

Rendez-vous sur le Forum  
dans la rubrique Communauté !



## Régularisation des candidatures et des offres : un cadre juridique assoupli

### A propos de l'auteur

#### Mme Marie Lhéritier

avocat associé

cabinet Lhéritier avocats

Voir les articles de cet auteur

**Marie Lhéritier, avocat associé au cabinet Lhéritier avocats, analyse les différentes possibilités permises par le décret du 25 mars 2016 de repêcher les candidatures et les offres. Elle fournit également plusieurs recommandations à insérer dans le DCE pour se prémunir contre tout litige.**

Si la faculté de demander aux candidats de régulariser leurs candidatures n'a pas subi, en elle-même, de modifications significatives depuis l'entrée en vigueur du décret n°2016-360 du 25 mars 2016 relatifs aux marchés publics, il en va différemment de la faculté offerte aux acheteurs de demander aux soumissionnaires de régulariser leurs offres irrégulières ou inacceptables. Cette faculté de régularisation constitue incontestablement un progrès par rapport au régime antérieur dans le cadre duquel aucune régularisation n'était possible, sauf erreur purement matérielle (voir CE, 21 sept. 2011, département des Hauts-de-Seine, req. n° 349149) qui ne pouvait alors conduire le soumissionnaire qu'à préciser son offre sans pouvoir la modifier (voir CE, 16 janvier 2012, req. n°353629 ; dans le même sens : CJUE, 29 mars 2012, aff. C-599/10, SAG ELV Slovensko et a), et privait les acheteurs d'offres compétitives pour de simples vétilles.



### Sur la faculté de demander aux candidats de régulariser leurs candidatures

Dans le même esprit que sous l'empire du code des marchés publics, l'article 55 §I du décret du 25 mars 2016 permet aux acheteurs qui constatent que des pièces ou informations sont manquantes ou incomplètes, de demander à « tous les candidats concernés de compléter leur dossier de candidature dans un délai approprié et identique pour tous ». L'acheteur peut ainsi « demander au candidat de compléter ou d'expliquer les documents justificatifs et moyens de preuve fournis ou obtenus » (article 55 § III du décret du 25 mars 2016), ce qui va un peu au-delà de ce que prévoyait l'ancien article 52 du code des marchés publics qui limitait la faculté de régularisation aux « pièces dont la production était réclamée ». En cas d'interdiction de soumissionner, lorsque le candidat ne satisfait pas aux conditions de participation ou lorsqu'il ne produit pas, dans le délai imparti, les documents demandés, sa candidature est jugée irrecevable. En d'autres termes, la demande de régularisation des candidatures demeure une simple faculté pour l'acheteur et lorsqu'elle est mise en œuvre, elle doit l'être au bénéfice de l'ensemble des candidats dans un délai identique, comme sous l'empire du régime antérieur. La seule véritable nouveauté réside dans le fait que l'acheteur peut mettre en œuvre sa faculté de régularisation, en fin de procédure de passation, s'il décide d'analyser les candidatures après le classement des offres et de faire ainsi l'économie de l'analyse de l'intégralité des candidatures. Dans cette hypothèse, si les conditions de participation ne sont pas respectées ou les documents demandés non fournis par le soumissionnaire pressenti, « le candidat ou le soumissionnaire dont la candidature ou l'offre a été classée immédiatement après la sienne est sollicité pour produire les documents nécessaires » (article 55 § IV du décret).

**La seule véritable nouveauté réside dans le fait que l'acheteur peut mettre en œuvre sa faculté de régularisation en fin de procédure de passation**

### Sur la faculté de régularisation des offres irrégulières et inacceptables

#### Le contenu de la faculté de régularisation

L'article 59 du décret n°2016-360 du 25 mars 2016 permet désormais aux candidats, à l'initiative de l'acheteur, de régulariser leurs offres, quelle que soit la procédure de passation suivie. L'étendue de cette faculté de régularisation des offres varie toutefois. Ainsi dans les procédures où la négociation ou un dialogue est permis, les offres irrégulières et les offres inacceptables peuvent être régularisées. A l'inverse, cette faculté est plus restreinte en procédure formalisée et en procédure adaptée sans négociations, où seules les offres irrégulières peuvent être régularisées, ce qui est au demeurant logique au regard de la définition des offres irrégulières et des offres inacceptables. Admettre qu'une offre inacceptable, c'est-à-dire celle « dont le prix excède les crédits budgétaires alloués au marché public tels qu'ils ont été déterminés et établis avant le lancement de la procédure » (article 59 § I) soit régularisable en procédure formalisée, reviendrait à admettre une forme de négociation dans une procédure qui en est dépourvue. La logique de l'offre irrégulière est différente puisqu'elle s'analyse en une offre « qui ne respecte pas les exigences formulées dans les documents de la consultation notamment parce qu'elle est incomplète, ou qui méconnaît la législation applicable notamment en matière sociale et environnementale. » En procédure formalisée et en procédure adaptée sans négociation, l'acheteur a la faculté de demander à un soumissionnaire de régulariser son offre irrégulière. Ainsi, lorsqu'une offre est incomplète (voir par exemple CE, 12 janv. 2011, département du DOUBS, req. n°343324), le pouvoir adjudicateur peut soit la rejeter en raison de son incomplétude, soit inviter le soumissionnaire à compléter son offre dans un délai approprié, à condition d'offrir cette possibilité à tous les soumissionnaires dont l'offre est également irrégulière (article 59 § II). Dans les autres procédures (concurrentielle avec négociation, dialogue compétitif, procédure adaptée avec négociations), l'acheteur peut inviter l'ensemble des soumissionnaires à régulariser leurs offres inacceptables ou irrégulières, en cours de négociation ou de dialogue et/ou à l'issue des échanges dans un délai approprié (article 59 § III).

### Les limites à la faculté de régularisation

Cette faculté de régularisation est strictement encadrée, afin d'éviter d'offrir aux soumissionnaires une « séance de rattrapage » qui aurait pour effet de rompre l'égalité de traitement entre les candidats. Tout d'abord, l'offre inappropriée, c'est-à-dire, insusceptible de répondre, sans modification substantielle, aux besoins de l'acheteur (article 59 § I du décret du 25 mars 2016 <sup>1</sup>) n'est pas régularisable, quelle que soit la procédure suivie. Ensuite, une offre anormalement basse ne peut jamais être régularisée. Elle reste exclusivement soumise à la procédure fixée par l'article 60 du décret n°2016-360 précité, selon laquelle en cas de soupçon d'offre anormalement basse, l'acheteur exige que le soumissionnaire justifie les coûts proposés dans son offre et rejette l'offre si les éléments transmis ne justifient pas de façon suffisante le bas prix proposé (article 60 du décret n°2016-360 du 25 mars 2016 sur les marchés publics. Voir également rép. min.n°21409 du 29 juin 2016 sur la « notion d'offre irrégulière dans les marchés publics », JO Sénat 16 juin 2016, p.2693). Par ailleurs, l'acheteur ne peut toujours pas régulariser lui-même une offre irrégulière ou inacceptable, comme cela était déjà le cas auparavant (CE, 25 mars 2013, département de l'Hérault, req. n°364824 : rendu sur la base de l'article 59 du Code des marchés publics relatif aux demandes de précisions ; CE, 21 novembre 2014, n° 384089). Enfin, la régularisation d'une offre irrégulière ne peut avoir pour effet de modifier des caractéristiques substantielles des offres (article 59 § IV).

**Une OAB ne peut jamais être régularisée**

En l'absence de jurisprudence définissant la notion de « caractéristiques substantielles des offres », la direction des affaires juridiques de Bercy précise que les soumissionnaires ne pourront utiliser cette régularisation des offres pour « présenter une nouvelle offre ou changer les termes de celle-ci de telle sorte que son économie générale soit bouleversée ». L'Autorité de la concurrence, saisie de la question, recommandait, dans son avis du 15 février 2016, « d'assouplir le dispositif actuel en permettant, même en appel d'offres, de corriger les erreurs matérielles et les omissions de formalités, sans aller jusqu'à modifier les offres elles-mêmes » (Avis de l'Autorité de la concurrence, n°16-A-05 du 15 février 2016).

Afin d'éviter toute rupture d'égalité de traitement, il est recommandé aux acheteurs de préciser, dans la demande de régularisation, les éléments devant être modifiés afin de se conformer au règlement de la consultation ou à la législation en vigueur. En posant des limites claires, l'acheteur se prémunit, en effet, contre une éventuelle amélioration par le candidat de certains points de l'offre qui ne nécessitent pas de régularisation (voir la fiche de la DAJ sur l'examen des offres). Une autre recommandation pourrait consister à définir, dans les documents de la consultation, ce qu'on entend par « caractéristiques substantielles des offres », induisant que toutes les autres caractéristiques pourront être régularisées.

### Préconisations :

- Prévoir expressément dans les documents de la consultation une simple faculté de régularisation des offres laissée à la discrétion de l'acheteur ;
- Impartir un délai identique à tous les soumissionnaires dont l'offre est irrégulière pour régulariser leurs offres, en prenant comme base, par sécurité, la régularisation la plus chronophage pour fixer le délai.
- Eventuellement, définir ou identifier les caractéristiques substantielles des offres dans les documents de la consultation et qui seront seules exclues de la faculté de régularisation.