

## CONTRATS ET MARCHES

---

**Une entreprise peut-elle renoncer à son offre alors que le délai de validité des offres n'est pas épuisé ?**

*Le délai de validité des offres ne fait pas obstacle, dans certaines conditions, à ce qu'un pouvoir adjudicateur autorise un soumissionnaire qui le demande à retirer son offre. Cependant, la renonciation par une entreprise attributaire peut dans certaines hypothèses entraîner sa responsabilité.*

**MARCHE PUBLIC - Formation - Offres - Retrait - Responsabilité de l'entreprise**

## ARRÊTS

1<sup>re</sup> espèce

Cour administrative d'appel de Paris, 10 février 2004

M. Rivaux, prés. - M<sup>me</sup> Regnier-Birster, rapp. -

M. Trouilly, c. du g. - M<sup>e</sup> Riquelme, av.

Préfet des Yvelines - n° 99PA01947

Considérant qu'aux termes de l'article 298 du code des marchés publics alors applicable: «Dès que la commission a fait son choix, l'autorité habilitée à passer le marché avise tous les autres candidats du rejet de leurs offres. Cette autorité communique à tout candidat qui en fait la demande par écrit les motifs du rejet de son offre. Elle peut, en accord avec l'entreprise retenue, procéder à une mise au point du marché sans que les modifications entraînées puissent remettre en cause les conditions de l'appel à la concurrence ayant pu avoir un effet sur les offres. La commission déclare l'appel d'offres infructueux si elle n'a pas obtenu de propositions qui lui paraissent acceptables. L'appel d'offres est alors déclaré infructueux et l'autorité mentionnée au premier alinéa en avise tous les candidats. Il est alors procédé soit à un nouvel appel d'offres, soit à un marché négocié, en application du 2° du I de l'article 104»; que si ces dispositions font obstacle à ce que la commission après avoir fait son choix procède à un nouvel examen des offres et retienne finalement l'offre d'une autre entreprise que celle qu'elle avait initialement retenue, il en va toutefois différemment dans le cas où le choix de la commission a été fondé sur des éléments entachés d'erreur matérielle ou de fraude;

Considérant que, par une décision du 19 mai 1998, la commission d'appel d'offres de l'office public interdépartemental d'habitations à loyer modéré (OPIEVOY) de l'Essonne, du Val-d'Oise et des Yvelines a retenu l'offre présentée par l'entreprise Esys Montenay concernant les lots 10 et 8 de la 1<sup>re</sup> tranche des marchés d'exploitation des installations thermiques de ses résidences; que, par lettres en date des 19 et 26 mai de la même année, ladite entreprise a fait savoir qu'une erreur matérielle entachait l'offre de prix mentionnée dans la variante; qu'il ressort des pièces du dossier que le délai de validité des offres présentées n'était pas encore expiré et qu'aucune décision n'avait encore été notifiée aux entreprises; que, dans ces conditions, la commission pouvait retirer sa décision et reprendre l'examen des offres, le 2 juin suivant, sans porter atteinte aux conditions de la concurrence entre les entreprises et sans entacher d'irrégularité la procédure d'attribution des marchés;

Considérant qu'il résulte de ce qui précède que le préfet des Yvelines n'est pas fondé à soutenir que c'est à tort que, par le jugement attaqué, le tribunal administratif de Versailles a rejeté sa demande tendant à l'annulation du marché d'exploitation des installations thermiques passé par l'OPIEVOY avec l'entreprise CGAT pour les lots 10 et 8 de la 1<sup>re</sup> tranche et de la délibération du conseil d'administration de l'OPIEVOY du 23 juin 1998 autorisant la signature dudit marché;

[...]

Décide:

Art. 1<sup>er</sup>: La requête du préfet des Yvelines est rejetée.

2<sup>e</sup> espèce

Cour administrative d'appel de Nancy, 2 décembre 2004

M. Leducq, prés. - M. Martinez, rapp. -

M. Tréand, c. du g. - M<sup>e</sup> Cossalter, av.

Syndicat mixte de l'agglomération messine - n° 98NC01544

Considérant que le syndicat mixte de l'agglomération messine, qui vient aux droits et obligations du SIVOM de l'agglomération messine, demande l'annulation du jugement en date du 9 juillet 1998 par lequel le tribunal administratif de Strasbourg a rejeté sa demande tendant à condamner la société Satem Est à lui verser une indemnité de 500 000 F en réparation du préjudice résultant de la rupture de l'engagement signé par celle-ci le 21 avril 1994;

Considérant, en premier lieu, qu'il résulte de l'instruction que la société Satem Est s'était engagée le 21 avril 1994 à réaliser pour le

compte du SIVOM de l'agglomération messine des branchements d'immeubles au réseau d'assainissement géré par ledit syndicat; que par courrier du 25 avril 1994, reçu le 27 avril suivant, la société avisait le maître d'ouvrage qu'elle retirait son offre au motif qu'elle mentionnait par erreur un coefficient de majoration de 1,3 % au lieu de 30 %; que le maître d'ouvrage adressait notification du marché négocié par un courrier du 27 avril 1994 et, face aux refus de la société d'exécuter les ordres de service, décidait de mettre en régie les travaux le 9 mai 1994, et, en définitive, attribuait le marché litigieux à la société Muller en juillet 1994; qu'en se bornant à soutenir que l'erreur commise par elle était manifeste, eu égard aux coefficients de majorations habituellement pratiqués, et ne pouvait en conséquence échapper à un professionnel averti, la société n'établit pas la mauvaise foi du maître d'ouvrage; que, dans ces conditions, la résiliation de son engagement initial par la société Satem, qui ne peut utilement pour éluder sa responsabilité se prévaloir de ce qu'elle aurait retiré son offre avant que le marché n'ait été signé par le maître d'ouvrage et notifié à son cocontractant, présente un caractère fautif à l'égard du syndicat mixte de l'agglomération messine;

Considérant, en second lieu, que, contrairement à ce qu'a jugé le tribunal administratif, le préjudice économique subi par le maître d'ouvrage doit être regardé comme établi et évalué à la différence entre le montant de la soumission de la société Satem Est et le prix du marché que le maître d'ouvrage a passé ultérieurement en juillet 1994 avec la société Muller TP soit 149 589,92 € (981 304,59 F); que cependant, le syndicat mixte de l'agglomération messine s'était borné à demander au tribunal administratif une indemnité de 500 000 F soit 76 224,51 € en réparation du préjudice résultant de la rupture de l'engagement signé le 21 avril 1994; qu'il n'est pas allégué que l'étendue réelle des conséquences dommageables de ce fait n'aurait été connue que postérieurement au jugement de première instance; que, dès lors, le syndicat mixte de l'agglomération messine n'est pas recevable à augmenter en appel le montant de ses prétentions par rapport au montant de l'indemnité sollicitée des premiers juges en demandant la condamnation de la société Satem Est à lui verser une somme de 981 304,59 F soit 149 589,92 € au titre de ses conclusions principales; qu'il s'ensuit que la condamnation prononcée à l'encontre de la société Satem Est doit être limitée à la somme de 76 224,51 € et que le surplus de la demande doit être rejeté comme irrecevable;

Considérant qu'il résulte de tout ce qui précède que le syndicat mixte de l'agglomération messine est fondé à soutenir que c'est à tort que, par le jugement attaqué, le tribunal administratif de Strasbourg a rejeté sa demande;

Sur les intérêts et les intérêts des intérêts:

Considérant que le requérant a droit aux intérêts de la somme de 76 224,51 € à compter du 31 mai 1994, date de l'enregistrement de sa demande devant le tribunal administratif de Strasbourg; que la capitalisation des intérêts a été demandée le 23 juillet 1998; qu'à cette date il était dû au moins une année d'intérêts; que, dès lors, conformément aux dispositions de l'article 1154 du code civil, il y a lieu de faire droit à cette demande;

[...]

Décide:

Art. 1<sup>er</sup>: Le jugement susvisé du tribunal administratif de Strasbourg en date du 9 juillet 1998 est annulé.

Art. 2: La société Satem Est est condamnée à verser au syndicat mixte de l'agglomération messine la somme de 76 224,51 € avec les intérêts au taux légal à compter du 31 mai 1994. Les intérêts échus le 23 juillet 1998 seront capitalisés à cette date pour produire eux-mêmes intérêts.

## NOTE

Les entreprises, candidates à un marché public, ne sont pas à l'abri d'erreur dans la rédaction de leur offres. Celles-ci s'expliquent notamment par l'existence de procédures complexes, des plans de charges qui réduisent d'autant la part consacrée au travail administratif, la faiblesse des équipes dans de nombreuses PME ainsi que chez les artisans, etc.

Or, à compter du dépôt d'une offre, et du fait de l'application de la règle du délai de validité des offres, l'entreprise est liée par un engagement unilatéral à l'administration de façon quasi irrévocable jusqu'à l'attribution du marché ou à l'épuisement dudit délai. Dès lors, quel est le sort d'un soumissionnaire qui aurait commis une erreur dans la rédaction de son offre et souhaiterait la modifier ou la retirer avant que le délai de validité ne soit épuisé ?

Pour ce qui est de la modification d'une offre, il faut noter que, la possibilité pour l'acheteur, prévue par l'article 52, alinéa 1, du code des marchés publics, de permettre à une entreprise, à la suite du dépôt de sa candidature et après le délai de remise des offres, de compléter celle-ci ne s'applique pas en matière d'offres (J. Michon, *La nouvelle réglementation des marchés publics*, Le Moniteur, 2004, p. 243). Cette faculté ne porte que sur les candidatures. En outre, si après la date limite de remise des offres, la commission d'appel d'offres peut demander des précisions ou des compléments sur la teneur des offres, cette faculté n'ouvre pas la possibilité pour un soumissionnaire de modifier des éléments de son offre initiale (CE 26 octobre 1994, *Syndicat intercommunal à vocation multiple des communes de Carry-le-Rouet et Sausset-les-Pins*, req. n° 110959). Dès lors, celui-ci peut-il retirer son offre ?

C'est à cette dernière question qu'ont répondu deux décisions rendues par les cours administratives d'appel de Paris et de Nancy ci-dessus reproduites. Selon la première, le délai de validité des offres ne fait pas obstacle, dans certaines conditions, à ce qu'un pouvoir adjudicateur autorise un soumissionnaire qui le demande à retirer son offre. Cependant, la renonciation par une entreprise attributaire peut dans certaines hypothèses entraîner sa responsabilité, nous apprend la seconde.

### Le délai de validité des offres

Le délai de validité des offres est un principe par lequel une entreprise, candidate à un marché public, est liée par son offre jusqu'à ce que ce délai soit écoulé. Celle-ci est liée par un engagement unilatéral et ne peut donc modifier ou retirer son offre pendant ce délai (CE 9 juin 1926, *Bourdouil*, Lebon p. 574; CE 21 mars 1962, *Société nationale des chantiers de reconstruction*, Lebon p. 200). Il s'agit en quelque sorte d'un principe de confiance légitime inversé. En effet, ce délai doit permettre à l'administration de conduire, dans un délai normal et de façon sereine, la procédure jusqu'à son terme, sans que le processus d'attribution ne soit retardé par des propositions et contre-propositions faites par les soumissionnaires.

Ce délai doit être indiqué dans l'avis d'appel public à la concurrence, qu'il soit communautaire ou national, ainsi que dans le règlement de la consultation (arrêté du 10 juin 2004 pris en application de l'article 42 du code des marchés publics et fixant la liste des mentions devant figurer dans le règlement de la consultation). Il peut courir jusqu'à une date prédéterminée ou encore être quantifié en nombre de mois, voire de jours. Habituellement, il débute à compter de la date limite de réception des offres. Cette précision dans la publicité n'est pas inutile. En effet, si l'on considère que le délai court seulement à compter de cette date, l'entreprise peut toujours dans le respect du principe d'égalité modifier ou retirer son offre avant ce terme. En revanche, dans le silence de l'avis ou

du règlement de la consultation, il faut considérer que le délai de validité des offres commence à partir de la réception par l'administration de l'offre. Ce qui signifie que l'entreprise est liée dès ce moment-là, sans pouvoir apporter de modifications avant le terme de remise des offres. Enfin, et quelle que soit la date à partir de laquelle il se déclenche, le délai de validité doit être normal ou raisonnable. Un délai excessif peut être sanctionné par le juge (pour un délai de 400 jours : CE 10 janvier 1986, *Société des travaux du Midi*, Lebon p. 608).

Dans quelle mesure une entreprise peut-elle dès lors renoncer à son offre ?

### Le retrait d'une offre pour erreur matérielle ou fraude

Par une décision en date du 19 mai 1998, la commission d'appel d'offres de l'office public interdépartemental d'habitations à loyer modéré (OPIEVOY) de l'Essonne, du Val-d'Oise et des Yvelines a retenu, dans le cadre d'un appel d'offres pour des marchés d'exploitation des installations thermiques de ses résidences, l'offre présentée par l'entreprise Esys Montenay pour deux lots. Par deux courriers en date des 19 et 26 mai de la même année, l'entreprise a fait savoir à l'office qu'une erreur matérielle entachait l'offre de prix mentionnée dans la variante et qu'en conséquence elle retirait son offre. La commission d'appel d'offres de l'OPIEVOY a alors retiré sa précédente décision et attribué les deux lots en cause à une autre entreprise mieux-disante.

Le préfet des Yvelines a déféré la délibération du conseil d'administration de l'organisme autorisant la signature du marché avec le nouvel attributaire et demandé l'annulation du marché. Le Conseil d'Etat a jugé en effet qu'une commission, après avoir fait son choix, ne peut procéder à un nouvel examen des offres et retenir finalement l'offre d'une autre entreprise (CE 10 janvier 1986, *Société des travaux du Midi*, préc.).

Cependant, la cour administrative d'appel de Paris, confirmant le jugement du tribunal administratif, a rejeté la requête du préfet au motif que la commission peut revenir sur son choix initial lorsque celui-ci s'est fondé sur des éléments entachés d'erreur matérielle ou de fraude. Cet arrêt n'est pas nouveau en soi ; la Haute juridiction administrative ayant assorti l'interdiction de revenir sur un premier choix de limites liées à la notion d'erreur matérielle ou de fraude (CE 8 décembre 1997, *Société A 2 IL*, Lebon tables p. 930). Mais la cour d'appel précise que cette possibilité est assortie de deux réserves ; le délai de validité des offres ne doit pas être encore expiré, et aucune décision ne doit être encore notifiée aux entreprises.

On relève tout d'abord, que la cour exerce un contrôle restreint sur l'existence de l'erreur matérielle. Celle-ci peut être invoquée par l'entreprise et pas nécessairement par l'acheteur. Aussi, il est permis de s'interroger sur le fait de savoir si une entreprise pourrait renoncer à son offre pour un motif autre. Concrètement, une entreprise dépourvue de chantiers à un instant donné pourrait à la suite de l'attribution d'un marché être dans l'incapacité de remplir ses obligations du fait d'autres contrats obtenus entre-temps. Sur un plan pratique, il nous semble que l'administration devrait pouvoir libérer de ses obligations cette entreprise et reprendre l'analyse des offres des autres soumissionnaires. Comme nous le verrons plus loin, l'administration peut toujours contraindre l'entreprise à

exécuter le marché. Cependant, cela risquerait d'être inefficace au regard des indisponibilités de l'entreprise liées à ses plans de charges et, au final, de pénaliser l'avancement du chantier ou du projet. En droit, la jurisprudence sanctionne le retrait d'une décision de choix et un réexamen des offres pour des motifs d'opportunité. En l'état de la jurisprudence, seule l'erreur matérielle ou la fraude autorise ce réexamen. Confrontée à cette situation, l'acheteur ne peut donc que relancer une nouvelle procédure, mais se trouve alors en droit de demander réparation pour le préjudice subi à l'entreprise retenue, notamment si le prix du marché passé ultérieurement est d'un montant supérieur à celui qui devrait être normalement exécuté (JOAN Q 23 août 1999, n° 26512, p. 5038).

Sous réserve de l'existence d'une erreur ou d'une fraude, l'irrévocabilité de l'offre, après la date limite de dépôt, n'est pour autant pas d'ordre public. Ainsi, le pouvoir adjudicateur peut, à la demande d'un soumissionnaire, autoriser celui-ci à retirer son offre à la double condition que le délai de validité des offres ne soit pas épuisé et que le marché ne soit pas encore notifié. En effet, une fois le marché notifié, l'entreprise ne peut plus y renoncer (CE 12 octobre 1984, *Chambre syndicale des agents d'assurance des Hautes-Pyrénées*, RFDA 1985, p. 19, concl. Dandelot).

La solution est différente si le délai de validité est écoulé. En effet, l'administration ne peut plus examiner des offres postérieurement à l'expiration du délai qu'elle a elle-même fixé (CE 27 juillet 1984, *Société Biro*, Lebon p. 303). Si elle souhaite néanmoins y procéder, avant de proroger le délai, elle doit obtenir l'accord de l'ensemble des candidats (CE 13 décembre 1996, *Syndicat intercommunal pour la revalorisation des déchets du secteur Cannes-Grasse et autres*, Lebon p. 488). Cependant, passé le délai initial, le soumissionnaire n'est plus lié par son offre. Il peut se libérer en retirant son offre de façon expresse. Ce dernier point est important dans la mesure où, en cours d'exécution d'un marché, une entreprise attributaire ne pourra invoquer pour obtenir la nullité du contrat le fait que ce dernier lui a été notifié alors que le délai de validité des offres était écoulé (CAA Nantes 17 octobre 2003, *Société Lauvergnat*, req. n° 99NT01539 et 00NT01187; 30 décembre 2003, *Madec*, req. n° 99NT02244).

La renonciation suppose, outre les conditions énoncées ci-dessus, l'accord du pouvoir adjudicateur. A défaut, l'attributaire pourra voir sa responsabilité engagée.

### La responsabilité de l'attributaire en cas de renonciation

Dans le cadre d'une procédure négociée lancée par le syndicat mixte de l'agglomération messine, la société Satem Est avait remis une offre datée du 21 avril 1994 pour la réalisation de branchements d'immeubles au réseau d'assainissement géré par le syndicat. Par un courrier reçu par le syndicat le 27 avril 1994, la société avisait ce dernier qu'elle retirait son offre au motif qu'elle mentionnait par erreur un coefficient de majoration de 1,3 % au lieu de 30 %. Or, par lettre en date du 27 avril, le syndicat adressait notification du marché à l'entreprise Satem Est. Face aux refus de la société d'exécuter les ordres de service, le maître d'ouvrage décidait de mettre en régie les travaux, puis d'attribuer en définitive le marché litigieux à une autre entreprise.

Saisi d'une demande tendant à condamner la société Satem Est à lui verser une indemnité en réparation du préjudice résultant de la rupture de l'engagement qu'elle avait signé le 21 avril 1994, le tribunal administratif de Strasbourg a rejeté, par un jugement en date du 9 juillet 1998, la demande du syndicat mixte. La cour administrative d'appel de Nancy a annulé le jugement au motif que la résiliation de son engagement initial par la société Satem présentait un caractère fautif dans la mesure où, comme le défendait le syndicat, le délai de validité des offres n'avait pas expiré et qu'en outre le marché n'était ni signé par le maître d'ouvrage ni notifié au cocontractant.

La société, en défense, invoquait l'erreur manifeste dans la rédaction de son offre eu égard aux coefficients de majorations habituellement pratiqués. Mais la jurisprudence reconnaît rarement les erreurs sur le prix ou sur la quantité de l'objet (CE 5 décembre 1934, *Sieur Laurenson*, Lebon p. 1151; CE 4 décembre 1957, *Ville de Rouen*, Lebon p. 852; CE 10 juillet 1972, *Société Fourny et Cie*, RD publ. 1974, p. 1168; CE 1<sup>er</sup> février 1980, *Office public communal d'HLM de la ville de Brest*, Lebon p. 69). Au contraire, l'erreur commise par un candidat dans la composition de son offre peut être génératrice de responsabilité (CE 9 décembre 1988, *Syndicat intercommunal pour le ramassage des ordures ménagères de Château-Salins*, Lebon p. 668). C'était en l'espèce la demande au principal du syndicat mixte d'obtenir réparation du préjudice qu'elle subissait du fait de la renonciation à son offre par l'entreprise. L'indemnité que l'entreprise attributaire doit verser, pour renonciation, est égale à la différence entre le montant de sa soumission et le prix du marché que l'administration a passé ultérieurement avec une autre entreprise (CE 15 janvier 1986, *Société l'Habitat moderne*, MTPB 21 février 1986, p. 49, obs. F. Moderne). En l'espèce, la différence entre le montant de la soumission de la société Satem Est et le prix du marché que le maître d'ouvrage a passé ultérieurement avec une autre entreprise représentait 149 589,92 €. Mais le syndicat mixte s'étant borné à demander au tribunal administratif une indemnité de 76 224,51 € en réparation du préjudice résultant de la rupture de l'engagement n'a pu en appel augmenter le montant de ses prétentions.

L'application du principe de l'engagement unilatéral durant le délai de validité des offres peut présenter des dangers pour les entreprises, mais également des blocages pour les acheteurs publics. Des arrêts des cours administratives d'appel de Paris et Nancy, les soumissionnaires potentiels tireront qu'un engagement à la légère sur une offre ne fait pas bon ménage avec le droit des marchés publics. La réponse à une consultation implique pour les entreprises de saisir toute la portée de leur acte. Pour l'administration, si la règle vient en quelque sorte la protéger dans la bonne conduite du processus d'attribution, elle a pour corollaire de bloquer une gestion efficace des offres lorsque l'attributaire devient entre-temps, du fait de nouveaux contrats, indisponible. Pourquoi ne pas imaginer dès lors, et dans un but d'efficacité du processus de la commande publique, une évolution du code des marchés publics qui permettrait à une administration de délier un candidat, sous certaines conditions, évitant ainsi l'abandon de la procédure et le lancement d'une nouvelle consultation?

Mathieu Heintz

Responsable du service juridique  
Conseil général de l'Isère