

MARCHÉS PUBLICS

Comment identifier, traiter et éviter les offres non conformes

Le traitement qui doit être réservé aux offres non conformes est prévu par le Code des marchés publics et dépend de la procédure de passation adoptée. Afin d'éviter tout risque d'erreur, certaines mesures peuvent être prises par les pouvoirs adjudicateurs et par les candidats.

Par **SOPHIE LAPISARDI**
Avocat à la Cour, cabinet Barraquand Lapisardi

La trépidante affaire du marché de l'éclairage de Paris (éclairage, maintenance et exploitation des éclairages publics et des feux tricolores) qui a donné lieu aux jugements du tribunal administratif de Paris du 10 juin, « Citelum » (n° 1102796) (1) et « Préfet d'Ile-de-France » (n° 1102779) (2), a mis une nouvelle fois en lumière la question des offres incomplètes et, plus généralement, des offres non conformes. Le Code des marchés publics évoque trois catégories d'offres non conformes: les offres « inappropriées », les offres « irrégulières » et les offres « inacceptables ». Malgré une définition précise de ces trois catégories, leur identification n'est pas toujours aisée.

Une définition précise

L'article 35 du Code des marchés publics donne une définition des trois catégories d'offres non conformes.

- L'offre inappropriée est l'offre qui apporte une « réponse sans rapport avec le besoin du pouvoir adjudicateur et qui peut en conséquence être assimilée à une absence d'offre » (article 35-II-3°). C'est, en quelque sorte, une non-conformité grossière: l'offre ne correspond pas à l'objet même de la demande.
- L'offre irrégulière est « l'offre qui, tout en apportant une réponse au besoin du pouvoir adjudicateur, est incomplète ou ne respecte pas les exigences formulées dans l'avis d'appel public à la concurrence ou dans les documents de la consultation » (article 35-I-1°).
- L'offre inacceptable est celle dont « les conditions prévues pour son exécution



méconnaissent la législation en vigueur » ou l'hypothèse dans laquelle « les crédits budgétaires alloués au marché après évaluation du besoin à satisfaire ne permettent pas au pouvoir adjudicateur de la financer » (article 35-I-1°).

Une identification parfois délicate

L'identification des trois catégories d'offres n'est pas toujours aisée. Prenons le cas de l'offre irrégulière, hypothèse jugée par le tribunal administratif de Paris dans l'affaire du marché d'éclairage de la Ville de Paris. L'offre de la société « Citelum » a été rejetée comme incomplète car l'acte d'engagement ne comportait que neuf pages sur quatorze. A cet égard, il faut souligner que la seule absence d'un document, ou d'une partie de ce document, ne permet pas de qualifier une offre d'« incomplète ». Une appréciation des

éléments manquants est, en principe, nécessaire. En l'espèce, le tribunal administratif a considéré que « si les pages manquantes figuraient dans la version informatique

La seule absence d'un document, ou d'une partie de ce document, ne permet pas de qualifier une offre d'« incomplète », sauf si le règlement le prévoit.

de l'acte d'engagement, ladite version n'était, en revanche, pas signée ». De même, les juges ont également noté que « les pages manquantes ne comportaient pas uniquement des mentions administratives et des références bancaires mais également des dispositions relatives à la durée du contrat, au nombre de tranches conditionnelles et à leur contenu ». Ils ont pu ainsi en déduire que « cette seule omission substantielle était de nature à justifier l'éli-

de l'acte d'engagement, ladite version n'était, en revanche, pas signée ». De même, les juges ont également noté que « les pages manquantes ne comportaient pas uniquement des mentions administratives et des références bancaires mais également des dispositions relatives

mination de l'offre de la société requérante». Au contraire, le juge des référés du tribunal administratif de Nice a considéré qu'une offre dans laquelle le candidat avait omis de reporter deux prix sur les lignes correspondantes du bordereau des prix unitaires était toutefois recevable car d'autres documents permettaient au pouvoir adjudicateur de disposer de ces informations (ord. 8 novembre 2010, n°1004131, «Sté APX»). Toutefois, une offre est nécessairement et automatiquement irrecevable lorsque le règlement de la consultation prévoit expressément que les offres ne comportant pas tous les documents ou mentions demandés seront rejetées (CAA de Marseille, 7 juillet 2005, n°02MA01005, «Commune de Montpellier»; CE, 23 juin 2010, n°336910, «Commune de Châtel»). Est également incomplète, et donc irrégulière, une offre par laquelle le concurrent n'établit pas qu'il disposera des moyens nécessaires à l'exécution du marché (CE, 12 janvier 2011, n°343324, «Département du Doubs»). Enfin, dans le cadre de la procédure de passation d'un marché d'exécution de travaux de couverture et d'étanchéité d'un bâtiment, une offre comportant des informations contradictoires quant à l'épaisseur de la couche de gravillons que la société s'engageait à épandre, épaisseur qui faisait l'objet de dispositions précises dans le dossier de consultation, a été considérée comme irrégulière car non conforme aux exigences du marché (CAA Lyon, 9 juin 2011, n°09LY02544, «Société étanchéité service»).

Les différents traitements réservés aux offres non conformes

Les offres inappropriées, irrégulières et inacceptables sont éliminées avant le classement des offres (article 53). La question s'est posée de savoir si le pouvoir adjudicateur devait, ou même pouvait, demander aux entreprises de régulariser leurs offres non conformes. Le Conseil d'Etat a précisé que «le pouvoir

adjudicateur n'est jamais tenu d'inviter un candidat à régulariser son offre» (CE, 20 mai 2009, n°318871, «Département du Var»). Il a également décidé que, si les dispositions de l'article 52-I l'autorisent à demander aux candidats de régulariser leur candidature, «elles ne l'autorisent pas à leur demander de compléter la teneur de leur offre» (CE, 4 mars 2011, n°344197, «Région Réunion»). Une telle régularisation serait d'ailleurs contraire au principe de l'intangibilité des offres dans une procédure d'appel d'offres et constituerait une violation du principe d'égalité de traitement des candidats. Il est possible de demander aux candidats de «préciser ou

La régularisation des offres non conformes est possible dans le cadre des procédures négociées pour les offres irrégulières et inacceptables.

compléter la teneur de leur offre» (articles 59-I et 64-I) mais cette possibilité ne leur permet pas de régulariser une offre non conforme. En revanche, la régularisation est parfaitement possible dans le cadre des procédures négociées pour les offres irrégulières et inacceptables. En effet, si les offres inappropriées doivent être éliminées avant négociation (article 66-V), les autres peuvent être régularisées durant cette phase, même si le pouvoir adjudicateur n'est pas tenu d'attirer l'attention des candidats sur les non-conformités de leurs offres (TA Montreuil, ord. 24 mars 2011, n°1102016, «Sté Bouygues Télécom»). La question du traitement des offres se pose dans le cadre des procédures adaptées car le Code des marchés publics prévoit que «le pouvoir adjudicateur peut négocier avec tous les candidats ayant présenté une offre» (article 28), sans distinguer l'hypothèse des offres non conformes. Il est donc préférable que les pouvoirs adjudicateurs précisent dans le règlement de la consultation les suites réservées aux offres non conformes.

EN SAVOIR PLUS

- « Offres irrégulières ou imprécises : un distinguo à clarifier », par Chantal Saichi, article publié dans « Le Moniteur » du 1^{er} février 2008, p. 88.

Comment les éviter?

Les pouvoirs adjudicateurs doivent être particulièrement vigilants lors de la rédaction du dossier de consultation afin que leurs exigences soient clairement exprimées. Il est également judicieux de bien lister tous les documents constitutifs de l'offre afin d'éviter les offres incomplètes.

Reste la question des crédits budgétaires alloués pour le marché. Cette information n'est généralement pas donnée aux candidats au moment du dépôt de leur offre alors qu'elle peut conduire à leur élimination. Saisi de cette question, le tribunal administratif de Paris a considéré qu'en « première analyse, la société requérante est fondée à critiquer que son offre, dont elle ignorait qu'elle ne devait pas dépasser une limite supérieure sous peine d'être éliminée, n'ait pas été classée, avant, le cas échéant, de n'être pas retenue ». Mais, le juge des référés finit par rejeter le moyen en considérant que « *nonobstant* l'absence d'un document interne de nature à l'établir de manière indiscutable », l'arbitrage budgétaire paraissait « vraisemblable » (TA Paris, ordonnance du 23 juillet 2011, n°1111825, «Sté Logismark»). Les candidats ont donc intérêt à interroger les pouvoirs adjudicateurs sur les crédits budgétaires alloués avant la remise de leurs offres, comme sur tous les points des documents de la consultation pouvant présenter une difficulté d'interprétation. ■

(1) Jugement publié dans «Le Moniteur» du 1^{er} juillet 2011, cahier «Textes officiels», p.9.

(2) Jugement publié dans le cahier «Textes officiels» de ce numéro.

CE QU'IL FAUT RETENIR

- Le Code des marchés publics distingue trois catégories d'offres non conformes : les offres inappropriées, irrégulières et inacceptables. Les candidats peuvent les éviter en utilisant au mieux la phase des questions préalables à la remise des offres, notamment quant au montant des crédits budgétaires alloués au marché.
- L'identification de ces offres est parfois délicate, notamment dans l'hypothèse d'offres irrégulières c'est-à-dire incom-

plètes ou non conformes à l'avis de publicité et aux documents de la consultation. L'absence d'un document ou d'une information ne permet pas de qualifier une offre d'irrecevable si les éléments manquants ne sont pas substantiels ou si ces éléments sont indiqués dans d'autres documents, sauf si le règlement de la consultation le prévoit.

- Le traitement que doit leur réserver le pouvoir adjudicateur diffère selon la

procédure suivie : les offres inappropriées sont toujours éliminées ; les offres irrégulières et inacceptables doivent être éliminées immédiatement dans le cadre des appels d'offres mais elles peuvent donner lieu à négociation dans le cadre des marchés négociés et même des marchés à procédure adaptée. Cependant, elles doivent, dans tous les cas, être éliminées avant le classement des offres.