explicitement prévu dans les documents de la consultation qu'il se réservait le droit d'attribuer le marché sur la base des offres initiales sans négociation.

#### **Date limite de remise des offres (DLRO) :**

L'acheteur fixe une date limite de remise des offres (DLRO) commune à tous les soumissionnaires, en application de l'article R2161-20 du CCP, afin de préserver l'égalité de traitement des candidats.

[IMPORTANT] La technique consistant à fixer un délai identique à tous les candidats, entre la date de la tenue de la réunion de négociation et la date de remise de l'offre intermédiaire ou finale a pour conséquence de fixer des dates limites de remise des offres (DLRO) différentes à chaque candidat du fait que les réunions de négociation sont tenues à des dates différentes. Il est donc interdit d'avoir recours à cette pratique et obligatoire de fixer une DLRO identique à tous les soumissionnaires.

### **Points pouvant être négociés :**

Tous les aspects de la consultation peuvent donc être négociés : les prix, les quantités, la qualité, les délais, les pénalités, ...<sup>42</sup>. Le DCE peut également être négocié, mis à part les exigences minimales et les critères d'attribution (voir paragraphe 5.4.4 ci-dessous).

### **Respect du principe d'égalité de traitement des candidats :**

L'acheteur doit donner le même niveau d'informations à l'ensemble des candidats, afin de garantir le principe d'égalité de traitement des candidats. C'est le point le plus difficile à respecter. S'il est plus ou moins facile de le respecter sur la forme (organiser des réunions de négociation pour tous les candidats, dans les mêmes conditions, sur la même durée, au même moment ; diffuser à tous les candidats les réponses aux questions posées par chacun ...), cela est plus compliqué sur le fond : l'acheteur doit donc sur ce point être extrêmement prudent et faire preuve de bon sens.

### **Protection du secret des affaires :**

L'acheteur ne doit pas transmettre des informations données par l'un des candidats dans son offre aux autres concurrents, sauf si le candidat a consenti à ce que certaines informations confidentielles, précisément désignées, puissent être divulguées (article L2132-1 du CCP).

[A NOTER] : concernant la reconduction d'un marché, l'acheteur peut transmettre à l'ensemble des candidats des éléments de l'ancien marché réalisé par un titulaire qui est également candidat sur la nouvelle consultation.

## **5.4.4 – Conditions de mise en œuvre de la négociation du DCE**

### **Évolution de la réglementation concernant l'intangibilité du DCE**

#### **Ancien régime :**

L'ancien régime du Code des Marchés Publics 2011 instaurait un principe d'intangibilité du DCE et interdisait de le modifier substantiellement. Seules des corrections d'erreurs matérielles, les modifications mineures ou les précisions pouvaient être apportées au DCE en cours de procédure (voir annexe 2).

#### **Nouveau régime :**

Le régime actuel, codifié par l'ordonnance et les décrets 2016, repris par le Code de la Commande Publique 2018, introduit la notion d'« exigences minimales ». Dans ce nouveau régime, (seules) **les exigences minimales et les critères d'attribution sont intangibles et ne peuvent pas être négociés**. Tous les autres points sont négociables.

L'intangibilité du DCE n'est donc plus absolue. Elle ne s'applique que pour les critères d'attribution et les exigences minimales indiquées par l'acheteur ; les exigences non-minimales peuvent être (substantiellement) modifiées.

[EN RESUME] Auparavant, les modifications substantielles du DCE étaient interdites, et la jurisprudence définissait le périmètre de ces interdictions. Dorénavant, outre les critères d'attribution dont la négociation est interdite, c'est l'acheteur, par la définition des exigences minimales, qui définit de ce qui est négociable.

---

<sup>42</sup> Fiche DAJ « La procédure avec négociation », version du 1<sup>er</sup> avril 2019

### **Les exigences minimales ne sont pas négociables**

L'acheteur indique dans les documents de la consultation les exigences minimales (R2161-13 du CCP).

Les exigences minimales :

- ne sont pas négociables (R2161-17 du CCP),
- doivent être respectées par les variantes (si elles sont autorisées)<sup>43</sup>.

[IMPORTANT] Le CCP ou encore la jurisprudence ne traitent pas le cas où les exigences minimales ne sont décrites dans les documents de la consultation. De ce fait, on peut penser que l'ensemble des exigences techniques et administratives du dossier de consultation doivent être considérées comme minimales et ne peuvent pas être négociées.

### **Cas d'une exigence minimale non atteignable :**

Si une ou plusieurs exigences minimales s'avèrent inatteignables, c'est-à-dire si aucun soumissionnaire ne peut présenter une offre respectant cette ou ces exigences minimales, plusieurs solutions s'offrent à l'acheteur :

1. Solution la moins risquée juridiquement : la procédure doit être déclarée sans suite car l'acheteur ne peut pas modifier les exigences minimales en cours de procédure, et une nouvelle procédure devra être lancée.
2. L'acheteur peut solliciter par écrit tous les soumissionnaires pour recueillir leur acceptation pour que les exigences concernées soient modifiées. Si tous les soumissionnaires donnent leur accord par écrit, l'acheteur pourra modifier ces exigences minimales et demander de nouvelles offres sur la base d'un DCE modifié. Cependant, cette option est risquée. En effet, un candidat peut contester la procédure après l'attribution du marché à un concurrent, en arguant de mauvaise foi que cette modification a avantage son concurrent. La contestation peut venir aussi d'un fournisseur qui n'avait pas présenté d'offre sur la base du DCE initial au regard des exigences minimales et qui a été exclu de ce fait de la possibilité de présenter une offre sur la base du DCE modifié.

### **Les critères d'attribution ne sont pas négociables :**

Le CCP a codifié une règle qui avait été édictée par la jurisprudence<sup>44</sup> : Les critères d'attribution du marché ne peuvent pas être modifiés après le dépôt des offres.

### **Les critères d'attribution doivent être appliqués :**

Non seulement les critères d'attribution annoncés dans le règlement de la consultation ne peuvent pas être modifiés, mais de plus ils doivent être strictement appliqués quelles que soient les circonstances. L'examen des offres doit s'effectuer au regard de l'ensemble des critères prévus, que la procédure soit formalisée ou adaptée<sup>45</sup>. La « neutralisation » d'un critère, c'est-à-dire « l'abandon en cours de procédure d'un critère d'appréciation des offres initialement fixé dans le règlement de consultation », constitue un manquement aux obligations de publicité et de mise en concurrence <sup>46</sup>.

<sup>43</sup> Article R2151-10 du CCP : « Lorsque l'acheteur autorise ou exige la présentation de variantes, il mentionne dans les documents de la consultation les exigences minimales que les variantes doivent respecter ainsi que toute condition particulière de leur présentation ».

<sup>44</sup> CE, 1<sup>er</sup> avril 2009, n°315586, société des autoroutes du sud de la France

<sup>45</sup> CE, 26 sept. 1994, *Communes de Lattes*, req. n° 141975

<sup>46</sup> CE, 27 avril 2011, Président du Sénat, n°344244

### **L'information des candidats :**

En cas de modification du DCE, tous les candidats restant en lice doivent être informés et un délai suffisant et identique pour modifier leurs offres doit leur être laissé (R2161-19).

Cette information prend généralement la forme d'une mise à jour du DCE<sup>47</sup> qui est jointe<sup>48</sup> à la demande de remise des meilleures et dernières offres, et le cas échéant aux demandes d'offres intermédiaires.

## **5.5 – Conditions de mise en œuvre de la négociation dans le cadre des dialogues compétitifs**

Les règles relatives aux dialogues compétitifs sont moins strictes que celles définies pour la procédure avec négociation. L'article R2161-26 du CCP précise : *« L'acheteur ouvre avec les participants sélectionnés un dialogue dont l'objet est l'identification et la définition des moyens propres à satisfaire au mieux ses besoins. Tous les aspects du marché peuvent être discutés avec les participants sélectionnés »*.

## **5.6 – Conditions de mise en œuvre de la négociation dans le cadre des procédures adaptées**

Le CCP ne stipule pas de règles particulières concernant les procédures adaptées. Les principales règles relatives à la procédure avec négociation et concernant le respect du principe d'égalité de traitement des candidats et de transparence doivent s'appliquer.

### **Respect du principe d'égalité de traitement des candidats :**

L'acheteur doit donner le même niveau d'informations à l'ensemble des candidats, afin de garantir le principe d'égalité de traitement des candidats. C'est le point le plus difficile à respecter. S'il est plus ou moins facile de le respecter sur la forme (organiser des réunions de négociation pour tous les candidats, dans les mêmes conditions, sur la même durée, au même moment ; diffuser à tous les candidats les réponses aux questions posées par chacun ...), cela est plus compliqué sur le fond.

### **Protection du secret des affaires :**

L'acheteur ne doit pas transmettre des informations données par l'un des candidats dans son offre aux autres concurrents, sauf si le candidat a consenti à ce que certaines informations confidentielles, précisément désignées, puissent être divulguées (article L2132-1 du CCP).

[A noter] : concernant la reconduction d'un marché, l'acheteur peut transmettre à l'ensemble des candidats des éléments de l'ancien marché réalisé par un titulaire qui est également candidat sur la nouvelle consultation.

<sup>47</sup> Pour éviter toute confusion, l'acheteur veillera à clairement identifier les différentes mises à jour en incrémentant les numéros de versions des documents (CCAP, CCTP ...) et en datant ces mises à jour.

<sup>48</sup> Seuls sont joints les documents qui ont été modifiés.

#### 5.4.4 – Conditions de mise en œuvre de la négociation du DCE

##### **Évolution de la réglementation concernant l'intangibilité du DCE**

###### Ancien régime :

L'ancien régime du Code des Marchés Publics 2011 instaurait un principe d'intangibilité du DCE et interdisait de le modifier substantiellement. Seules des corrections d'erreurs matérielles, les modifications mineures ou les précisions pouvaient être apportées au DCE en cours de procédure (voir annexe 2).

###### Nouveau régime :

Le régime actuel, codifié par l'ordonnance et les décrets 2016, repris par le Code de la Commande Publique 2018, introduit la notion d'« exigences minimales ». Dans ce nouveau régime, (seules) **les exigences minimales et les critères d'attribution sont intangibles et ne peuvent pas être négociés**. Tous les autres points sont négociables.

L'intangibilité du DCE n'est donc plus absolue. Elle ne s'applique que pour les critères d'attribution et les exigences minimales indiquées par l'acheteur ; les exigences non-minimales peuvent être (substantiellement) modifiées.

[EN RESUME] Auparavant, les modifications substantielles du DCE étaient interdites, et la jurisprudence définissait le périmètre de ces interdictions. Dorénavant, outre les critères d'attribution dont la négociation est interdite, c'est l'acheteur, par la définition des exigences minimales, qui définit de ce qui est négociable.

##### **Les exigences minimales ne sont pas négociables**

L'acheteur indique dans les documents de la consultation les exigences minimales (R2161-13 du CCP).

Les exigences minimales :

- ne sont pas négociables (R2161-17 du CCP),
- doivent être respectées par les variantes (si elles sont autorisées)<sup>49</sup>.

[IMPORTANT] Le CCP ou encore la jurisprudence ne traitent pas le cas où les exigences minimales ne sont décrites dans les documents de la consultation. De ce fait, on peut penser que l'ensemble des exigences techniques et administratives du dossier de consultation doivent être considérées comme minimales et ne peuvent pas être négociées.

##### **Cas d'une exigence minimale non atteignable :**

Si une ou plusieurs exigences minimales s'avèrent inatteignables, c'est-à-dire si aucun soumissionnaire ne peut présenter une offre respectant cette ou ces exigences minimales, plusieurs solutions s'offrent à l'acheteur :

1. Solution la moins risquée juridiquement : la procédure doit être déclarée sans suite car l'acheteur ne peut pas modifier les exigences minimales en cours de procédure, et une nouvelle procédure devra être lancée.

---

<sup>49</sup> Article R2151-10 du CCP : « Lorsque l'acheteur autorise ou exige la présentation de variantes, il mentionne dans les documents de la consultation les exigences minimales que les variantes doivent respecter ainsi que toute condition particulière de leur présentation ».

2. L'acheteur peut solliciter par écrit tous les soumissionnaires pour recueillir leur acceptation pour que les exigences concernées soient modifiées. Si tous les soumissionnaires donnent leur accord par écrit, l'acheteur pourra modifier ces exigences minimales et demander de nouvelles offres sur la base d'un DCE modifié. Cependant, cette option est risquée. En effet, un candidat peut contester la procédure après l'attribution du marché à un concurrent, en arguant de mauvaise foi que cette modification a avantagé son concurrent. La contestation peut venir aussi d'un fournisseur qui n'avait pas présenté d'offre sur la base du DCE initial au regard des exigences minimales et qui a été exclu de ce fait de la possibilité de présenter une offre sur la base du DCE modifié.

### **Les critères d'attribution ne sont pas négociables :**

Le CCP a codifié une règle qui avait été édictée par la jurisprudence<sup>50</sup> : Les critères d'attribution du marché ne peuvent pas être modifiés après le dépôt des offres.

### **Les critères d'attribution doivent être appliqués :**

Non seulement les critères d'attribution annoncés dans le règlement de la consultation ne peuvent pas être modifiés, mais de plus ils doivent être strictement appliqués quelles que soient les circonstances. L'examen des offres doit s'effectuer au regard de l'ensemble des critères prévus, que la procédure soit formalisée ou adaptée<sup>51</sup>. La « neutralisation » d'un critère, c'est-à-dire « l'abandon en cours de procédure d'un critère d'appréciation des offres initialement fixé dans le règlement de consultation », constitue un manquement aux obligations de publicité et de mise en concurrence<sup>52</sup>.

### **L'information des candidats :**

En cas de modification du DCE, tous les candidats restant en lice doivent être informés et un délai suffisant et identique pour modifier leurs offres doit leur être laissé (R2161-19).

Cette information prend généralement la forme d'une mise à jour du DCE<sup>53</sup> qui est jointe<sup>54</sup> à la demande de remise des meilleures et dernières offres, et le cas échéant aux demandes d'offres intermédiaires.

## **5.5 – Conditions de mise en œuvre de la négociation dans le cadre des dialogues compétitifs**

Les règles relatives aux dialogues compétitifs sont moins strictes que celles définies pour la procédure avec négociation. L'article R2161-26 du CCP précise : *« L'acheteur ouvre avec les participants sélectionnés un dialogue dont l'objet est l'identification et la définition des moyens propres à satisfaire au mieux ses besoins. Tous les aspects du marché peuvent être discutés avec les participants sélectionnés ».*

<sup>50</sup> CE, 1<sup>er</sup> avril 2009, n°315586, société des autoroutes du sud de la France

<sup>51</sup> CE, 26 sept. 1994, *Communes de Lattes*, req. n° 141975

<sup>52</sup> CE, 27 avril 2011, Président du Sénat, n°344244

<sup>53</sup> Pour éviter toute confusion, l'acheteur veillera à clairement identifier les différentes mises à jour en incrémentant les numéros de versions des documents (CCAP, CCTP ...) et en datant ces mises à jour.

<sup>54</sup> Seuls sont joints les documents qui ont été modifiés.



### 5.6 – Conditions de mise en œuvre de la négociation dans le cadre des procédures adaptées

Le CCP ne stipule pas de règles particulières concernant les procédures adaptées. Les principales règles relatives à la procédure avec négociation et concernant le respect du principe d'égalité de traitement des candidats et de transparence peuvent s'appliquer.

## 6 – La régularisation



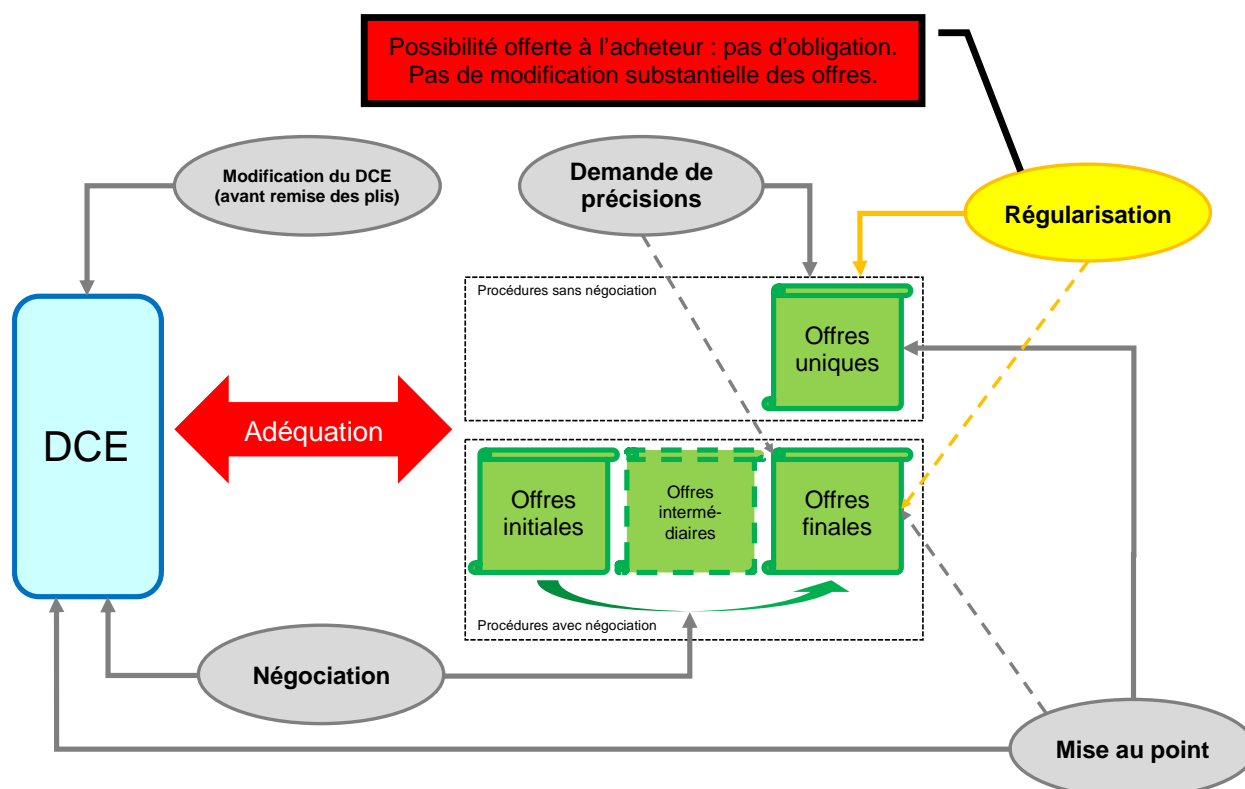
### 6.1 – Ce que dit le Code de la Commande Publique

#### **Article L2152-1**

*L'acheteur écarte les offres irrégulières, inacceptables ou inappropriées. [...]*

#### **Article R2152-2**

*« Dans toutes les procédures, l'acheteur peut autoriser tous les soumissionnaires concernés à régulariser les offres irrégulières dans un délai approprié, à condition qu'elles ne soient pas anormalement basses. La régularisation des offres irrégulières ne peut avoir pour effet d'en modifier des caractéristiques substantielles. »*



## 6.2 – Le principe : l’offre irrégulière est éliminée

Le CCP énonce donc le principe de l’élimination de l’offre irrégulière : elle doit être écartée, avant même leur notation et leur classement (article L2152-1 du CCP).

## 6.3 – Possibilité de régularisation et champ d’application

Néanmoins, l’acheteur peut autoriser les soumissionnaires à régulariser leur offre, sur toutes les procédures formalisées et adaptées (article R2152-2 du CCP).

## 6.4 – Le caractère facultatif de la régularisation

Le CCP précise que l’acheteur « peut » demander aux soumissionnaires de régulariser leurs offres. La régularisation est une faculté laissée au libre choix de l’acheteur ; il s’agit d’une possibilité ; l’acheteur n’a aucune obligation<sup>55</sup>.

Si l’acheteur considère que la concurrence a été efficace et qu’il a reçu suffisamment d’offres régulières performantes, il pourra éliminer les offres irrégulières sans offrir la possibilité de les

<sup>55</sup> CE, 20 mai 2009, société VORTEX / département du Var, n°318871

régulariser. Un candidat ne pourra pas reprocher à l'acheteur de ne pas l'avoir invité à régulariser son offre<sup>56 57</sup>.

Si, en revanche, il a peu d'offres régulières, voire aucune, il pourra demander aux soumissionnaires de régulariser leurs offres irrégulières, afin d'optimiser la concurrence. Dans ce cas, il devra en faire la demande à tous les candidats ayant présenté une offre irrégulière en application du principe d'égalité de traitement des candidats<sup>58</sup>.

L'acheteur a néanmoins souvent intérêt à retenir la régularisation, afin de favoriser la concurrence et ne pas générer de rancœur chez les soumissionnaires, qui peuvent se sentir lésés et découragés de voir leurs offres éliminées sur des points de détails.

### 6.5 – Le marché ne peut pas être attribué sur la base d'une offre irrégulière

Un marché ne peut pas être attribué à un candidat qui aurait présenté une offre irrégulière <sup>59 60</sup>.

Si un soumissionnaire a présenté une offre irrégulière, le marché ne peut lui être attribué que si l'acheteur lui a demandé au préalable de régulariser son offre, et si le soumissionnaire l'a régularisée dans les conditions règlementaires <sup>61 62</sup>.

### 6.6 – Les objectifs de la régularisation

Pour rappel, la définition de l'offre irrégulière est donnée au paragraphe 1.1.

L'objectif de la régularisation est de permettre à un candidat de rectifier son offre sur un point d'irrégularité mineur, tout en ne remettant pas en cause la concurrence. Cela présente l'avantage pour l'acheteur de ne pas éliminer une offre performante à cause d'un point de détail, et permet de rendre la concurrence plus efficace pour une meilleure satisfaction du besoin.

### 6.7 – Timing

La demande de régularisation intervient, le cas échéant, après réception :

- des offres (uniques) dans le cas des procédures ne permettant pas la négociation,
- des meilleures et dernières offres dans le cas des procédures avec négociation.

Si après avoir autorisé un soumissionnaire à régulariser son offre, le soumissionnaire ne répond pas dans le délai fixé, ou si son offre demeure irrégulière, l'acheteur l'élimine.

Après avoir éliminé les offres irrégulières, l'acheteur note et classe les offres régulières.

Les offres demeurantes irrégulières à la fin de la procédure sont éliminées sans être notées ni classées (voir les figures 3 et 4 pages 15 et 16 présentant la chronologie des différentes étapes).

<sup>56</sup> CE, 26 avril 2018, société Inéo Provence et Côte d'Azur / département des Bouches-du-Rhône, n°417072

<sup>57</sup> CE, 30 novembre 2011, ministère de la défense et des anciens combattants / EURL Qualitech, n°353121

<sup>58</sup> TA Rennes, 18 décembre 2014, n° 1405182

<sup>59</sup> CE, 20 septembre 2019, société VENDASI / collectivité territoriale de Corse, n°421075.

<sup>60</sup> CE, 23 novembre 2005, société AXIALOGIC / ministère de la Justice, n°267494

<sup>61</sup> CE, 23 novembre 2018, société Protection Sécurité Sud Réunion (PSSR) / région Réunion, n°422143

<sup>62</sup> CAA Bordeaux, 14 novembre 2017, société HELI PORTUGAL / centre hospitalier Andrée Rosemon, n°15BX03734

## 6.8 – Conditions de mise en œuvre de la régularisation

### 6.8.1 – Les offres anormalement basses ne peuvent pas être régularisées

L'article R2152-2 du CCP exclut la régularisation des offres anormalement basses.

Si l'acheteur suspecte une offre anormalement basse, il doit dans un premier temps demander au soumissionnaire de fournir les précisions et justifications sur le montant de son offre. Après avoir reçu et analysé ses éléments, s'il considère l'offre anormalement basse, il doit la rejeter ; il ne peut ni entrer en négociation, ni demander la régularisation de l'offre (voir figure 1 page 11).

Toutefois, il peut arriver que le prix bas d'une offre ne résulte pas de son caractère anormal, mais d'une irrégularité, lorsque par exemple le bordereau des prix unitaires est incomplet ou mal renseigné. Dans ce cas exceptionnel, l'acheteur peut autoriser la régularisation de l'offre<sup>63</sup>.

### 6.8.2 – La régularisation ne doit pas modifier substantiellement l'offre

L'article R2152-2 du CCP stipule que la régularisation d'une offre ne doit pas *« avoir pour effet d'en modifier des caractéristiques substantielles »*.

La notion de « **modification substantielle** » est cependant un peu floue et laisse une certaine liberté de manœuvre à l'acheteur. La fiche de la Direction des Affaires Juridiques (DAJ) concernant l'analyse des offres et la réponse ministérielle à la question n°10814 du 13 novembre 2018 donnent quelques indications.

Le caractère substantiel de la modification doit être apprécié de manière empirique et faire l'objet d'une analyse au cas par cas.

Peut être régularisée, par exemple, :

- une offre qui présente une simple erreur matérielle ;
- une offre proposant dans son bordereau de prix unitaire un produit de nettoyage non conforme à la législation relative à l'environnement ;
- une offre ne respectant pas le mode de transmission spécifié dans le règlement de la consultation ;
- une offre non signée, alors que le règlement de la consultation l'imposait ;
- une offre ne comportant pas un document d'importance mineure (par exemple : K-bis).

La jurisprudence précise cette notion de modification substantielle et fixe un cadre de ce qui est régularisable. Les décisions ci-dessous donnent des exemples de cas où la régularisation n'est pas envisageable, car elle aurait conduit à une modification substantielle de l'offre :

- une offre ne comprenant pas le mémoire technique (CAA Lyon, 14 novembre 2019, communauté de communes du Jovinien, n°17LY01062) ;
- une offre constituée uniquement des fichiers de signature électronique, non accompagnée des documents eux-mêmes ;
- une offre dont les prix ne respecte pas le code de la santé publique ;

---

<sup>63</sup> Question écrite (Assemblée nationale) n° 21409 - Réponse du ministère de l'Economie publiée le 16 juin 2016

### 6.8.3 – La régularisation ne doit porter que sur la demande de l'acheteur

Le soumissionnaire ne doit corriger son offre que sur les points identifiés par l'acheteur dans sa demande de régularisation. Le soumissionnaire ne peut profiter de la régularisation pour améliorer son offre, et encore moins sur un point sur lequel l'acheteur n'a pas demandé de régularisation.

Dans le cas où le soumissionnaire transmet une nouvelle offre suite à la demande de régularisation, la transmission de cette offre doit respecter les exigences de la consultation (transmission via le profil acheteur si cela est exigé) et l'acheteur doit vérifier qu'aucune modification n'a été apportée, autre que celles demandées pour la régularisation.

### 6.8.4 – L'acheteur ne peut pas lui-même modifier une offre irrégulière

Lorsque l'acheteur constate l'irrégularité d'une offre, il peut demander au soumissionnaire de la régulariser. L'acheteur ne peut pas lui-même modifier ou rectifier l'offre pour la régulariser<sup>64</sup> <sup>65</sup>.

### 6.8.5 – Le délai de régularisation doit être raisonnable

Le délai accordé au soumissionnaire pour régulariser son offre, déterminé en fonction des modifications à apporter à l'offre, devra être raisonnable afin de ne pas rompre l'égalité de traitement de l'ensemble des soumissionnaires.

### 6.8.6 – Conséquences en cas de non-respect des conditions de mise en œuvre

L'acheteur doit respecter scrupuleusement les conditions décrites ci-dessus et s'assurer notamment que la régularisation ne modifie pas substantiellement l'offre. Dans le cas contraire, la procédure pourra être remise en cause et annulée.

En conséquence, lorsque la régularisation est impossible, l'acheteur doit directement éliminer les offres irrégulières ; en cas de doute, l'acheteur doit privilégier l'élimination des offres irrégulières, puisque la régularisation est une possibilité et non pas une obligation.

## 6.9 – Régularisation et négociation

Le traitement des offres irrégulières s'appréhende de manières différentes, selon que la procédure prévoit une négociation ou pas.

Procédures sans négociation<sup>66</sup> : l'acheteur retient l'outil « régularisation » : les offres irrégulières peuvent être régularisées en application de l'article R2152-2.

<sup>64</sup> CE, 25 mars 2013, société Signaux Giron Grand Sud / département de l'Hérault, n°364824

<sup>65</sup> CE, 21 novembre 2014, Commune de Versailles, n° 384089.

<sup>66</sup> Les appels d'offres ouverts ou les appels d'offres restreints ou les procédures adaptées ne prévoyant pas de négociation.

Procédures avec négociation<sup>67</sup> : l'acheteur retient, dans un premier temps, l'outil « négociation », puis met en œuvre, le cas échéant, l'outil « régularisation », dans un second temps.

- 1<sup>er</sup> temps : Les premières offres irrégulières peuvent être rendues régulières au cours de la négociation en application de l'article R2152-1.
- 2<sup>nd</sup> temps : A l'issue de la négociation, les soumissionnaires présentent généralement des dernières offres régulières. Mais il arrive cependant parfois qu'un soumissionnaire présente une meilleure et dernière offre irrégulière après négociation, soit parce que la négociation n'a pas été efficace, soit parce que le soumissionnaire n'a pas compris les exigences de l'acheteur, ou encore parce qu'il n'a pas pu les prendre en compte. Dans ce cas, l'acheteur peut demander la régularisation de cette dernière offre en application de l'article R2152-2.

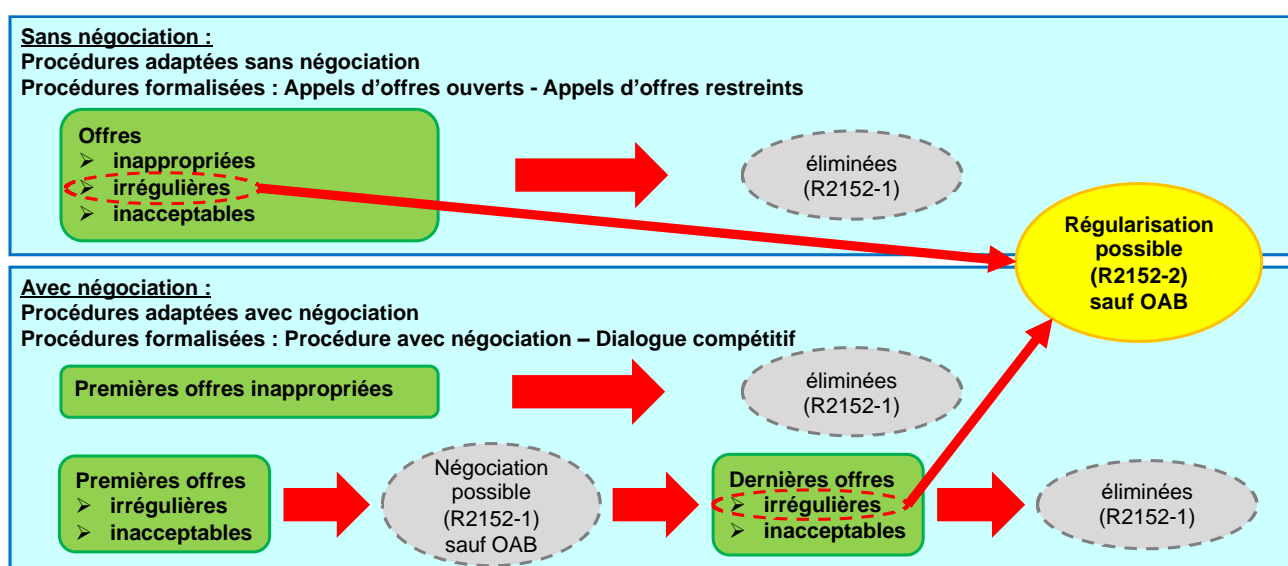


Figure 6

La négociation et la régularisation présentent donc des similitudes ; elles permettent toutes deux de rendre régulières des offres irrégulières, mais s'appliquent de manière différente selon que la procédure retenue permet ou pas une négociation.

<sup>67</sup> Les procédures adaptées prévoyant une négociation, les procédures avec négociation, les dialogues compétitifs.



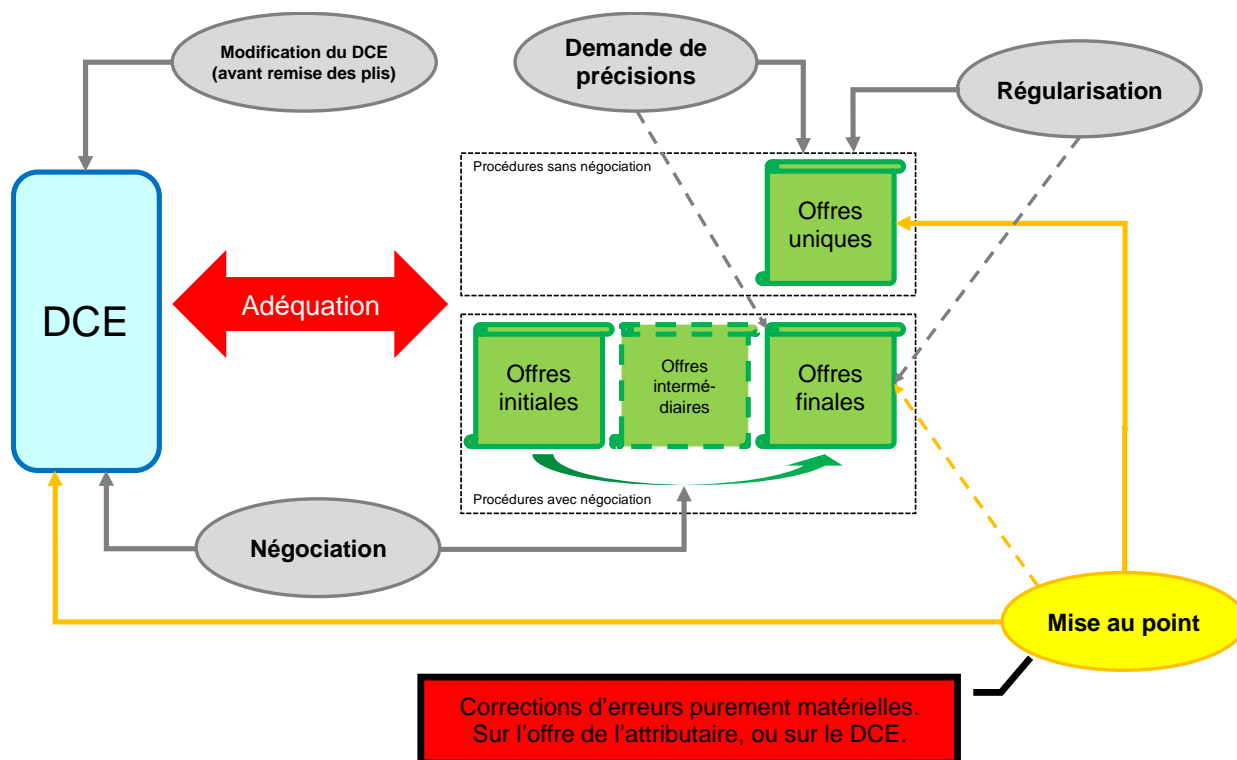
## 7 - La mise au point



### 7.1 – Ce que dit le Code de la Commande Publique

#### **Article R2152-13**

*« L'acheteur et le soumissionnaire retenu peuvent procéder à une mise au point des composantes du marché avant sa signature. Cependant, cette mise au point ne peut avoir pour effet de modifier des caractéristiques substantielles de l'offre ou du marché. »*



## 7.2 – Champ d'application

La mise au point peut être effectuée sur toutes les procédures.

## 7.3 – Objectifs

La mise au point permet de corriger des coquilles, des erreurs matérielles ou des anomalies évidentes apparaissant dans l'offre du soumissionnaire pressenti, ou dans le DCE (CCAP ou CCTP ou autres documents constitutif du marché final) établis par l'acheteur.

## 7.4 – Cadre et conditions de mise en œuvre

La mise au point ne peut pas donner lieu à une négociation de l'offre.

Les corrections apportées lors de la mise au point ne peuvent remettre en cause les caractéristiques substantielles de l'offre retenue ni le classement des offres.

Les mises au point ne peuvent apporter que des modifications mineures. Elles permettent notamment de « lever le doute sur certaines contradictions flagrantes de l'offre » et corriger une « erreur purement matérielle »<sup>68</sup>.

<sup>68</sup> CAA Bordeaux, 20 décembre 2005, SBTPC, n°02BX00814

Le Conseil d'Etat définit l'erreur purement matérielle comme étant de nature telle « que nul ne pourrait s'en prévaloir de bonne foi »<sup>69</sup>.

La correction ne doit pas apporter de modification technique<sup>70</sup>, ni modifier le prix ou l'économie générale de l'offre :

- Concernant le prix, la rectification d'un prix unitaire dans un bordereau de prix pour corriger une erreur est autorisée<sup>71</sup>. En revanche, le fait de proposer de nouveaux coûts horaires<sup>72</sup> ou de compléter sa gamme de prix unitaires pour des prestations dont le chiffrage a été omis<sup>73</sup> excède le cadre de la correction d'une erreur matérielle et rend l'offre irrégulière.
- La modification de la formule de pénalités dans le cadre d'une mise au point peut être considérée comme une modification substantielle, sanctionnée par le juge <sup>74</sup> car elle a un impact direct sur les prix.

## 7.5 – Timing et offres concernées

La mise au point est effectuée après analyse des offres et une fois choisie l'offre économiquement la plus avantageuse. Elle est donc effectuée pour la seule offre retenue, avant notification du marché (voir les figures 3 et 4 pages 15 et 16 présentant la chronologie des différentes étapes).

Si la mise au point ne peut être conclue avec l'attributaire pressenti, le marché est notifié <sup>75</sup> :

- soit au soumissionnaire classé second si les documents de la consultation le prévoient ;
- soit au soumissionnaire ayant présenté l'offre économiquement la plus avantageuse après avoir procédé à une nouvelle analyse et classement des offres restantes sans prise en compte de l'offre éliminée.

## 7.6 – Le support de la mise au point : OUV11

La mise au point peut être effectuée en utilisant le formulaire OUV11 proposé par la DAJ. La notice explicative associée donne des précisions sur l'utilisation de ce formulaire.

Un support équivalent peut néanmoins être retenu.



Le formulaire OUV11 est un modèle de document qui peut être utilisé par le pouvoir adjudicateur ou l'entité adjudicatrice souhaitant procéder, en accord avec le candidat retenu, à une mise au point des composantes du marché public.

Les modifications contenues dans le document ne peuvent remettre en cause les caractéristiques substantielles de l'offre retenue ni le classement des offres.

En cas d'allotissement, un document est rempli pour chaque lot faisant l'objet d'une mise au point.

## 7.7 – La mise au point est contractuelle

Le document utilisé pour effectuer la mise au point est signé par l'attributaire pressenti et l'acheteur, puis devient un document constitutif du marché : en général, cela prend la forme d'une annexe à l'acte d'engagement.

<sup>69</sup> CE, 21 septembre 2011, Département des Hauts-de-Seine, n° 349149

<sup>70</sup> CE, 26 octobre 1994, SIVOM des communes de Carry-le-Rouet et Sausset-les-Pins, n° 110959

<sup>71</sup> CE, 21 septembre 2011, Département des Hauts-de-Seine, n° 349149. En l'espèce, le candidat avait indiqué d'un prix de 22 euros au lieu de 220 euros, résultant d'une erreur purement matérielle, dans un bordereau de prix constitué de plus de 900 lignes ; les erreurs matérielles « notamment lorsque celles-ci sont minimes et n'apparaissent pas susceptibles d'avoir une influence sur la comparaison entre les offres et le choix des candidats », peuvent être corrigées.

<sup>72</sup> CE, 16 janvier 2012, département de l'Essonne, n°353629

<sup>73</sup> CE, 20 mai 2009, Département du Var, n° 318871

<sup>74</sup> TA Nice 24 mars 2006, n° 9905093

<sup>75</sup> Fiche DAJ « Achèvement de la procédure », version du 1<sup>er</sup> janvier 2020, paragraphe 1.2

## 8 – La modification du DCE en cours de procédure



Au-delà de la modification des offres remises par les soumissionnaires, il s'avère parfois nécessaire de modifier ou compléter le DCE établi par l'acheteur, dans le cas où :

- des coquilles ou erreurs matérielles sont détectées et nécessitent d'être corrigées,
- des compléments d'informations sont demandés par les candidats,
- dans le cadre de la négociation, les échanges avec les soumissionnaires ont montré que le besoin ne peut être exactement satisfait et qu'il doit être adapté.

Les possibilités de modification par l'acheteur du DCE dépendent du moment où cette modification intervient.

### 8.1 – Modification du DCE avant réception des plis

Le Code de la Commande Publique stipule :

#### **Article R2132-6**

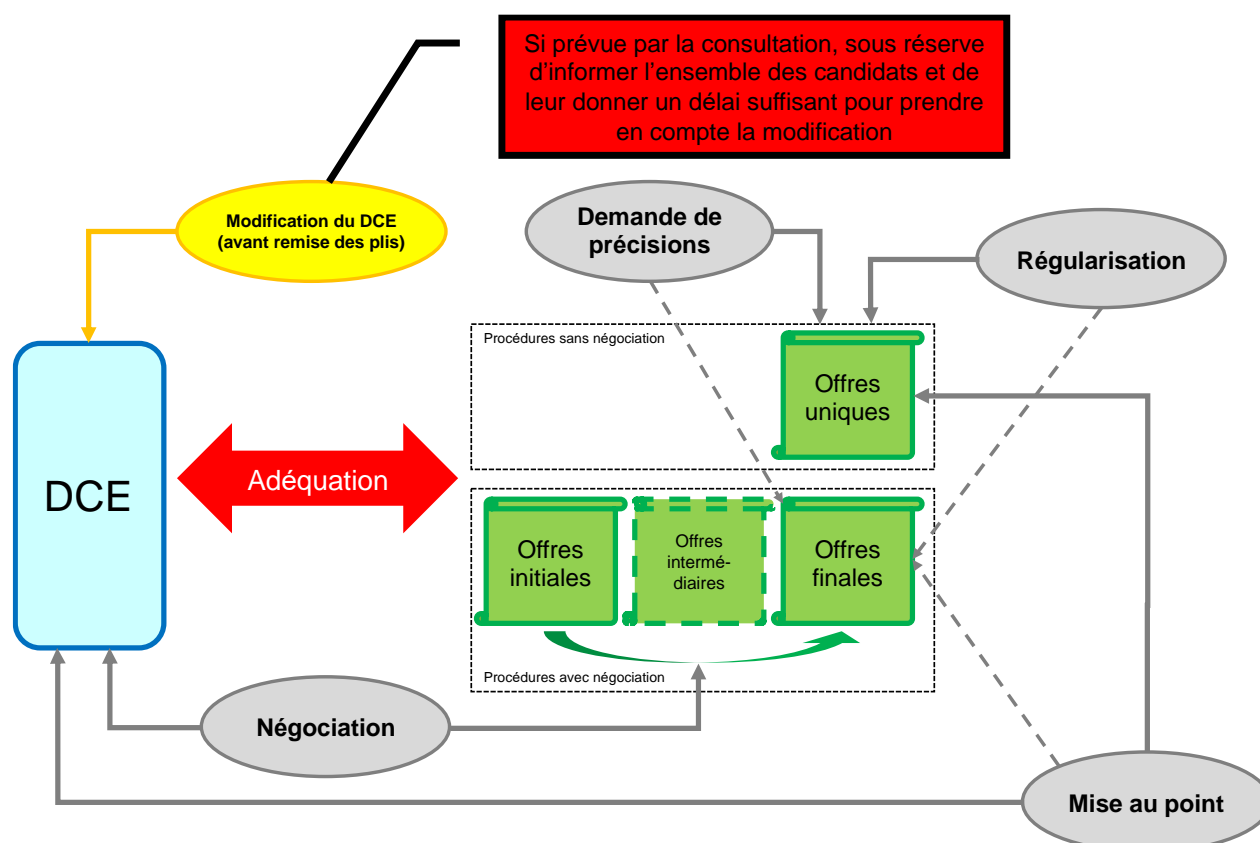
*« En cas de procédure formalisée, les renseignements complémentaires sur les documents de la consultation sont envoyés aux opérateurs économiques six jours au plus tard avant la date limite fixée pour la réception des offres, pour autant qu'ils en aient fait la demande en temps utile. Lorsque le délai de réception des offres est réduit pour cause d'urgence en application des dispositions du titre VI, ce délai est de quatre jours ».*

#### **Article R2151-4**

*« Le délai de réception des offres est prolongé dans les cas suivants :  
1° Lorsqu'un complément d'informations, nécessaire à l'élaboration de l'offre, demandé en temps utile par l'opérateur économique, n'est pas fourni dans les délais prévus à l'article R. 2132-6 ;*

*2° Lorsque des modifications importantes sont apportées aux documents de la consultation.*

*La durée de la prolongation est proportionnée à l'importance des informations demandées ou des modifications apportées ».*



Après publication et avant la réception des plis<sup>76</sup>, des modifications du DCE sont possibles : il faut pour cela<sup>77</sup> :

1. que la possibilité de modification du DCE soit prévue par les documents de la consultation ;
2. informer l'ensemble des candidats, et le cas échéant publier un AAPC rectificatif, notamment si les modifications sont substantielles et ont une incidence sur la présentation des offres<sup>78</sup> ;
3. donner aux candidats un délai suffisant pour qu'ils puissent prendre en compte ces modifications<sup>79</sup> <sup>80</sup>. Si un nouveau délai est octroyé, il doit être suffisant et doit laisser objectivement le temps d'adapter les offres<sup>81</sup>.

<sup>76</sup> Avant réception des plis de candidatures dans le cas des appels d'offres restreints ou des procédures négociées, ou avant réception des plis de candidatures et d'offres dans le cas des appels d'offres ouverts

<sup>77</sup> Question Assemblée Nationale n°19593, 11 juin 2013

<sup>78</sup> CAA de Marseille, 25 avril 2022, ministère des Armées / SAS Seateam Aviation, n°19MA05387. En l'espèce, le ministère avait modifié le dossier de consultation (critère de performance de vitesse des avions passé de mach 0,75 à mach 06 et extension du périmètre des avions qui pouvaient ne pas être équipés d'un radar), modifications considérées comme substantielles et pouvant avoir une incidence sur la présentation des offres, sans avoir publié un avis rectificatif.

<sup>79</sup> CE, 18 décembre 2002, Ville de Paris, req. 241187

<sup>80</sup> CE, 16 novembre 2005, Ville de Paris, req. 278646

<sup>81</sup> CE, 27 novembre 2019, n° 432996, Société Pompes Funèbres de l'Avesnois. Dans cette affaire, le délai supplémentaire de 9 jours accordé par l'acheteur pour la remise des offres pour a été jugé suffisant pour prendre en compte des nouvelles modalités de cheminement des cercueils au sein de l'établissement, qui ne pouvaient pas être regardées comme une modification substantielle des conditions de la consultation.

L'acheteur peut prévoir dans son règlement de consultation ou son avis de publicité la clause suivante :

« Modification du dossier de consultation »

La personne publique se réserve le droit d'apporter des modifications au dossier de consultation au plus tard [quinze jours] avant la date limite fixée pour la réception des offres. Ce délai de [quinze jours] s'entend à compter de la date de mise en ligne des modifications sur [le profil acheteur]. Les candidats devront alors répondre sur la base du dossier modifié. »

Le délai de préavis doit être strictement respecté par l'acheteur, au risque d'être sanctionné par le juge<sup>82</sup>. Si la modification du DCE intervient tardivement et que ce délai de préavis n'est pas respecté, la date limite de remise des offres (DLRO) doit être reportée.

## 8.2 – Modification du DCE durant la négociation

Ce point est traité au paragraphe 5 « Négociation » du présent guide.

## 8.3 – Modification du DCE lors de la mise au point

Ce cas est traité au paragraphe 7 « Mise au point » du présent guide.

---

<sup>82</sup> CE, 9 février 2004, Communauté urbaine de Nantes, n° 259369

## 9 – Cas particulier de la procédure négociée sans publicité ni mise en concurrence préalable



Pour les marchés contractualisés selon une procédure négociée sans publicité ni mise en concurrence préalable, en application des articles R2122-1 à R2122-11 du CCP, après avoir justifié le choix de la procédure, l'acheteur et le titulaire du marché peuvent librement négocier et modifier les termes du contrat.

[A NOTER] : lorsque l'acheteur a retenu la procédure négociée sans publicité ni mise en concurrence en application de l'article R2122-2 (lorsque aucune candidature ou aucune offre n'a été déposée dans les délais prescrits, ou lorsque seules des candidatures irrecevables ou des offres inappropriées ont été présentées), l'acheteur doit veiller à ce que les conditions initiales du marché ne soient pas substantiellement modifiées <sup>83</sup>.

---

<sup>83</sup> TA Mayotte, 10 novembre 2022, SAS Mayotte Route Environnement, n°2205028

## Annexe 1 :

**Tableau de synthèse des différents outils permettant de modifier le DCE ou les offres**

	<b>Modification du DCE avant réception des plis</b>	<b>Demande de précisions</b>	<b>Négociation</b>	<b>Régularisation</b>	<b>Mise au point</b>
<b>Objectifs – Article du CCP</b>	L'acheteur peut modifier le DCE - pour corriger des coquilles ou erreurs matérielles - ou pour fournir des compléments d'informations demandés par les candidats, - ou pour modifier le besoin.	L'acheteur peut demander aux soumissionnaires de « préciser la teneur de leurs offres » lorsque certains éléments des offres sont peu clairs ou incertains, présentent des incohérences ou ambiguïtés, tels que l'évaluation des offres est impossible.	- pour l'acheteur, présenter et détailler son besoin, - pour les candidats, présenter et expliquer leurs offres, - rendre régulières les offres irrégulières et rendre acceptables les offres inacceptables, - adapter / optimiser les offres, - éventuellement, adapter le DCE - négocier les prix.	L'acheteur peut permettre à un soumissionnaire de rectifier son offre sur un point d'irrégularité mineur.	L'acheteur peut effectuer une mise au point pour corriger des coquilles, des erreurs matérielles ou des anomalies évidentes apparaissant dans l'offre du soumissionnaire pressenti, ou dans le DCE.
<b>Article du CCP</b>	R2132-6 R2151-4	R2161-5 (A00) R2161-11 (AOR)	L2124-4 R2161-13, R2161-17 à R2161-10	L2152-1 R2152-2	R2152-13
<b>Procédures permettant la mise en œuvre de l'outil</b>	Toutes les procédures	Pour les appels d'offres ouverts ou restreints Pour les procédures permettant la négociation, les échanges sont effectués au cours de la négociation	Interdite pour les appels d'offres ouverts et restreints, et les procédures adaptées ne prévoyant pas de négociation	Toutes les procédures	Toutes les procédures
<b>Caractère obligatoire ou facultatif</b>	L'acheteur a l'obligation de fournir les compléments d'informations demandés par les candidats L'acheteur n'a pas l'obligation de modifier le DCE avant réception des plis : les corrections peuvent être effectuées lors de la mise au point	A l'appréciation de l'acheteur, s'il estime que l'évaluation de l'offre est impossible	Pour les procédures négociées et les dialogues compétitifs : la négociation est obligatoire (sauf si les documents de la consultation permettent d'attribuer le marché sur les offres initiales). Pour les procédures adaptées : la négociation dépend de ce que prévoit les documents de la consultation.	Pas d'obligation : la régularisation n'est qu'une faculté laissée à l'appréciation de l'acheteur	A l'appréciation de l'acheteur, pour éviter des difficultés en exécution.
<b>Timing et offres concernées</b>	Avant la remise des offres	Avant analyse des offres Pour les offres présentant des imprécisions ou ambiguïtés	Après réception des offres.  Les offres irrégulières ou inacceptables peuvent être négociées. Les offres inappropriées et les offres anormalement basses ne peuvent pas être négociées et doivent être éliminées.	Après réception des (dernières) offre. Avant notation et classement des offres.  Seules les offres irrégulières peuvent être régularisées. Les offres inappropriées, inacceptables, anormalement basses, ne peuvent pas être régularisées.	Après attribution, avant notification du marché.  Uniquement pour l'offre retenue.



	<b>Modification du DCE avant réception des plis</b>	<b>Demande de précisions</b>	<b>Négociation</b>	<b>Régularisation</b>	<b>Mise au point</b>
<b>Soumissionnaires concernés</b>	Tous les soumissionnaires doivent être informés des modifications apportées au DCE	Pour les soumissionnaires ayant présenté des offres imprécises	L'acheteur négocie avec tous les candidats, sauf ceux ayant remis des offres inappropriées ou des offres anormalement basses.  L'acheteur peut réduire le nombre d'offres à négocier au cours de la négociation.	Pour les soumissionnaires à qui l'acheteur laisse la possibilité de régulariser leur offre	Uniquement pour l'attributaire pressenti.
<b>Conditions</b>	Conditions pour modifier le DCE : 1. Possibilité de modifier le DCE prévue par les documents de la consultation 2. Informer l'ensemble des candidats 3. Leur laisser un délai suffisant pour prendre en compte les modifications	La demande de précisions - ne doit pas donner lieu à négociation - ne peut pas permettre au soumissionnaire de modifier son offre, d'apporter des compléments ou des corrections	Tous les éléments de la consultation peuvent être négociés, sauf les exigences minimales fixées par l'acheteur et les critères d'attribution.	Pas de modification substantielle (R2152-2) Uniquement sur les points identifiés par l'acheteur Pas de négociation.	Pas de modification substantielle Uniquement sur les points identifiés par l'acheteur Pas de négociation

## Annexe 2 :

### **Principe d'intangibilité du DCE instauré par l'ancien Code des Marchés Publics**

L'article 66 de l'ancien Code des Marchés Publics 2011 concernant les procédures négociées stipulait en son alinéa V :

*« La négociation est engagée avec les candidats sélectionnés. Elle ne peut porter sur l'objet du marché **ni modifier substantiellement les caractéristiques et les conditions d'exécution du marché** tels qu'elles sont définies dans les documents de la consultation ».*

L'ancien régime instaurait ainsi un principe d'intangibilité du DCE : la négociation devait porter sur les offres et non pas le DCE ; les modifications substantielles du DCE n'étaient pas autorisées. Seules des corrections d'erreurs matérielles, les modifications mineures ou les précisions pouvaient être apportées au DCE en cours de procédure.

La DAJ précisait<sup>84</sup> « Il est, évidemment, toujours possible de négocier les éléments que le candidat fait figurer dans son offre. En revanche, le principe d'intangibilité du cahier des charges rend la modification de celui-ci beaucoup plus délicate. L'acheteur devra être en mesure de justifier, pour toute modification apportée au cahier des charges initial et à l'offre initiale du candidat retenu, de son intérêt, tant technique que financier, et du respect de l'égalité de traitement des candidats ». La négociation portait principalement sur les offres, pas sur le DCE.

Par principe, le DCE ne devait pas être modifié : « La modification du dossier de consultation, ne serait-ce que pour corriger des éléments erronés, a pour effet de modifier potentiellement les conditions de la concurrence et l'égalité des candidats »<sup>85</sup>.

La jurisprudence donnait des indices sur la définition du caractère substantiel d'une modification :

- La modification de la durée du contrat pouvait constituer une modification substantielle<sup>86</sup>,
- La modification de la formule de pénalité pouvait être considérée comme substantielle et être sanctionnée par le juge<sup>87</sup>.

Dans le cas d'une procédure négociée, n'étaient admises que « des adaptations correspondant à des éléments d'information complémentaires apparues nécessaires en cours de procédure », ce qui n'est pas le cas s'il s'agit d'éléments de prix<sup>88</sup> (CE, 29 juillet 1998, Editions Dalloz-Sirey et Société Ort, n° 188686).

---

<sup>84</sup> Circulaire du 14 février 2012 relative au Guide de bonnes pratiques en matière de marchés publics, paragraphe 12

<sup>85</sup> Question Assemblée Nationale n°19593, 11 juin 2013

<sup>86</sup> CE, 4 avril 1997, Commune de l'île d'Yeu

<sup>87</sup> TA Nice 24 mars 2006, req. 9905093

<sup>88</sup> Question écrite Assemblée Nationale n°19593, question publiée au JO le 26/02/2013, réponse du ministère de l'intérieur publiée au JO le 11/06/2013