

Le point sur le principe de l'intangibilité des offres

Le principe de l'intangibilité des offres, très important et pratiqué *de facto* par les acheteurs publics en appel d'offres et en marché à procédure adaptée, reste cependant peu abordé par la doctrine. L'intangibilité est définie par le *Littré* comme étant ce qui doit rester hors de toute atteinte, ce qui doit rester intact. Après avoir étudié la définition de ce principe en droit des marchés publics (I), nous aborderons ses infléchissements (II) et ses limites (III).

I. La définition du principe d'intangibilité

L'intangibilité de l'offre signifie qu'une offre ne peut être modifiée une fois celle-ci déposée par un candidat à une consultation. Elle s'oppose également à l'évolution de l'offre par le jeu d'une négociation.

Ce principe est posé indirectement par l'article 33, alinéa 1^{er}, du Code des marchés publics : « L'appel d'offres est la procédure par laquelle le pouvoir adjudicateur choisit l'attributaire, sans négociation, sur la base de critères objectifs préalablement portés à la connaissance des candidats ». Cette interdiction de négocier a pour conséquence de rendre définitive la proposition du candidat dans un appel d'offres, celle-ci ne peut donc être modifiée (elle est donc intangible). L'intangibilité de l'offre est le propre de l'appel d'offres, contrairement aux autres procédures formalisées, comme le concours ou les procédures négociés, qui prévoient une phase de négociation.

L'intangibilité des offres concerne autant le pouvoir adjudicateur que le candidat. Le pouvoir adjudicateur ne peut pas modifier l'offre de l'entreprise. L'intangibilité des offres concerne l'offre dans son ensemble, c'est-à-dire tant le prix proposé que les réponses techniques apportées par l'entreprise aux besoins exprimés par le cahier des charges du pouvoir adjudicateur.

L'appel d'offres implique donc une bonne définition des besoins puisque les candidats ne pourront infléchir le cahier des charges dans le cadre d'une négociation. C'est d'ailleurs pourquoi a été prévue la procédure de dialogue compétitif, qui permet au pouvoir adjudicateur d'élaborer avec les candidats une réponse à son besoin lorsque la définition de celui-ci s'avère trop complexe, tout en ne permettant pas de négociation une fois l'offre finale remise. Le principe d'intangibilité s'oppose à celui de la négociation, or les procédures formalisées sont sous l'empire de l'un ou de l'autre.

En procédure adaptée, le principe d'intangibilité s'applique selon que le pouvoir adjudicateur introduira une phase de négociation ou non dans son règlement de consultation.

II. Les tempéraments : la demande de précisions et la mise au point

Selon les articles 59-I et 64-I du Code des marchés publics, le pouvoir adjudicateur peut demander des précisions ou des compléments d'information sur la teneur de l'offre. Le risque réside dans le fait que le candidat peut en profiter pour reformuler son offre et proposer, au mépris du principe d'égalité de traitement des candidats, une nouvelle offre. C'est pourquoi le juge considère que les demandes du pouvoir adjudicateur ne peuvent avoir pour objet que de lever le doute sur certaines contradictions flagrantes de l'offre (CAA Bordeaux, 20 décembre 2005, *SBTPC*, n°02BX00814).

Cette possibilité de demande de précisions offerte par le Code des marchés publics n'est pas prévue par les directives européennes mais, dernièrement, la Cour de justice de l'Union européenne vient de l'avaliser (CJUE, 29 mars 2012, *SAG ELV Slovensko*, aff. C-599/10). Le juge européen ajoute que cette demande de précisions ne saurait intervenir qu'après que le pouvoir adjudicateur ait pris connaissance de l'ensemble des offres. Cette demande doit être adressée de manière équivalente à toutes les entreprises dans la même situation et l'ensemble des points imprécis doivent y être abordés.

Cependant la demande de précisions au titre de l'article 59-I du code ne permet pas de modifier une offre incomplète ou imprécise ; il donne seulement au pouvoir adjudicateur la possibilité de solliciter des candidats des précisions ou des compléments sans que la réponse puisse, en principe, prendre la forme d'une modification.

Le deuxième infléchissement au principe d'intangibilité des offres consiste dans la mise au point du marché prévu par les articles 59-II et 64-II du Code des marchés publics : « Il est possible, en accord avec le candidat retenu, de procéder à une mise au point des composantes du marché sans que ces modifications puissent remettre en cause les caractéristiques substantielles de l'offre ni le classement des offres ». La mise au point n'est pas une négociation, mais une adaptation de l'offre retenue qui permet de corriger des erreurs ou des anomalies évidentes.

III. Une limite : l'erreur matérielle

Traditionnellement, il existe une exception au principe d'intangibilité de l'offre qui réside dans la rectification d'une erreur purement matérielle, dans la mesure où sa correction ne modifie pas le prix du marché ou l'économie générale de l'offre. Ainsi, le Conseil d'État n'a pas accepté qu'une entreprise complète sa gamme de prix unitaires pour des prestations qu'elle avait omis de chiffrer (CE, 20 mai 2009, *Département du Var*, n° 318871), ni qu'elle modifie d'un point de vue technique le projet (CE, 26 octobre 1994, *SIVOM des communes de Carry-le-Rouet et Sausset-les-Pins*, n° 110959).

Pourtant, la problématique n'est pas la même selon que nous sommes en présence d'un marché à prix global et forfaitaire ou d'un marché à prix unitaires. Une correction touchant à la décomposition du prix global et forfaitaire est toujours possible dans la mesure où le prix global et forfaitaire n'est pas affecté. En revanche, en marché à prix unitaires, une modification d'un des prix du bordereau des prix unitaires est impossible, puisque le montant du marché sera celui résultant de l'application des prix unitaires aux quantités réellement exécutées.

Cependant, dernièrement, le Conseil d'État, par une décision du 21 septembre 2011, *Département des Hauts-de-Seine*, a admis que l'on puisse corriger une erreur purement matérielle affectant un prix unitaire. Le juge admet qu'une rectification ou une précision au sens de l'article 59-I du Code des marchés publics ne porte pas atteinte au principe d'intangibilité des offres si celle-ci est d'une nature telle que nul ne pourrait s'en prévaloir de bonne foi si l'offre de la société était retenue.

Sources :

- CMP, art. 33, 59 et 64
- CJUE, 29 mars 2012, *SAG ELV c/ Urad*, aff. C-599/10
- CE, 21 septembre 2011, *Département des Hauts-de-Seine*, n° 349149
- CE, 20 mai 2009, *Département du Var*, n° 318871
- CAA Bordeaux, 20 décembre 2005, *SBTPC*, n°02BX00814
- CE, 26 octobre 1994, *SIVOM de Carry-le-Rouet et Sausset-les-Pins*, n° 110959