



MARION TERRAUX,
avocate,
cabinet Seban et associés



ANNA VERAN,
avocate,
cabinet Seban et associés



JULIE OGER,
avocate,
cabinet Seban et associés

Définition

L'offre inacceptable est celle dont le prix excède les crédits budgétaires alloués au marché, déterminés et établis avant le lancement de la procédure.

Information

Lorsque le montant des crédits budgétaires alloués au marché est inférieur au montant maximal, l'acheteur doit en informer les candidats.

Seuils de procédure

La seule circonstance qu'une offre dépasse les seuils de procédure formalisée ne permet pas de qualifier une offre d'inacceptable.

budget correspond à la somme spécifique que l'acheteur entend engager, et non à ses capacités générales de financement (4). Autrement dit, le budget alloué est le résultat de la volonté de l'acheteur et non de sa capacité réelle de financement. Dans cette logique, le juge administratif n'opère qu'un contrôle de l'erreur manifeste d'appréciation sur l'estimation des crédits budgétaires (5). En outre, l'acheteur est libre de choisir le support sur lequel son appréciation sera établie, qu'il s'agisse d'une délibération ou d'un document interne.

La liberté de l'acheteur ne doit cependant pas porter atteinte aux principes essentiels de la commande publique et notamment à la liberté d'accès à la commande publique.

LA NÉCESSAIRE CONCILIATION AVEC LA LIBERTÉ D'ACCÈS À LA COMMANDE PUBLIQUE

La liberté d'accès à la commande publique exige que tout opérateur puisse se porter candidat à l'attribution d'un marché public. Or, la qualification d'offre inacceptable peut entraîner le rejet pur et simple de l'offre et porter atteinte à cette liberté. Pour ces raisons, le juge administratif exige que la détermination des crédits budgétaires soit opérée de manière réaliste (6).

Le caractère réaliste suppose que les crédits budgétaires soient établis «sur des bases sincères et rationnelles» (7) et, logiquement, avant le lancement de la procédure (8). Cette exigence pourrait justifier que l'acheteur fasse connaître aux candidats le montant des crédits qu'il entend allouer au marché, en application du principe de transparence.

Par ailleurs, le tribunal administratif de Rennes (9) a récemment précisé la distinction entre estimation de la valeur du marché et crédits budgétaires alloués.

En l'espèce, l'acheteur avait eu recours à une procédure adaptée pour certains lots en raison de leur montant. Fort logiquement, il considérait que le seuil de procédure suivi correspondait aux crédits

Marchés publics

La qualification de l'offre inacceptable

A lors que la qualification de l'inacceptabilité de l'offre revêt une importance pratique majeure, force est de constater que la jurisprudence en la matière est rare. Pourtant, une telle qualification peut entraîner le rejet de l'offre, ce qui, tant pour le candidat que pour l'acheteur, s'avère lourd de conséquences.

L'offre inacceptable se définit comme une offre dont le prix excède les crédits budgétaires alloués au marché, déterminés et établis avant le lancement de la procédure (1). Comme les offres irrégulières et inappropriées, les offres inacceptables sont irrecevables et sont, par principe, rejetées (2).

Le Conseil d'Etat a récemment apporté d'utiles précisions sur la caractérisation de l'offre inacceptable – notion rarement explicitée par la jurisprudence –, dans le cadre d'un recours contre la procédure d'attribution d'un accord-cadre (3). Désormais, lorsque le montant des crédits budgétaires alloués au marché est inférieur au montant maximal de l'accord-cadre, l'acheteur ne peut qualifier d'inacceptable l'offre excédant le montant des crédits alloués si

les candidats n'ont pas été préalablement informés de ce montant.

Dans ce nouveau contexte jurisprudentiel, faut-il considérer que la qualification de l'offre inacceptable est désormais subordonnée à une obligation d'information des candidats en amont de la procédure ?

L'OFFRE INACCEPTABLE EXCÈDE LE MONTANT DES CRÉDITS BUDGÉTAIRES ALLOUÉS

Pour qualifier une offre d'inacceptable, l'acheteur doit avoir déterminé et établi les crédits budgétaires alloués à son marché. Pour ce faire, il dispose d'une marge d'appréciation devant être conciliée avec le principe de liberté d'accès à la commande publique.

LA MARGE D'APPRÉCIATION DE L'ACHETEUR DANS LA DÉTERMINATION DE SON BUDGET

Conformément à l'impératif de bon usage des deniers publics, l'acheteur dispose d'une marge d'appréciation pour déterminer le budget ou les crédits budgétaires alloués à ses marchés. Précisément, ce

budgétaires alloués. Et il avait donc rejeté comme inacceptables les offres dont le montant était supérieur à ce seuil.

Refusant d'aller dans ce sens, le juge distingue l'estimation de la valeur du marché et le montant des crédits budgétaires alloués et considère qu'«une offre ne peut être déclarée inacceptable sur le fondement de l'article L.2152-3 du code de la commande publique que s'il résulte de l'instruction qu'elle ne peut être financée par l'acheteur, la seule circonstance que le montant d'une offre soit supérieur à l'estimation des services du pouvoir adjudicateur [et, en l'occurrence, des seuils de procédure] étant à cet égard sans incidence» (10).

Cela signifie qu'en cas d'offres dont le montant est supérieur aux seuils de procédures formalisées, les acheteurs ne peuvent écarter les offres s'ils n'ont pas établi, en amont de la procédure, les crédits alloués au marché, fussent-ils identiques au seuil du marché, ce qui sera le cas la plupart du temps.

LA CONNAISSANCE PRÉALABLE DU MONTANT DES CRÉDITS ALLOUÉS PAR LES CANDIDATS

En vertu de la décision du Conseil d'Etat «société Actor France», lorsque le montant des crédits alloués au marché est inférieur au montant maximal d'un accord-cadre, l'acheteur ne peut qualifier d'inacceptable l'offre excédant le montant des crédits que dans la mesure où les candidats ont été préalablement informés de ce montant (11). Faut-il, dès lors, considérer que la qualification de l'offre inacceptable est désormais subordonnée à une obligation d'information des candidats en amont de la procédure?

UNE EXIGENCE DE PUBLICITÉ A PRIORI CIRCONSCRITE AUX ACCORDS-CADRES À MONTANT MAXIMUM

Dans les marchés à bon de commande, le principe de transparence des procédures commande à l'acheteur d'informer les candidats de ce que le montant des crédits budgétaires est inférieur au montant maximum de l'accord-cadre le cas échéant.

En effet, dans ce cas, par hypothèse, les candidats considéreront que les crédits budgétaires alloués correspondent au montant maximal du marché. Et, le fait de ne pas indiquer que le montant des

RÉFÉRENCE

Code de la commande publique (CCP), art. L.2152-3 et s.

crédits budgétaires alloués est inférieur au montant maximal du marché induit légitimement les candidats en erreur, lesquels formulent leur offre financière en tenant compte seulement du montant maximum de l'accord-cadre.

Et, comme le note le rapporteur public sous l'arrêt précité, cela pourrait favoriser certains abus. En effet, un tel système permettrait à l'acheteur de rejeter toutes les offres comme étant inacceptables car au-dessus d'un seuil connu du seul acheteur public. Il pourrait alors négocier le marché puisqu'on le sait, le code de la commande publique (CCP) autorise les acheteurs à recourir à une procédure avec négociations lorsque seules des offres inacceptables ont été présentées (12).

Pour ces raisons, dans le contexte particulier de l'accord-cadre, le montant des crédits budgétaires doit être porté à la connaissance des candidats si celui-ci est inférieur au montant maximum de l'accord-cadre.

A contrario, lorsque le montant des crédits budgétaires est supérieur au montant maximal de l'accord-cadre, l'acheteur n'est pas tenu d'informer les candidats sur le montant de son estimation budgétaire.

L'EXIGENCE DE PUBLICITÉ DU PLAFOND BUDGÉTAIRE DANS LE CADRE DES MARCHÉS PUBLICS CLASSIQUES

La question qui se pose est donc de savoir si le sens de la décision «société Actor France» doit être étendu aux marchés publics passés en procédure adaptée (Mapa) en raison de leur montant, voire être généralisé à tous les marchés publics.

Avant cette décision, aucun texte ni aucune jurisprudence ne subordonnaient la régularité de la qualification d'offre inacceptable à une obligation d'information du plafond budgétaire fixé par la collectivité en amont de la procédure. Il est vrai que la communication systématique des crédits alloués engendre un écueil. Elle aurait pu inciter les candidats à se rapprocher de cette évaluation alors que, sans cette information, ils auraient pu remettre une

offre financièrement moins élevée. Cependant, comme le relève le rapporteur public dans l'arrêt précité, «l'absence de communication aux candidats des crédits budgétaires alloués au marché ne se concilie que moyennement avec le principe, qui a pourtant rang constitutionnel et qui est aujourd'hui rappelé par l'article L.3 du CCP, de transparence des procédures».

A tout le moins, une telle jurisprudence pourrait être transposable à chaque fois que l'acheteur fixe un montant de crédits inférieur au montant maximum du marché (accord-cadre ou pas) ou au seuil de procédure suivi dans la consultation concernée. Dans cette logique, dans le cadre d'une consultation pour l'attribution d'un Mapa, un acheteur ne pourrait pas déclarer une offre inacceptable au motif que le budget alloué est inférieur au seuil de procédure observé si ce montant n'a pas été communiqué aux candidats.

Il est ainsi vivement conseillé aux acheteurs d'établir systématiquement, en amont de la procédure, les crédits budgétaires. Et, au moins dans l'hypothèse où leur montant est inférieur au montant maximum du marché ou du seuil de procédure suivi, les acheteurs devront, en outre, informer les candidats de ce plafond budgétaire. Au vu des conclusions du rapporteur public, la solution la plus sécurisée serait d'ailleurs de communiquer systématiquement le montant de ces crédits budgétaires alloués. ●

(1) CCP, art. L.2152-3.

(2) CCP, art. L.2152-1.

(3) CE, 12 juin 2024, req. n° 475214.

(4) CE, 12 juin 2024, req. n° 475214.

(5) CE, 3 octobre 2012, req. n° 359921.

(6) CAA de Paris, 10 février 2023, req. n° 22PA00023.

(7) CE, 12 juin 2024, req. n° 475214.

(8) CCP, art. L.2152-3.

(9) TA de Rennes, 9 août 2024, req. n° 2404137.

(10) TA de Rennes, 9 août 2024, req. n° 2404137.

(11) CE, 12 juin 2024, req. n° 475214.

(12) CCP, art. 2124-3.