



Olivier Bonneau



Mélissa Rivière



Nicolas Jarroux

BULLETIN – DROIT PUBLIC IMMOBILIER

Nouvelles subtilités apportées par le Conseil d'Etat aux contours et conséquences d'une offre irrégulière dans le cadre de la passation d'un marché public

Par deux décisions récentes, le Conseil d'Etat a eu l'occasion de préciser les contours et conséquences du caractère irrégulier d'une offre dans le cadre de la passation des marchés publics. Alors qu'en principe, une offre incomplète est considérée comme une offre irrégulière devant être éliminée par l'acheteur, le Conseil vient de juger que l'absence de délivrance de certaines informations prescrites par ce dernier n'entraînerait pas nécessairement l'irrégularité de l'offre ([CE, 20 septembre 2019, n° 421075, Tab. Leb](#)). Il revient également sur la sanction attachée à l'attribution d'un marché à un candidat dont l'offre était irrégulière, laquelle pourrait n'avoir aucune conséquence dans l'hypothèse où le contrat aurait été entièrement exécuté ([CE, 21 octobre 2019, n° 416616](#)).

I. LES PRÉCISIONS APPORTÉES PAR LE CONSEIL D'ÉTAT SUR LA QUALIFICATION D'UNE OFFRE IRRÉGULIÈRE

L'absence de communication de certaines informations n'entraîne pas nécessairement l'irrégularité de l'offre

Le Conseil d'Etat ([n° 421075](#)) introduit une subtilité au principe en vertu duquel une offre incomplète, qui ne comporte pas l'ensemble des prescriptions exigées par le règlement de consultation, est une offre irrégulière. Il juge qu'en dehors des informations nécessaires prescrites à peine d'irrégularité de l'offre, l'acheteur peut prévoir la **communication d'informations qui, sans être nécessaires, sont utiles** pour apprécier la valeur d'une offre au regard d'un critère de sélection.

Alors que le pouvoir adjudicateur est tenu d'éliminer les offres incomplètes sans en apprécier la valeur - sauf à ce qu'elles aient fait l'objet d'une régularisation lorsque cela est possible¹ - le pouvoir adjudicateur pourra prévoir dans le règlement de la consultation **que l'absence de communication de ces informations non nécessaires n'entraînera qu'une notation zéro de l'offre** pour le critère qu'elles permettent d'apprécier.

Le juge exerce un contrôle sur la qualification des informations non nécessaires

Le Conseil d'Etat réserve néanmoins la possibilité pour le juge de **requalifier les éléments d'information considérés comme utiles par le règlement de la consultation, en « éléments nécessaires »**, au regard de l'objet même de ces informations.

Dans son arrêt du 20 septembre 2019, alors que le règlement prévoyait que l'absence de production d'informations relatives au sous-critère portant sur la qualité des matériaux employés sanctionnerait ce sous-critère d'une note égale à zéro, le Conseil d'Etat valide l'analyse du juge du fond selon laquelle de telles informations **ne pouvaient être considérées que comme des informations nécessaires à l'appréciation de l'offre d'un soumissionnaire**.

Dans ces circonstances, l'absence de communication de ces informations a pour effet de rendre l'offre irrégulière et entraîne, non pas la note de zéro pour ce sous-critère, **mais l'élimination de l'offre**.

Quelques précisions

1. Dans toutes les procédures de passation des marchés publics, lorsque l'acheteur l'autorise, la régularisation des offres irrégulières est possible, à condition qu'elles ne soient pas trop basses (art. R. 2152-2 du code de la commande publique).

2. Dans un jugement récent, le cabinet a obtenu du tribunal administratif de Lyon, en application de la jurisprudence ci-développée du Conseil d'Etat, la résiliation d'un contrat attribué à tort à un candidat dont l'offre était irrégulière, assortie d'une indemnité de 8801€ au titre du manque à gagner du candidat évincé ([TA Lyon, 17 octobre 2019, n°1802591](#)).

Département droit public immobilier & énergie

Olivier Bonneau, associé, docteur en droit public, spécialiste en droit public et de l'urbanisme

Jean Gourdou, avocat, professeur agrégé de droit public

Fabien Tesson, maître de conférence en droit public

Fanny Clerc, avocat associé junior

Mélissa Rivière, avocat associé junior

Laura Descubes, avocat

Nathalène Laquieze, avocat

Simon Guirriec, juriste

Nicolas Jarroux, juriste

Emilie Fabre, juriste

Arnaud Le Guluche, juriste

Antoine Vaz, juriste

Clara Bellegarde, juriste

II. LES CONSÉQUENCES TIRÉES DE L'ATTRIBUTION D'UN MARCHÉ À UN CANDIDAT AYANT PRÉSENTÉ UNE OFFRE IRRÉGULIÈRE

L'annulation, une sanction de plus en plus exceptionnelle

Par principe, les manquements aux règles de passation d'un marché n'entraînent l'annulation de celui-ci que lorsqu'ils sont d'une particulière gravité.

En application de ce dernier, le Conseil d'Etat juge expressément que **l'attribution d'un contrat à un candidat dont l'offre était irrégulière n'est pas, en soi, « d'une gravité telle qu'elle implique que soit prononcée l'annulation du contrat »** ([n° 416616](#)).

Il rappelle que la particulière gravité d'un vice n'est reconnue que lorsqu'il s'accompagne de « *circonstances particulières* ». Ces circonstances sont généralement retenues lorsqu'elles confèrent au vice une dimension quasi-pénale. Tel est le cas notamment lorsque peut être démontrée la volonté de la commune de favoriser la société attributaire ([CE, 15 mars 2019, n°413584, Rec. Leb](#)).

La résiliation confrontée à l'exécution du contrat

Lorsque le marché n'est affecté que par un vice tenant à l'irrégularité de l'offre de l'attributaire, **le juge devrait prononcer la résiliation du contrat²**.

Néanmoins, les effets de cette sanction sont intimement liés à l'écoulement du temps judiciaire. Ainsi, pour les contrats de courte durée, plus la décision de résiliation tardera à être prononcée, moins grand sera son intérêt, le contrat pouvant, dans ce laps de temps, avoir déjà été exécuté. Dans ces circonstances, les conclusions tendant à la résiliation du contrat étant sans objet, elles seront rejetées.

Resterait toutefois pour le candidat évincé la possibilité d'exercer **une action indemnitaire dont les chances de succès dépendent des chances qu'il avait de remporter le marché**. Dans sa décision, le Conseil d'Etat valide le calcul de l'indemnité accordée par le juge du fond, qui coïncide avec le montant du manque à gagner du candidat à tort évincé.