

Qualification et régime des offres irrégulières, inacceptables et inappropriées

L'article L. 2152-1 du Code de la commande publique dispose que l'acheteur écarte « les offres irrégulières, inacceptables ou inappropriées ». Comment la jurisprudence différencie-t-elle ces différentes catégories d'offres ? Dans quels cas l'acheteur ou l'autorité concédante peut-elle procéder à une régularisation ?

L'attribution des contrats de la commande publique s'opère par le jugement des offres afin d'apprécier quelle est l'offre économiquement la plus avantageuse. Cette phase d'examen des mérites de chacune des offres est toutefois précédée d'une étape importante. En effet, aux termes des articles L. 2152-1 à L. 2152-4 et des articles L. 3124-2 à L. 3124-4 du Code de la commande publique, les acheteurs et les autorités concédantes doivent respectivement apprécier si ces offres ne sont pas irrégulières, inacceptables ou inappropriées. En présence de telles offres, ils doivent en tirer toutes les conséquences selon le régime propre à chacun de ces types d'offres généralement en invitant les candidats à les régulariser, lorsque cette option est envisageable, ou en écartant ces dernières.

La qualification des offres irrégulières, inacceptables et inappropriées

Tant les acheteurs que les autorités concédantes peuvent être confrontés à des offres irrégulières et inappropriées dès lors que cette qualification est commune aux marchés et concessions. En revanche, la notion d'offre inacceptable est, en principe, propre aux marchés et doit faire l'objet d'une analyse spécifique.

La qualification des offres irrégulières et inappropriées en marchés et concessions

Le Code de la commande publique prévoit que des offres sont susceptibles d'être irrégulières tant en marché qu'en concession. Nonobstant une légère variation dans les critères de qualification des offres irrégulières suivant la nature du contrat, il semble se dégager de la jurisprudence administrative une certaine unité dans la qualification de ces dernières.

Auteurs

Philippe Guellier

Avocat associé au barreau de Lyon

Laurent Bonnard

Avocat au barreau de Paris
Cabinet Seban Avocats

S'agissant des marchés, l'article L. 2152-2 du Code de la commande publique pose une *summa divisio* pour qualifier l'offre irrégulière puisque tombe sous cette qualification soit l'offre « qui ne respecte pas les exigences formulées dans les documents de la consultation, en particulier parce qu'elle est incomplète », soit celle « qui méconnaît la législation applicable notamment en matière sociale et environnementale ».

Cette dernière catégorie vise les cas où l'offre répond aux besoins du pouvoir adjudicateur mais n'est pas conforme à une exigence fixée par la législation ou la réglementation nationale. L'article L. 2152-2 du Code de la commande publique vise plus particulièrement la réglementation en matière sociale et environnementale mais il peut aussi s'agir de règles relatives à la sous-traitance, à la fiscalité⁽¹⁾ et plus largement de toute la législation et réglementation en vigueur. Est ainsi irrégulière l'offre du candidat qui méconnaît ou ignore les stipulations d'une convention collective⁽²⁾ ou encore l'offre qui propose un prix de vente de livres méconnaissant les dispositions de loi n° 81-766 du 10 août 1981 qui encadre le prix de vente des livres⁽³⁾.

La catégorie des offres qualifiables d'irrégulières au motif de l'absence des exigences formulées dans les documents de la consultation est plus vaste et nous semble pouvoir se subdiviser en une typologie de trois sous-catégories.

La première sous-catégorie est relative aux offres qualifiées d'irrégulières en tant qu'elles ne respectent pas les exigences techniques des documents de la consultation, généralement les exigences formulées au titre du cahier des clauses techniques particulières. Ainsi, dans le cadre d'un marché portant sur l'acquisition d'heures de vol d'un hélicoptère civil, est qualifiée d'irrégulière l'offre qui se borne à indiquer qu'elle est apte à fournir des hélicoptères répondant « à toutes les caractéristiques primordiales et impératives » attendues par le pouvoir adjudicateur mais ne spécifie pas le type d'hélicoptère proposé alors qu'une liste de modèles attendus était expressément spécifiée dans le cahier des clauses particulières du marché⁽⁴⁾.

La deuxième sous-catégorie comprend les offres formellement irrégulières à savoir celles qui respectent le cahier des charges techniques mais qui n'ont pas été présentées selon les formes imposées par le règlement de la consultation. Est par exemple irrégulière l'offre dont l'acte d'engagement n'a pas été signé au moyen d'un certificat de signature électronique comme l'exigeait le règlement de la consultation⁽⁵⁾. Il en est de même

de l'offre qui ne respecte pas une prescription édictée par le règlement de la consultation « sous peine d'irrégularité » dès lors qu'elle ne comprend pas de « notice descriptive », ni de « fiches techniques », et ce sans que le candidat évincé « puisse utilement se prévaloir de ce que les éléments demandés se seraient trouvés dans d'autres pièces de son dossier d'offre »⁽⁶⁾.

Enfin, la troisième sous-catégorie a trait aux offres incomplètes, lesquelles sont des offres qui ne comportent pas toutes les pièces ou renseignements requis par les documents de la consultation⁽⁷⁾. L'offre d'un candidat « qui n'a pas renseigné un des prix devant figurer au "bordereau des prix unitaires" » est qualifiée d'incomplète. Le caractère incomplet résulte parfois d'une irrégularité formelle. Ainsi en est-il de l'offre qui n'indique pas les délais d'exécution dans un tableau spécial alors que cette information figurait dans le planning d'exécution des travaux joint à l'offre⁽⁸⁾. Dans un arrêt du 29 septembre 2019⁽⁹⁾, le Conseil d'État opère toutefois une distinction entre « les pièces ou renseignements requis par les documents de la consultation » et les « éléments d'information » attendus par ces documents. Ces éléments d'information, « sans être nécessaires pour la définition ou l'appréciation des offres et sans que leur communication doive donc être prescrite à peine d'irrégularité de l'offre, sont utiles au pouvoir adjudicateur pour lui permettre d'apprécier la valeur des offres au regard d'un critère ou d'un sous-critère ». L'omission de ces éléments ne rend donc pas l'offre incomplète et elle se trouve simplement sanctionner par l'attribution d'une note de « 0 » pour le critère ou le sous-critère correspondant.

La définition de l'offre irrégulière dans les contrats de concession est distincte de celle des marchés puisque l'article L. 3124-3 du Code de la commande publique dispose qu'une « offre est irrégulière lorsqu'elle ne respecte pas les conditions et caractéristiques minimales indiquées dans les documents de la consultation ». La lettre de cet article pourrait laisser penser que le champ de qualification des offres irrégulières en matière de concession est beaucoup plus restreint qu'en marchés publics. En effet, alors que l'absence de respect d'une quelconque exigence des documents de la consultation emporte l'irrégularité de l'offre en marché, dans les concessions, seule l'absence de respect des conditions et caractéristiques expressément qualifiées de minimales par l'autorité concédante entraîne une telle qualification. Pour autant, cette différence ne doit pas être surestimée, le Conseil d'État a effectivement jugé, en l'absence de caractéristique qualifiée de « minimale », qu'est irrégulière l'offre qui ne respecte pas une convention collective s'imposant aux candidats à l'octroi d'une délégation de service public⁽¹⁰⁾.

(1) Rép. min. n° 21278, *JO Sénat*, 1^{er} mars 2007, p. 457.

(2) CE 11 décembre 2013, Société antillaise de sécurité matière sociale et environnementale, req. n° 372214 (absence d'une telle violation au cas d'espèce).

(3) CE 28 septembre 2016, Société Biblioteca, req. n° 400393.

(4) CAA Versailles 16 juin 2022, SA Hélicoptère-Union, req. n° 19VE03858.

(5) TA Caen 22 février 2022, SA Frameto, req. n° 2101168 ; voir également sous l'empire du Code des marchés publics où l'acte d'engagement devait être signé *ab initio* et non en raison d'une exigence des documents de la consultation : CE 7 novembre 2014, Ministre des finances c./ Société BearingPoint, req. n° 385587.

(6) TA Lille 8 juillet 2022, Société Lorban et Cie., req. n° 2204547.

(7) CE 12 janvier 2012, Département du Doubs, req. n° 343324.

(8) CE 30 novembre 2011, Ministre de la Défense et des anciens combattants, req. n° 353121.

(9) CE 20 septembre 2019, Collectivité de Corse, req. n° 421075.

(10) CE 10 octobre 2022, Société Action développement loisir, req. n° 455691.

Ainsi, nonobstant la circonstance que l'appréciation de l'irrégularité soit, *a priori*, plus libérale en concession qu'en marché, le juge administratif semble adopter une interprétation relativement unitaire de la notion. À cet égard, l'acheteur public aura intérêt à apprécier l'utilité de formuler des exigences de forme et de fond dans les documents de la consultation. En effet, ces exigences peuvent se révéler à double tranchant dès lors qu'elles lui imposeront, sauf régularisation, de rejeter des offres ne répondant à des conditions par trop strictes qu'il a pu formuler et qui ont emporté la qualification d'offres irrégulières. En outre, un formalisme excessif peut rendre plus difficile la qualification des offres. En effet, le Conseil d'État a jugé que l'autorité concédante - mais le raisonnement paraît transposable aux acheteurs - ne peut écarter comme irrégulière ou incomplète une offre qui ne respecterait pas une exigence imposée par les documents de la consultation lorsque cette exigence « se révèle manifestement dépourvue de toute utilité pour l'examen des candidatures ou des offres »^[11]. De même, le juge des référés du tribunal administratif de Versailles a jugé que n'était pas irrégulière l'offre qui avait présenté les quatre dossiers exigés par les documents de la consultation dans un fichier PDF unique en lieu et place d'un fichier PDF pour chacun des dossiers^[12].

L'offre inappropriée est définie en des termes similaires par les articles L. 2152-4 et L. 3124-4 du Code de la commande publique comme 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 [respectivement de l'autorité concédante] qui sont formulés dans les documents de la consultation ». La frontière peut parfois être délicate à tracer entre l'offre inappropriée et irrégulière alors qu'elle a son importance dès lors que seule la première est, ainsi qu'il sera exposé, susceptible de faire l'objet d'une régularisation.

La Cour de justice des communautés européennes a précisé la notion en jugeant qu'une offre est irrégulière lorsque les manquements portent sur des « éléments indispensables » dont l'absence « empêche l'entité adjudicatrice de réaliser valablement le projet pour lequel la procédure d'appel d'offres a été lancée »^[13]. Ainsi que le soulignaient des auteurs, « pour être inappropriée, l'offre devra se caractériser 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 »^[14].

Les offres inacceptables : une qualification des offres propre aux marchés

L'offre inacceptable est définie par l'article L. 2152-3 du Code de la commande publique comme une « offre dont le prix excède les crédits budgétaires alloués au marché, déterminés et établis avant le lancement de la procédure ».

Le Conseil d'État a jugé que la seule circonstance qu'une offre soit supérieure au montant du marché estimé 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^[15]. Autrement dit, dès lors que le montant de l'offre est compatible avec le budget du pouvoir adjudicateur, ce dernier a l'obligation d'accepter l'offre, en dépit de la différence entre l'estimation du coût du marché et le montant de l'offre, et ne dispose pas de la possibilité de la déclarer économiquement inacceptable^[16].

La doctrine administrative a précisé que cette notion « ne renvoie ni à la notion de budget annuel dont disposerait l'Administration pour l'ensemble de ses achats publics, ni à une opération globale, prise dans son ensemble et tous lots confondus » et qu'il « revient au pouvoir adjudicateur, pour chaque achat et chaque lot d'un marché de procéder à une estimation sincère et fiable de la prestation voulue et d'y affecter les crédits correspondants »^[17].

Fort logiquement, le juge approuve la qualification d'offre inacceptable retenue par un pouvoir adjudicateur pour une offre du lot d'un marché dont le montant excède les crédits alloués pour l'ensemble des lots dudit marché^[18]. Lorsque la qualification n'est pas aussi évidente, le juge va plus finement rechercher si l'offre proposée pour l'attribution d'un lot est supérieure au montant des crédits budgétaires alloués à ce lot en particulier. Le juge des référés du tribunal administratif de Paris a ainsi jugé qu'une offre était irrégulière au motif que son montant était supérieur au « montant des crédits budgétaires alloués [...] avant l'engagement de la procédure de passation du marché, pour chaque lot et par année »^[19]. En pratique, on recommandera aux acheteurs de définir avec précision les crédits budgétaires alloués aux marchés qu'ils entendent conclure et, dans le cas des marchés allotés, de clairement allouer ces crédits pour chacun des lots afin de pouvoir identifier les potentielles offres inacceptables.

La notion d'offre inacceptable est, de par sa nature, propre au marché et ne trouve pas à s'appliquer en concession. Les articles L. 3124-2 à L. 3124-4 du Code de la commande publique mentionnent uniquement les

[11] CE 22 mai 2019, Société Corsica Ferries, req. n° 426763 : cette décision a été rendue dans le cadre d'une concession.

[12] TA Versailles 31 janvier 2022, Société A2.DIS, req. n° 2200116.

[13] CJCE 4 juin 2009, Commission c./ République Hellénique, aff. C-250/07.

[14] J. Béjot, F. Pouhyet-Simon, Fasc. 62, « Offres irrégulières », *JurisClasseur Contrats et Marchés Publics*, 18 septembre 2022.

[15] CE 24 juin 2011, Office public de l'habitat interdépartemental de l'Essonne, req. n° 346665.

[16] Rép. min. n° 05463, *JO Sénat* 22 août 2013, p. 2441.

[17] Rép. min. n° 326, *JOAN* 15 octobre 2013, p. 10817.

[18] TA Melun 12 juillet 2022, Société Cesigma Signal et Systems, req. n° 1908071.

[19] TA Paris 19 août 2022, SAS Challancin, req. n° 2215997.

offres irrégulières ou inappropriées. Cela tient à l'économie des contrats de concession. Il résulte de l'article L. 1121-1 du Code de la commande publique que la contrepartie du concessionnaire consiste essentiellement dans le droit d'exploiter l'ouvrage ou le service qui fait l'objet du contrat lequel peut éventuellement être assorti d'un prix. Aussi, « dans les concessions, le prix versé par l'acheteur ne peut, par définition, qu'avoir un rôle marginal dans l'équilibre économique du contrat »^[20]. Ce faisant, le montant de l'offre des candidats ne peut pas, par principe, excéder les crédits budgétaires alloués par l'autorité délégante à la concession puisque l'équilibre économique de cette dernière ne repose pas sur un prix.

Le régime des offres irrégulières, inacceptables et inappropriées

L'acheteur ou l'autorité concédante sont par principe tenus de rejeter les offres irrégulières, inacceptables et inappropriées mais le Code de la commande publique leur offre des facultés de régularisation.

Le rejet de principe des offres irrégulières, inacceptables et inappropriées

Par principe, aux termes de l'article L. 2152-1 du Code de la commande publique, l'acheteur écarte les offres irrégulières, inacceptables ou inappropriées. Le régime est similaire pour les contrats de concession puisque l'article L. 3142-2 du même code dispose que l'autorité concédante écarte les offres irrégulières ou inappropriées.

En marché, il résulte de l'article L. 1414-2 du Code général des collectivités territoriales que la commission d'appel d'offres est seule compétente, à l'exception des marchés publics passés par les établissements publics sociaux ou médico-sociaux, pour choisir le titulaire du marché passé selon une procédure formalisée. Il s'en déduit qu'elle n'est pas compétente pour décider d'écartier les offres irrégulières, inacceptables et inappropriées. Cette compétence revient à l'autorité compétente de l'acheteur, à savoir, pour les collectivités territoriales, à l'exécutif local^[21]. Toutefois, la doctrine administrative indique que les acheteurs demeurent libres de consulter la commission d'appel d'offres sur l'ensemble des points qui ne relèvent pas de sa compétence et donc sur la qualification des offres et la décision de les écartier s'ils l'estiment nécessaire^[22].

En concession, la commission de délégation de service public n'est pas davantage compétente pour écartier les offres irrégulières ou inappropriées puisqu'aux termes de l'article L. 1411-5 du Code général des collectivités territoriales, elle a pour seules compétences, d'une part, d'analyser les dossiers de candidature et de dresser la liste des candidats admis à présenter une offre et, d'autre part, de rendre un rapport présentant notamment la liste des entreprises admises à présenter une offre et l'analyse des propositions de celles-ci, ainsi que les motifs du choix de la candidate et l'économie générale du contrat. Là encore, c'est donc à l'exécutif local que revient la compétence pour écartier les offres irrégulières ou inappropriées.

Par principe, tant en marché qu'en concession, l'autorité compétente est tenue d'écartier les offres irrégulières, inacceptables et inappropriées antérieurement à la mise en œuvre des critères de jugement des offres. Le Conseil d'État juge que l'acheteur est tenu « d'éliminer, sans en apprécier la valeur, les offres incomplètes, [...] et [qui] sont, pour ce motif, irrégulières »^[23]. Il est effectivement inutile d'apprécier la valeur d'une offre qui doit être écartée et auquel l'acheteur ne peut attribuer le marché ou la concession^[24].

Cependant, le Conseil d'État a expressément jugé que la circonstance qu'une offre ait été jugée puis classée, ne prive pas le pouvoir adjudicateur d'écartier cette offre s'il s'avère qu'elle est en réalité irrégulière^[25]. La Haute juridiction admet même la possibilité pour l'acheteur de substituer au motif retenu dans le document informant le candidat du rejet de son offre un nouveau motif, tiré, notamment, de l'irrégularité de sa candidature ou de son offre, sous réserve que l'acheteur est, en cours de procédure, effectivement établi que l'offre du candidat était irrégulière^[26].

Le principe selon lequel les offres inappropriées doivent être écartées est absolu, l'article R. 2152-1 du Code de la commande publique disposant expressément que « les offres inappropriées sont éliminées » et aucune disposition du code ne prévoit de faculté de régularisation de telles offres. Cette prohibition est compréhensible puisque l'offre inappropriée ne permet pas de répondre au besoin de l'acheteur ou de l'autorité concédante sans modification substantielle. Permettre sa régularisation reviendrait donc à admettre qu'un candidat puisse substantiellement modifier son offre en cours de procédure en violation du principe d'intangibilité des offres^[27]. En revanche, tel n'est pas le cas pour les offres irrégulières et inacceptables puisque le Code de la commande prévoit une faculté de régularisation de ces dernières qu'il convient de présenter.

[20] G. Pellissier, « Comment respecter les règles relatives à la définition des besoins et aux critères de choix lorsque l'autorité concédante souhaite solliciter des prestations supplémentaires pendant l'exécution du contrat sans en connaître le volume exact », BJCP n° 130, mai-juin 2020.

[21] Rép. min. n° 12835, *JO Sénat* 23 octobre 2014, p. 2386.

[22] DAJ, Fiche technique : l'intervention de la commission d'appel d'offres, 25 août 2020.

[23] CE 20 septembre 2019, Société Vendasi, req. n° 421075.

[24] CE 1^{er} avril 2022, Société Bourdarios et ministre de l'Économie et des finances, req. n°s 458793 et 458864.

[25] CE 29 mai 2013, Communauté urbaine Marseille Provence Métropole, req. n° 366456.

[26] CE 13 juin 2016, Société Latitudes, req. n° 396403.

[27] CE 21 septembre 2011, Département Hauts-de-Seine, req. n° 349149.

La régularisation des offres irrégulières et inacceptables

En matière de régularisation, les articles R. 2152-1 et R. 2152-2 du Code de la commande publique dressent une *summa divisio* entre les procédures sans négociation et les procédures ouvrant droit à une négociation ou un dialogue.

Aux termes de l'article R. 2152-1 du Code de la commande publique, « dans les procédures adaptées sans négociation et les procédures d'appel d'offres, les offres irrégulières, inappropriées ou inacceptables sont éliminées ». Cependant, l'article R. 2152-2 du code précité dispose que « 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 » et sous réserve que la régularisation des offres irrégulières n'ait pour effet d'en modifier des caractéristiques substantielles.

Ainsi, dans les procédures adaptées sans négociation et les procédures d'appel d'offres, l'acheteur dispose toujours de la faculté d'inviter les candidats à régulariser leurs offres irrégulières, à l'exclusion des offres inadaptées et inappropriées. La jurisprudence rappelle toutefois qu'il s'agit là d'une simple faculté que le pouvoir adjudicateur n'est jamais tenu de mettre en œuvre^[28].

Pour les autres procédures, soit en substance celles ouvrant droit à une négociation ou un dialogue, l'article R. 2152-1 du Code de la commande publique prévoit que 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 », leur élimination ne survenant que si elles demeurent irrégulières ou inacceptables à l'issue de la négociation ou du dialogue.

À l'instar des procédures adaptées sans négociation et des appels d'offres, les offres inappropriées et anormalement basses sont écartées. En revanche, tant les offres irrégulières que les offres inacceptables peuvent faire l'objet d'une régularisation au cours de la négociation ou du dialogue.

Le Code de la commande publique est silencieux sur les facultés offertes à l'autorité concédante d'inviter les

candidats à l'attribution d'un contrat de concession à procéder à la régularisation de leurs offres. Cependant, ce silence ne saurait, selon nous, s'interpréter comme une prohibition. Le code ne précisant pas le stade de la procédure auquel a lieu la qualification des offres irrégulières (offres initiales ou finales), il nous semble que le régime de régularisation des offres irrégulières peut être aligné sur celui des procédures de passation des marchés publics avec négociation. En effet, aux termes de l'article L. 3124-1 du Code de la commande publique, l'autorité concédante peut recourir à la négociation pour attribuer le contrat de concession. Durant la négociation, il est admis que les candidats peuvent modifier leurs offres, sous réserve de n'apporter que des modifications non substantielles^[29] mais également que ces modifications soient apportées à la demande de l'autorité concédante^[30] dès lors que cette demande est motivée par l'intérêt du service public et ne fausse pas les conditions de la concurrence^[31]. Cette faculté leur permet de corriger le caractère irrégulier de leur offre si tant est qu'elle ne la modifie pas substantiellement^[32]. Il s'ensuit qu'en toute rigueur, seules les offres irrégulières sont susceptibles d'être régularisées mais non les offres inappropriées puisque seule leur modification substantielle permettrait de répondre aux besoins et exigences de l'autorité concédante alors qu'une telle modification est prohibée.

Enfin et pour finir, quelle que soit la procédure de passation mise en œuvre, lorsque l'acheteur ou l'autorité concédante décide d'autoriser un candidat à régulariser son offre, il doit respecter le principe de transparence et d'égalité de traitement entre les candidats. Ainsi, il ne saurait se limiter à inviter un seul candidat à préciser ou régulariser son offre, mais devra inviter tous les soumissionnaires se trouvant dans une situation similaire^[33]. En outre la régularisation doit nécessairement intervenir avant le classement des offres^[34].

[29] CE 24 juin 2019, Société La Méridionale, req. n° 429407.

[30] CE 14 mars 2003, Société Air Lib, req. n° 251610.

[31] CE 29 avril 2002, Groupement assoc. ouest parisien et a., req. n° 216902.

[32] CE 24 juin 2019, Société La Méridionale, req. n° 429407. Pour un parallèle en marché : CE 23 novembre 2018, Région Réunion, req. n° 422143 et les conclusions du Rapporteur public disponibles sous Ariane Web.

[33] CJUE 11 mai 2017, Archus sp. zoo., Gama Jacek Lipik c/ Polskie Górnictwo Naftowe i Gazownictwo S.A., aff. C-131/16 ; CE 26 avril 2018, Département des Bouches-du-Rhône, req. n° 417072.

[34] CAA Douai 22 août 2019, Commune de Montigny en Gohelle, req. n° 18DA02437

[28] CE 21 mars 2018, Département Bouches-du-Rhône, req. n° 415929 ; CE 8 décembre 2020, Société Architecture Studio, req. n° 429768.