

[Jurisprudence] Régularisation d'une offre irrégulière durant la phase de négociation d'un contrat de concession : quelques précisions utiles

Réf. : CE, 2^e-7^e ch. réunies, 30 décembre 2024, n° 491266, mentionné aux tables du recueil Lebon [N° Lexbase : A39896PG](#)
N1630B3R

par **Elisabeth Fernandez-Bégault, Avocate associée spécialiste en droit public, Valentin Gazagne-Jammes, Avocat collaborateur (Seban Occitanie)**

le 07 Février 2025

Mots clés : attribution d'une concession • recours à la négociation • offre initiale irrégulière • admission à négocier • régularisation de l'offre

Dans un arrêt rendu le 30 décembre 2024, la Haute juridiction a dit pour droit qu'un candidat à l'attribution d'un contrat de concession dont l'offre initiale est irrégulière peut être admis à la négociation et régulariser son offre au cours de cette phase de la procédure.

La société Ciné Espace Evasion, candidate évincée à l'attribution d'une concession portant sur la gestion d'un complexe cinématographique situé à Château-Arnoux-Saint-Auban, a d'abord saisi le tribunal administratif de Marseille afin de lui demander l'annulation du contrat conclu le 3 mars 2020 entre la Communauté d'agglomération Provence Alpes Agglomération et l'Association de gestion du cinématographe, confiant à cette dernière l'exploitation du complexe cinématographique.

Le tribunal administratif a prononcé la résiliation du contrat et a condamné la Communauté d'agglomération, qui a interjeté appel devant la cour administrative d'appel de Marseille, celle-ci ayant annulé le jugement de première instance.

La société requérante demande ainsi au Conseil d'État de se prononcer sur la possibilité, pour un candidat dont l'offre est irrégulière, de la régulariser à l'occasion de la négociation avec l'autorité concédante.

Pour rappel, la possibilité de négocier en matière de concession est prévue par les articles L. 3121-1 [N° Lexbase : L4362LRY](#) et L. 3124-1 [N° Lexbase : L3759LRN](#) du Code de la commande publique, quelle que soit la valeur estimée du contrat :

« L'autorité concédante organise librement une procédure de publicité et mise en concurrence qui conduit au choix du concessionnaire dans le respect des dispositions des chapitres I à V du présent titre et des règles de procédure fixées par décret en Conseil d'État. **Elle peut recourir à la négociation**. Ces dispositions s'appliquent sous réserve des règles particulières du chapitre VI du présent titre ».

« Lorsque l'autorité concédante recourt à la négociation pour attribuer le contrat de concession, elle organise librement la négociation avec un ou plusieurs soumissionnaires dans des conditions prévues par décret en Conseil d'État. La négociation ne peut porter sur l'objet de la concession, les critères d'attribution ou les conditions et caractéristiques minimales indiquées dans les documents de la consultation ».

Quant au caractère irrégulier de l'offre, il est prévu par l'article L. 3124-3 du Code de la commande publique [N° Lexbase : L3761LRQ](#) : « Une offre est irrégulière lorsqu'elle ne respecte pas les conditions et caractéristiques minimales indiquées dans les documents de la consultation. »

L'article L. 3124-2 du Code de la commande publique [N° Lexbase : L3760LRP](#) prévoit que : « L'autorité concédante écarte les offres irrégulières ou inappropriées ».

En l'espèce, le Conseil d'État vient préciser sa position et juge que : « l'autorité concédante peut librement négocier avec les

candidats à l'attribution d'une concession l'ensemble des éléments composant leur offre, dès lors que cette négociation ne conduit pas cette autorité à remettre en cause l'objet de la concession, les critères d'attribution ou les conditions et caractéristiques minimales indiquées dans les documents de la consultation. Ces dispositions ne s'opposent pas à ce que, lorsqu'elle recourt à la négociation, l'autorité concédante y admette un soumissionnaire ayant remis une offre initiale irrégulière. Le respect du principe d'égalité de traitement des candidats implique toutefois qu'elle ne puisse retenir un candidat dont la régularisation de l'offre se traduirait par la présentation de ce qui constituerait une offre entièrement nouvelle. En tout état de cause, l'autorité concédante est tenue de rejeter les offres qui sont demeurées irrégulières à l'issue de la négociation ».

Le Conseil d'État avait déjà jugé possible pour l'autorité concédante d'entrer en négociation avec un soumissionnaire dont l'offre est irrégulière car incomplète, limitant ainsi le champ de l'irrégularité à une erreur matérielle, à condition que « cette insuffisance, d'une part, ne fasse pas obstacle à ce que soit appréciée la conformité de l'offre aux exigences du cahier des charges et, d'autre part, ne soit pas susceptible d'avoir une influence sur la comparaison entre les offres et le choix des candidats qui seront admis à participer à la négociation » [1].

Dans l'arrêt commenté, il est possible à l'autorité concédante de négocier le contenu de l'offre présentée par un candidat, et de régulariser son offre durant la phase de négociation.

Il estime en effet que le Code de la commande publique ne fait pas obstacle à ce qu'un candidat à un contrat de concession dont l'offre est irrégulière, soit invité à la régulariser au cours des négociations.

En outre, la régularisation de l'offre ne saurait conduire à présenter une offre nouvelle.

Le Code de la commande publique en matière de marchés publics, selon l'article R. 2152-2 **N° Lexbase : L3979LRS**, dispose que : « La régularisation des offres irrégulières ne peut avoir pour effet d'en modifier des caractéristiques substantielles. », alors qu'en l'espèce, le Conseil d'État évoque « une nouvelle offre ».

De plus, l'offre restée irrégulière au terme de la négociation devra être rejetée.

Aussi, en matière de contrat de concession, l'offre irrégulière peut donc être régularisée au stade de la négociation, et sans aboutir à une nouvelle offre.

Finalement, le Conseil d'État rejette le pourvoi de la société Ciné Espace Evasion et refuse de faire droit à sa demande.

En conclusion, cet arrêt amène à clarifier la marge de régularisation des offres irrégulières, lorsqu'elles sont présentées dans le cadre d'une concession.

En concessions :

- dans le cas où l'offre est irrégulière, le soumissionnaire peut être invité à la régulariser au cours de la procédure de négociation ;

- la négociation étant facultative en matière de concession, cela signifie qu'en l'absence de négociation, *a priori*, la régularisation de l'offre irrégulière ne sera pas possible ;

- si régularisation il y a, elle ne pourra pas avoir pour conséquence de modifier substantiellement l'offre initiale au point de conduire le soumissionnaire à présenter une nouvelle offre ;

- *In fine*, l'offre restée irrégulière au terme de la négociation devra être écartée et ne pourra pas être retenue.

Il convient de comparer ces dispositions avec celles applicables en marchés publics.

En effet, en marchés publics :

- dans la procédure adaptée avec négociation, la procédure avec négociation, les offres irrégulières peuvent devenir régulières ou acceptables au cours de la négociation, à condition qu'elles ne soient pas anormalement basses ;

- lorsque la négociation prend fin, les offres qui demeurent irrégulières ou inacceptables sont éliminées.

Quel impact dans la pratique ?

Lorsque l'autorité concédante choisit de négocier dans le cadre d'une concession, elle pourra ainsi demander au soumissionnaire dont l'offre est irrégulière de la régulariser lors de la négociation, sans que celle-ci ne puisse être complètement modifiée.

[1] CE, 15 décembre 2006, n° 298618 [N° Lexbase : A8938DST](#).

© Reproduction interdite, sauf autorisation écrite préalable