

**Avis n° 16-A-05 du 15 février 2016
relatif à la demande d'avis de la commune de
Saint-Germain-en-Laye en ce qui concerne la conformité du
traitement des offres « non conformes » en matière de commande
publique au regard des règles de concurrence**

L'Autorité de la concurrence,

Vu la lettre enregistrée le 8 septembre 2015 sous le numéro 15/0076 A par laquelle la commune de Saint-Germain-en-Laye a demandé l'avis de l'Autorité de la concurrence en ce qui concerne la conformité du traitement des offres « non conformes » en matière de commande publique au regard des règles de concurrence ;

Vu la lettre enregistrée le 14 octobre 2015 par laquelle la commune de Saint-Germain-en-Laye a régularisé sa demande d'avis ;

Vu le traité sur le fonctionnement de l'Union européenne et notamment ses articles 101 et 102 ;

Vu le livre IV du code de commerce ;

Vu les autres pièces du dossier ;

La rapporteure, le rapporteur général adjoint, le commissaire du Gouvernement et les représentants de la commune de Saint-Germain-en-Laye entendus lors de la séance de l'Autorité de la concurrence du 10 février 2016, la Direction des affaires juridiques des ministères économiques et financiers, l'Association pour l'achat dans les services publics, la Fédération des syndicats des métiers de la prestation intellectuelle du Conseil, de l'Ingénierie et du Numérique, Madame Catherine Prebissy-Schnall entendus sur le fondement des dispositions de l'article L. 463-7 alinéa 2 du code de commerce ;

Est d'avis de répondre à la demande présentée dans le sens des observations qui suivent :

Introduction.....	3
I. Le contexte	4
II. Le cadre juridique.....	6
A. LE DISPOSITIF ACTUEL	6
1. LA DÉFINITION DES OFFRES DITES « NON CONFORMES »	6
2. LES RÈGLES APPLICABLES AUX OFFRES DITES « NON CONFORMES ».....	7
a) Dans le cadre des procédures dépourvues de phase de négociation.....	7
b) Dans le cadre des procédures comprenant une phase de négociation.....	9
<i>Dans le cadre des procédures formalisées négociées</i>	<i>9</i>
<i>Dans le cadre des procédures adaptées.....</i>	<i>10</i>
c) Dans le cadre de la passation de délégations de service public	11
B. LES ÉVOLUTIONS EN COURS	12
1. EN MATIÈRE DE MARCHÉS PUBLICS.....	12
2. EN MATIÈRE DE CONCESSIONS	13
III. Analyse concurrentielle	14
A. LES OBJECTIFS DE LA CONCURRENCE DANS LE DROIT DE LA COMMANDE PUBLIQUE	14
B. LA MISE EN ŒUVRE DU DISPOSITIF ACTUEL	15
1. L'EXPÉRIENCE DES ACHETEURS PUBLICS.....	16
2. L'EXPÉRIENCE DES ENTREPRISES	17
C. SUR LES ÉVOLUTIONS ENVISAGEABLES.....	18
1. SUR L'ASSOUPLISSEMENT DU DISPOSITIF	19
2. SUR L'INFORMATION DES CANDIDATS	23
3. SUR L'INSTAURATION D'UNE OBLIGATION, POUR L'ACHETEUR PUBLIC, DE DEMANDER LA RÉGULARISATION DES OFFRES IRRÉGULIÈRES	25
Conclusion	27

Introduction

1. L'article L. 462-1 du code de commerce dispose :

« L'Autorité de la concurrence peut être consultée par les commissions parlementaires sur les propositions de loi ainsi que sur toute question concernant la concurrence.

Elle donne son avis sur toute question de concurrence à la demande du Gouvernement. Elle peut également donner son avis sur les mêmes questions à la demande des collectivités territoriales, des organisations professionnelles et syndicales, des organisations de consommateurs agréées, des chambres d'agriculture, des chambres de métiers ou des chambres de commerce et d'industrie territoriales, de la Haute Autorité pour la diffusion des œuvres et la protection des droits sur internet et des présidents des observatoires des prix, des marges et des revenus des collectivités relevant de l'article 73 de la Constitution et des collectivités d'outre-mer de Saint-Barthélemy, de Saint-Martin, de Wallis-et-Futuna et de Saint-Pierre-et-Miquelon, en ce qui concerne les intérêts dont ils ont la charge ».

2. Sur le fondement de ces dispositions, par lettre enregistrée le 8 septembre 2015 sous le numéro 15/0076 A et régularisée le 14 octobre 2015, la commune de Saint-Germain-en-Laye a sollicité l'avis de l'Autorité de la concurrence sur les incidences concurrentielles des règles applicables aux offres dites « non conformes » en droit de la commande publique.
3. Lorsqu'elle est consultée sur le fondement de l'article L. 462-1 du code de commerce, l'Autorité ne peut se prononcer que sur des questions de concurrence d'ordre général.
4. En l'espèce, la demande d'avis de la commune de Saint-Germain-en-Laye porte sur les effets, sur le plan de la concurrence, des modalités de traitement des offres dites « non conformes » prévues par le droit de la commande publique. En sa qualité de pouvoir adjudicateur, elle soutient que ces modalités l'ont conduite à écarter des offres présentées par différents candidats comme « non conformes » alors que les irrégularités en cause étaient minimales.
5. Elle relève également que le droit de la commande publique connaît des disparités quant au traitement réservé aux offres « non conformes », selon le type de procédure de passation en cause (appel d'offres, procédure négociée et délégation de service public). Elle estime qu'une telle différence de situation suivant la procédure retenue ou le type de contrat de la commande publique concerné n'est pas justifié, dès lors que les conséquences induites par ce cadre juridique en termes d'efficacité de la mise en concurrence sont, selon elle, préjudiciables tant pour le pouvoir adjudicateur que pour les candidats écartés.
6. Elle allègue enfin que sa saisine prend tout son sens dans la période de concertation ouverte pour la transposition de directives européennes relatives au droit de la commande publique. Observant que l'état de droit est conduit à évoluer à l'occasion de la transposition de ces textes, elle estime que cela offre une occasion d'harmoniser le traitement réservé aux offres « non conformes » en droit de la commande publique.
7. La commune de Saint-Germain-en-Laye interroge ainsi l'Autorité sur les conséquences, en termes de concurrence et de bonne utilisation des deniers publics, d'un régime juridique et

de pratiques consistant à rejeter comme « non conformes » des offres comportant, selon elle, des irrégularités minimales. Sa demande d'avis soulève des questions de concurrence d'ordre général auxquelles l'Autorité peut répondre, ainsi qu'il ressort des déclarations des personnes entendues en séance et, notamment, de celles du commissaire du Gouvernement qui a relevé les nombreuses problématiques de concurrence en cause.

8. En outre, la commune de Saint-Germain-en-Laye est une collectivité territoriale et défend, à travers sa demande d'avis, son intérêt de pouvoir adjudicateur.
9. La demande d'avis de la commune de Saint-Germain-en-Laye est donc recevable.

I. Le contexte

10. La demande d'avis de la commune de Saint-Germain-en-Laye s'inscrit dans le contexte particulier de la réforme du droit de la commande publique dont le ministre de l'économie a annoncé la mise en place pour le printemps 2016.
11. Cette réforme s'inscrit dans le cadre de l'adoption de trois directives révisant le droit des marchés publics et des concessions :
 - la directive n° 2014/23/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 sur l'attribution de contrats de concession (JO L 94, 28.3.2014, pp. 1–64) ;
 - la directive n° 2014/24/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 sur la passation des marchés publics et abrogeant la directive 2004/18/CE (JO L 94, 28.3.2014, pp. 65–242) ;
 - la directive n° 2014/25/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 relative à la passation de marchés par des entités opérant dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux et abrogeant la directive 2004/17/CE (JO L 94, 28.3.2014, pp. 243–374).
12. La directive n° 2014/24/UE précitée rappelle dans son premier considérant que la passation de marchés publics doit être conforme aux principes du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, notamment la libre circulation des marchandises, la liberté d'établissement et la libre prestation de services, ainsi qu'aux principes qui en découlent comme l'égalité de traitement, la non-discrimination, la reconnaissance mutuelle, la proportionnalité et la transparence. Elle ajoute qu'en ce qui concerne les marchés publics dépassant un certain montant, des dispositions doivent être élaborées pour coordonner les procédures nationales de passation de marchés afin de garantir que ces principes soient respectés en pratique et que la passation des marchés publics soit ouverte à la concurrence.
13. La directive n° 2014/24/UE indique, au second considérant, qu'elle a également pour objet de moderniser les règles de passation des marchés publics pour accroître l'efficacité de la dépense publique, en facilitant notamment la participation des petites et moyennes entreprises (PME) aux marchés publics, et pour permettre aux acheteurs de mieux utiliser l'instrument des marchés publics au service d'objectifs sociétaux communs.
14. Ainsi, la nouvelle directive « marchés publics » vise à simplifier le droit de la commande publique et à en faire un outil en faveur de l'innovation, à faciliter l'accès des petites et moyennes entreprises (PME) et à favoriser la prise en compte, par les acheteurs publics,

d'objectifs sociaux et environnementaux. Elle vise ainsi à accroître l'efficacité de la dépense publique et à permettre aux acheteurs de mieux utiliser l'instrument des marchés publics au soutien d'objectifs communs.

15. Les directives « marchés publics » et « concessions » entrent en vigueur le 17 avril 2016. Les États membres ont jusqu'au 18 avril 2016 pour les transposer, et disposent d'un délai supplémentaire concernant les dispositions en matière de dématérialisation des marchés publics.
16. À ce jour, les autorités françaises ont d'ores et déjà adopté :
 - l'ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics ;
 - l'ordonnance n° 2016-65 du 29 janvier 2016 relative aux contrats de concession ;
 - le décret n° 2015-1904 du 30 décembre 2015 modifiant les seuils applicables aux marchés publics et autres contrats de la commande publique ;
 - le décret n° 2016-86 du 1^{er} février 2016 relatif aux contrats de concession.
17. En outre, le 5 novembre 2015, le gouvernement a soumis à la consultation publique le projet de décret relatif aux marchés publics dont l'article 56 (article 61 dans la dernière version du texte), s'il était adopté, permettrait aux acheteurs publics d'inviter les candidats à régulariser leurs offres dites « non conformes » dans le cadre de procédures qui, jusque-là, étaient plus strictement encadrées sur ce point.
18. Le présent avis présente donc la particularité de se prononcer sur une question qui fait l'objet d'une disposition réglementaire nouvelle en voie d'adoption.
19. À cet égard, l'Autorité relève que les dispositions du second alinéa de l'article L. 462-1 du code de commerce permettent aux personnes visées de la consulter, en ce qui concerne les intérêts dont elles ont la charge, sur toute question de concurrence, y compris lorsque cette question porte sur une matière traitée par un texte en cours de préparation.
20. Toutefois, il n'appartient pas à l'Autorité, sur la base de ces dispositions, de porter une appréciation d'opportunité. Son avis ne peut porter que sur les incidences éventuelles sur l'exercice de la concurrence du dispositif proposé, ce qui exclut toute appréciation sur le bien-fondé ou les modalités des mesures proposées pour répondre à d'autres objectifs.
21. Dans la mesure où seul l'article 56 du projet de décret relatif aux marchés publics, dans sa version soumise à la consultation publique - article 61 dans la dernière version du texte -, concerne le traitement des offres « non conformes », seule cette disposition sera évoquée dans le champ de la saisine. Sans se prononcer sur la réforme dans son ensemble ni sur les dispositions du projet de décret marché public, l'Autorité rappelle qu'elle ne peut que se montrer favorable à une simplification et à une unification de la réglementation nationale de la commande publique, tenant compte de la législation européenne.
22. Néanmoins, l'Autorité émet le vœu, pour l'avenir, d'être consultée lorsque des textes législatifs et réglementaires modifiant le droit de la commande publique seront en préparation. Elle a, en effet, vocation à se prononcer sur ces textes. Du reste, par le passé, le ministre de l'économie a, à plusieurs reprises, saisi le Conseil de la concurrence de demandes d'avis sur des projets de textes réformant le droit de la commande publique, qui ont donné lieu aux avis suivants :
 - avis n° [96-A-08](#) du 2 juillet 1996 relatif aux propositions formulées dans un rapport portant sur la réforme du droit de la commande publique ;

- avis n° [97-A-11](#) du 5 mars 1997 relatif à un avant-projet de loi portant réforme du code des marchés publics ;
- avis n° 99-A-12 du 15 juin 1999 relatif à un projet de réforme du code des marchés publics ;
- avis n° [00-A-25](#) du 20 novembre 2000 relatif à un projet de décret portant réforme du code des marchés publics ;
- avis n° [03-A-05](#) du 25 avril 2003 relatif à un projet de décret réformant le code des marchés publics.

23. En outre, l'Autorité observe que le droit français de la commande publique s'inscrit dans un cadre communautaire susceptible, à l'avenir, de connaître de nouvelles évolutions. Une consultation de l'Autorité préalablement à l'adoption des positions françaises lors des étapes clés de négociations futures pourrait donc se révéler utile.
24. Par ailleurs, l'Autorité précise que, comme l'ont fait avant elle la Commission technique des ententes, la Commission technique des ententes et des positions dominantes, la Commission de la concurrence et le Conseil de la concurrence, elle a été conduite à constater, à de nombreuses reprises, des dysfonctionnements du libre jeu de la concurrence dans les marchés publics. C'est au regard, notamment, de l'expérience acquise lors de l'examen de ces affaires et des réflexions qu'elles lui ont inspirées que l'Autorité émet le présent avis.

II. Le cadre juridique

25. Les règles applicables aux offres « non conformes » diffèrent selon que les procédures dans lesquelles ces offres s'inscrivent sont plus ou moins négociées (A). La réforme actuelle du droit de la commande publique et, notamment, le projet de décret relatif aux marchés publics tendent à unifier ces règles en appliquant aux offres « non conformes » déposées dans le cadre de procédures non négociées telles que les appels d'offres les mêmes règles que celles applicables dans le cadre des procédures négociées (B).

A. LE DISPOSITIF ACTUEL

26. Le code des marchés publics (ci-après CMP) définit les offres « non conformes » (1) et fixe les cas et les conditions dans lesquelles les acheteurs publics peuvent inviter des candidats à régulariser leurs offres (2).

1. LA DÉFINITION DES OFFRES DITES « NON CONFORMES »

27. Les offres dites « non conformes » correspondent, en droit, aux offres irrégulières, inacceptables et inappropriées.
28. La directive n° 2004/18/CE du Parlement européen et du Conseil du 31 mars 2004 relative à la coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, de

fournitures et de services (JO L 134 du 30.4.2004, pp. 114–240), applicable jusqu'au 18 avril 2016, se réfère aux notions d'offres irrégulières et d'offres inacceptables sans toutefois les définir (a du paragraphe 1 de l'article 30).

29. En droit national, l'article 35 du CMP définit ces offres de la manière suivante :

- une offre irrégulière « *est une 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* » (1° du I de l'article 35 du CMP) ;

- une offre « *est inacceptable si les conditions qui sont prévues pour son exécution méconnaissent la législation en vigueur, ou si les crédits budgétaires alloués au marché après évaluation du besoin à satisfaire ne permettent pas au pouvoir adjudicateur de la financer* » (1° du I de l'article 35 du CMP) ;

- une offre inappropriée est « *une 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* » (3° du II de l'article 35 du CMP).

2. LES RÈGLES APPLICABLES AUX OFFRES DITES « NON CONFORMES »

30. En application du principe de l'intangibilité de l'offre, les offres inappropriées, irrégulières et inacceptables doivent être éliminées (III de l'article 53 du CMP).

31. Toutefois, les acheteurs publics peuvent inviter les candidats concernés à régulariser leurs offres dans des conditions plus ou moins strictes selon que ces offres sont déposées dans le cadre de procédure sans (a) ou avec négociation (b).

a) Dans le cadre des procédures dépourvues de phase de négociation

32. Les procédures dépourvues de phase de négociation correspondent, pour l'essentiel, aux procédures d'appel d'offres.

33. Les procédures d'appel d'offres se définissent de la manière suivante :

« L'appel d'offres est la procédure par laquelle le pouvoir adjudicateur choisit l'attributaire, sans négociation, sur la base de critères objectifs préalablement portés à la connaissance des candidats.

L'appel d'offres peut être ouvert ou restreint.

L'appel d'offres est dit ouvert lorsque tout opérateur économique peut remettre une offre.

L'appel d'offres est dit restreint lorsque seuls peuvent remettre des offres les opérateurs économiques qui y ont été autorisés après sélection.

Le choix entre les deux formes d'appel d'offres est libre » (article 33 du CMP).

34. Dans le cadre des procédures d'appel d'offres, les acheteurs publics sont tenus d'éliminer les offres inappropriées, irrégulières ou inacceptables. Ainsi, en matière d'appels d'offres ouverts, le III de l'article 58 du CMP dispose : « *Les offres inappropriées au sens du 3° du II de l'article 35 ainsi que les offres irrégulières ou inacceptables au sens du 1° du I de l'article 35 sont éliminées* ». En matière d'appels d'offres restreints, l'alinéa 3 de l'article 63 du CMP dispose : « *Les offres inappropriées au sens du 3° du II de l'article 35*

ainsi que les offres irrégulières ou inacceptables au sens du 1° du I de l'article 35 sont éliminées ».

35. Toutefois, les acheteurs publics peuvent demander aux candidats de préciser ou de compléter la teneur de leurs offres. En matière d'appels d'offres ouverts, le I de l'article 59 du CMP dispose ainsi : « *Il ne peut y avoir de négociation avec les candidats. Il est seulement possible de demander aux candidats de préciser ou de compléter la teneur de leur offre* ». De même, en matière d'appels d'offres restreints, le I de l'article 64 du CMP dispose : « *Il ne peut y avoir de négociation avec les candidats. Il est seulement possible de demander aux candidats de préciser ou de compléter la teneur de leur offre* ».
36. Le Conseil d'État a précisé le sens de ces dispositions. Il a ainsi établi qu'elles interdisent au pouvoir adjudicateur de modifier ou de rectifier lui-même une offre incomplète, comme telle irrégulière (voir notamment, CE, 25 mars 2013, Département de l'Hérault, n° 364824, cons. 4).
37. Il a également indiqué que le pouvoir adjudicateur n'est pas tenu d'inviter un candidat à préciser ou à compléter une offre irrégulière, mais qu'il peut demander à un candidat des précisions sur son offre si celle-ci lui paraît ambiguë ou incertaine, ou l'inviter à rectifier ou à compléter cette offre sans que le candidat puisse alors en modifier la teneur (voir notamment, CE, 25 mars 2013, Département de l'Hérault, précité, cons. 4).
38. Il a enfin admis que si les dispositions du CMP s'opposent en principe à toute modification du montant de l'offre à l'initiative du candidat ou du pouvoir adjudicateur, ce principe ne saurait recevoir application dans le cas exceptionnel où il s'agit de rectifier une erreur purement matérielle, d'une nature telle que nul ne pourrait s'en prévaloir de bonne foi dans l'hypothèse où le candidat verrait son offre retenue (CE, 21 septembre 2011, Département des Hauts de Seine, n° 349149).
39. Cette interprétation rejoint celle de la Cour de justice de l'Union européenne. En réponse à une question préjudicielle, la Cour de justice a ainsi indiqué, dans l'arrêt du 29 mars 2012, SAG ELV Slovensko a.s. et autres (aff. C-599/10) :
« Par sa nature même, la procédure d'appel d'offres restreint implique que, une fois la sélection des candidats opérée, et une fois leur offre déposée, cette dernière ne puisse plus, en principe, être modifiée ni à l'initiative du pouvoir adjudicateur ni à celle du candidat. En effet, le principe d'égalité de traitement des candidats et l'obligation de transparence qui en découle s'opposent, dans le cadre de cette procédure, à toute négociation entre le pouvoir adjudicateur et l'un ou l'autre des candidats.
Permettre au pouvoir adjudicateur de demander à un candidat dont il estime l'offre imprécise ou non conforme aux spécifications techniques du cahier des charges des éclaircissements à cet égard risquerait en effet de faire apparaître ce pouvoir adjudicateur, au cas où l'offre de ce candidat serait finalement retenue, comme ayant négocié celle-ci confidentiellement, au détriment des autres candidats, et en violation du principe d'égalité de traitement » (points 36 et 37).
40. La Cour en a déduit qu'« *il ne ressort ni de l'article 2, ni d'aucune autre disposition de la directive 2004/18, ni du principe d'égalité de traitement, non plus que de l'obligation de transparence que, dans une telle situation, le pouvoir adjudicateur serait tenu de prendre contact avec les candidats concernés. Ceux-ci ne sauraient, d'ailleurs, se plaindre de ce qu'aucune obligation ne pèse à cet égard sur le pouvoir adjudicateur, dès lors que l'absence de clarté de l'offre ne résulte que d'un manquement à leur devoir de diligence dans la rédaction de celle-ci, auquel ils sont soumis comme les autres candidats* » (point 38).

41. Elle en a conclu que l'« *article 2 de la directive 2004/18 ne s'oppose donc pas à l'absence, dans une législation nationale, d'une disposition qui ferait obligation au pouvoir adjudicateur de demander aux candidats, dans une procédure d'appel d'offres restreint, de clarifier leurs offres au regard des spécifications techniques du cahier des charges avant de rejeter celles-ci en raison de leur caractère imprécis ou non conforme à ces spécifications* » (point 39).
42. Elle a toutefois considéré que « *cet article 2 ne s'oppose pas, en particulier, à ce que, exceptionnellement, les données relatives à l'offre puissent être corrigées ou complétées ponctuellement, notamment parce qu'elles nécessitent à l'évidence une simple clarification, ou pour mettre fin à des erreurs matérielles manifestes, pourvu que cette modification n'aboutisse pas à proposer en réalité une nouvelle offre. Ledit article ne s'oppose donc pas davantage à ce que figure dans la législation nationale une disposition telle que l'article 42, paragraphe 2, de la loi n° 25/2006, selon laquelle, en substance, le pouvoir adjudicateur peut demander par écrit aux candidats de clarifier leur offre sans toutefois demander ou accepter aucune modification de l'offre* » (point 40).
43. En définitive, dans le cadre des procédures dépourvues de phase de négociation, les grands principes de la commande publique conduisent à ce que :
 - d'une part, seules les offres irrégulières puissent, par exception, faire l'objet de régularisations ;
 - d'autre part, ces régularisations se limitent à la correction d'erreurs matérielles ou à l'apport de clarifications ne pouvant pas aller jusqu'à modifier les offres en tant que telles.
44. Les règles applicables dans le cadre de procédures comprenant une phase de négociation sont plus souples à cet égard, en raison du caractère négocié de ces procédures.

b) Dans le cadre des procédures comprenant une phase de négociation

45. Les principales procédures comprenant une phase de négociation sont les procédures formalisées négociées, les procédures adaptées et, en dehors des procédures d'attribution des marchés publics, les procédures d'attribution des délégations de service public.
46. Dans le cadre de ces procédures, la phase de négociation donne aux acheteurs publics l'opportunité d'inviter les entreprises à faire évoluer leurs offres, notamment en vue de les rendre conformes.

Dans le cadre des procédures formalisées négociées

47. La procédure formalisée négociée est une procédure dans laquelle le pouvoir adjudicateur négocie les conditions du marché avec un ou plusieurs opérateurs économiques (article 34 du CMP).
48. Dans le cadre de cette procédure, les acheteurs publics sont tenus d'éliminer les offres inappropriées (alinéa 2 du V de l'article 66 du CMP). En revanche, ils peuvent négocier avec un candidat ayant présenté une offre irrégulière ou inacceptable, cette négociation permettant au candidat de régulariser son offre.
49. En revanche, si à l'issue de la négociation, l'irrégularité n'a pas été purgée, l'offre doit être rejetée (III de l'article 53 du CMP).
50. Une réponse à une question parlementaire a indiqué à cet égard : « *Si la procédure négociée ne permet pas de modifier les caractéristiques principales du marché tels que, notamment, l'objet du marché ou les critères de sélection des candidatures et des offres,*

elle laisse cependant à l'acheteur public la possibilité de déterminer librement, par la négociation, le contenu des prestations et l'adaptation du prix aux prestations finalement retenues alors que dans une procédure d'appel d'offres ouvert ou restreint, le cahier des charges est fixé de manière unilatérale et intangible avant le lancement de la consultation. Dans le cadre de la procédure négociée, les offres inappropriées sont éliminées et les autres offres sont négociées, même celles qui sont d'abord jugées irrégulières ou inacceptables, la négociation étant susceptible d'avoir pour effet de les rendre régulières ou acceptables (Question écrite n° 113446 du 19 décembre 2006, publiée dans le Journal officiel de l'Assemblée nationale du 16 janvier 2007) » (question n° 95918 publiée au JO le 14/12/2010 p. 13445, réponse publiée au JO le 29/03/2011 p. 3124).

51. Comme précédemment, la position française est conforme à la jurisprudence européenne.
52. La Cour de justice, dans l'arrêt du 5 décembre 2013, Nordecon AS et autres, a ainsi indiqué que « *l'obligation de transparence a essentiellement pour but de garantir l'absence de risque de favoritisme et d'arbitraire de la part du pouvoir adjudicateur (arrêt du 29 mars 2012, SAG ELV Slovensko e.a., C-599/10, point 25).*

Ainsi, bien que le pouvoir adjudicateur dispose d'un pouvoir de négociation dans le cadre d'une procédure négociée, il est toujours tenu de veiller à ce que les exigences du marché, auxquelles il a attribué un caractère impératif, soient respectées. Si tel n'était pas le cas, le principe selon lequel les pouvoirs adjudicateurs agissent avec transparence serait méconnu et le but rappelé au point précédent du présent arrêt ne saurait être atteint.

Par ailleurs, le fait d'admettre la recevabilité d'une offre non conforme à des conditions impératives en vue de la négociation priverait de toute utilité la fixation de conditions impératives dans l'appel d'offres et ne permettrait pas au pouvoir adjudicateur de négocier avec les soumissionnaires sur une base commune à ces derniers, constituée des dites conditions, et, partant, de traiter ceux-ci sur un pied d'égalité.

Au vu des considérations qui précèdent, il convient de répondre à la première question que l'article 30, paragraphe 2, de la directive 2004/18 n'autorise pas le pouvoir adjudicateur à négocier avec les soumissionnaires des offres qui ne répondent pas aux exigences impératives prévues par les spécifications techniques du marché » (C-561/12, points 36 à 41).

53. Ainsi, dans le cadre des procédures formalisées négociées, les grands principes de la commande publique conduisent à ce que :
 - d'une part, les offres irrégulières ou inacceptables peuvent être régularisées en cours de négociation ;
 - d'autre part, ces régularisations ne peuvent pas aller jusqu'à corriger des offres qui ne répondraient pas aux exigences impératives prévues par les spécifications techniques du marché.

Dans le cadre des procédures adaptées

54. Les procédures adaptées sont des procédures dont les modalités sont librement fixées par le pouvoir adjudicateur en fonction de la nature et des caractéristiques du besoin à satisfaire, du nombre ou de la localisation des opérateurs économiques susceptibles d'y répondre ainsi que des circonstances de l'achat (alinéa 1 du I de l'article 28 du CMP).
55. Les acheteurs publics peuvent recourir à des procédures adaptées, notamment lorsque le montant estimé du besoin est inférieur aux seuils suivants :

- 135 000 €HT pour les marchés de fournitures et de services, non mentionnés aux 2° à 4° du II de l'article 26 du CMP, de l'État et de ses établissements publics ;
- 209 000 €HT pour les marchés de fournitures et de services des collectivités territoriales, des établissements publics de santé et des établissements du service de santé des armées ;
- 209 000 €HT pour les marchés de fournitures acquises par des pouvoirs adjudicateurs opérant dans le domaine de la défense autres que celles figurant dans la liste établie par arrêté conjoint du ministre chargé de l'économie et du ministre chargé de la défense ;
- 209 000 €HT pour les marchés de services de recherche et développement pour lesquels le pouvoir adjudicateur acquiert la propriété exclusive des résultats et qu'il finance entièrement ;
- 5 225 000 €HT pour les marchés de travaux (II de l'article 26 du CMP).

56. Au cours de ces procédures, les acheteurs publics peuvent négocier avec les candidats ayant présenté une offre. Cette négociation peut porter sur tous les éléments de l'offre, notamment sur le prix (alinéa 2 du I de l'article 28 du CMP).
57. Cette liberté de négociation donne une grande latitude aux acheteurs publics pour inviter des entreprises à régulariser des offres « non conformes ».
58. Dans ce sens, le Conseil d'État, dans sa décision du 30 octobre 2011, Ministre de la défense et des anciens combattants (n° 353121) a indiqué que « *si les dispositions du III de l'article 53 du code des marchés publics, qui sont applicables tant aux procédures formalisées qu'aux procédures adaptées, prévoient l'élimination des offres inappropriées, irrégulières et inacceptables avant le classement des autres offres par ordre décroissant, les dispositions de l'article 28 du même code relatives à la procédure adaptée prévoient que le pouvoir adjudicateur peut négocier avec les candidats ayant présenté une offre et que cette négociation peut porter sur tous les éléments de l'offre, notamment sur le prix ; qu'il résulte de ces dispositions que le pouvoir adjudicateur qui, dans le cadre d'une procédure adaptée, décide de recourir à une négociation, peut librement choisir les candidats avec lesquels il souhaite négocier et peut en conséquence, dans le respect du principe d'égalité de traitement entre les candidats, admettre à la négociation les candidats ayant remis des offres inappropriées, irrégulières ou inacceptables et ne pas les éliminer d'emblée* ». Le Conseil d'État a précisé que l'acheteur public doit cependant, à l'issue de la négociation, rejeter sans les classer les offres qui sont demeurées inappropriées, irrégulières ou inacceptables.
59. La plus grande souplesse du régime juridique applicable aux procédures adaptées repose sur la nature même de ces procédures qui impliquent que la négociation puisse porter sur tous les aspects du contrat public.
60. Ainsi, dans le cadre des procédures adaptées, les offres inappropriées, irrégulières ou inacceptables peuvent être régularisées en cours de négociation dans le respect du principe d'égalité de traitement entre les candidats.

c) Dans le cadre de la passation de délégations de service public

61. La délégation de service public est un contrat par lequel une personne morale de droit public confie la gestion d'un service public dont elle a la responsabilité à un délégataire public ou privé dont la rémunération est substantiellement liée au résultat d'exploitation du service (alinéa 1 de l'article L. 1411-1 du code général des collectivités territoriales).

62. Dans le cadre de la passation de délégations de service public, les offres présentées sont librement négociées par l'autorité responsable de la personne publique délégante qui, au terme de ces négociations, choisit le délégataire (alinéa 5 de l'article L. 1411-1 du code général des collectivités territoriales).
63. Les textes applicables ne contiennent pas de dispositions relatives aux offres inappropriées, inacceptables ou irrégulières.
64. Toutefois, le Conseil d'État a précisé que lorsque le règlement de la consultation ou le cahier des charges impose la production de documents ou de renseignements à l'appui des offres, l'autorité habilitée à signer la convention ne peut engager de négociation avec un opérateur économique dont l'offre n'est pas accompagnée de tous ces documents ou renseignements que si cette insuffisance :
 - d'une part, ne fait pas obstacle à ce que soit appréciée la conformité de l'offre aux exigences du cahier des charges ;
 - d'autre part, n'est 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 (CE, 15 décembre 2006, Corsica Ferries, n° 298618).
65. Par cette décision, le Conseil d'État a ainsi admis que peuvent être régularisées les irrégularités « *non substantielles* », par opposition aux irrégularités « *substantielles* ». Cette distinction est propre à la passation des délégations de service public.
66. En définitive, même dans les procédures les plus souples, la possibilité offerte aux acheteurs publics d'inviter des entreprises à régulariser des offres irrégulières demeure encadrée par les grands principes de la mise en concurrence, l'égalité de traitement et la transparence.

B. LES ÉVOLUTIONS EN COURS

67. Les textes ou projets de texte relatifs au droit de la commande publique qui entreront en vigueur au printemps prochain contiennent des dispositions relatives aux « offres non conformes », tant en matière de marchés publics (1) qu'en matière de concessions (2).

1. EN MATIÈRE DE MARCHÉS PUBLICS

68. S'agissant des offres « *non conformes* », la directive n° 2014/24/UE précitée offre aux États membres la possibilité d'assouplir les possibilités de régularisation des offres « *non conformes* » dans les marchés sans négociation : « *Lorsque les informations ou les documents qui doivent être soumis par les opérateurs économiques sont ou semblent incomplets ou erronés ou lorsque certains documents sont manquants, les pouvoirs adjudicateurs peuvent, sauf disposition contraire du droit national mettant en œuvre la présente directive, demander aux opérateurs économiques concernés de présenter, compléter, clarifier ou préciser les informations ou les documents concernés dans un délai approprié, à condition que ces demandes respectent pleinement les principes d'égalité de traitement et transparence* » (article 56, paragraphe 3, de la directive n° 2014/24/UE précitée).

69. Le projet de décret relatif aux marchés publics semble profiter de cette possibilité offerte par le droit de l'Union européenne pour assouplir le régime juridique de régularisation des offres « non conformes » dans les marchés sans négociation. Son article 61 dans la dernière version du texte dispose ainsi :

« I. – L'acheteur vérifie que les offres sont régulières, acceptables et appropriées.

Une offre irrégulière est 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.

Une offre inacceptable est une offre dont le prix excède les crédits budgétaires alloués au marché tels qu'ils ont été déterminés et établis avant le lancement de la procédure.

Une offre inappropriée est une offre sans rapport avec le marché public parce qu'elle n'est manifestement pas en mesure, sans modification substantielle, de répondre au besoin et aux exigences de l'acheteur formulés dans les documents de la consultation.

II. – Dans les procédures d'appel d'offres et les procédures adaptées sans négociation, les offres irrégulières, inappropriées ou inacceptables sont éliminées. Toutefois, l'acheteur peut autoriser tous les soumissionnaires concernés à régulariser les offres irrégulières dans un délai approprié, à condition qu'elles ne soient pas anormalement basses.

III. – Dans les autres procédures, les offres inappropriées sont éliminées. Les offres irrégulières ou inacceptables peuvent devenir régulières ou acceptables à l'issue de la négociation ou du dialogue, à condition qu'elles ne soient pas anormalement basses.

Lorsque la négociation ou le dialogue a pris fin, les offres qui demeurent irrégulières ou inacceptables sont éliminées. Toutefois, l'acheteur peut autoriser tous les soumissionnaires concernés à régulariser les offres irrégulières dans un délai approprié, à condition qu'elles ne soient pas anormalement basses.

IV. – La régularisation des offres irrégulières ne peut avoir pour effet de modifier des caractéristiques substantielles des offres. »

70. Le I de l'article 61 du projet de décret définit ainsi les trois types d'offres « non conformes ». Le II et le III décrivent la procédure de régularisation des offres irrégulières en matière d'appels d'offres et de procédure adaptée sans négociation, d'une part, et en matière de procédures avec négociation, d'autre part, dès lors que ces offres n'ont pas été déclarées anormalement basses à l'issue de l'examen prévu à l'article 62 du projet de décret. Le IV, quant à lui, unifie les règles de régularisation des offres irrégulières. Il permet ainsi, même en procédure d'appel d'offres, que les entreprises puissent, à des fins de régularisation, modifier leurs offres en tant que telles, sans toutefois pouvoir toucher à leurs caractéristiques substantielles.
71. Il ressort de la synthèse de la consultation ouverte sur le projet de décret que des associations d'élus ont demandé la clarification de ce mécanisme de régularisation des offres, tandis que des acheteurs publics se sont exprimés en faveur d'une clarification rédactionnelle sur ce point.

2. EN MATIÈRE DE CONCESSIONS

72. La directive n° 2014/24/UE précitée traite uniquement de l'offre inappropriée, qu'elle définit comme une offre qui est sans rapport avec la concession parce qu'elle n'est manifestement pas en mesure, sans modifications substantielles, de répondre aux besoins et

aux exigences du pouvoir adjudicateur ou de l'entité adjudicatrice spécifiés dans les documents de concession (article 31, paragraphe 5).

73. Le décret n° 2016-86 relatif aux contrats de concession précité transpose ces dispositions en reprenant la définition européenne et en prévoyant que les offres inappropriées ou qui ne respectent pas les conditions et caractéristiques minimales indiquées dans les documents de la consultation soient éliminées (article 25).

III. Analyse concurrentielle

74. La demande d'avis de la commune de Saint-Germain-en-Laye relative aux traitements des offres « non conformes » soulève la question des objectifs de la concurrence dans le contexte particulier de la commande publique (A). Afin d'apprécier la pertinence des évolutions souhaitées par la saisissante au regard de ces principes (C), il convient de cerner le problème identifié (B).

A. LES OBJECTIFS DE LA CONCURRENCE DANS LE DROIT DE LA COMMANDE PUBLIQUE

75. Le droit de la commande publique et le droit de la concurrence présentent des objectifs communs. En particulier, la recherche de l'efficacité de la commande publique, qui peut être interprétée comme « l'objectif synthétique » du droit des marchés publics, rejoint l'objectif d'efficacité économique poursuivi par le droit de la concurrence et peut être considéré comme un cas particulier de cet objectif plus général (voir avis n° 00-A-25 précité, p. 2).
76. L'on considère généralement, en effet, que la réglementation de l'achat public poursuit deux objectifs principaux.
77. Le premier est l'encadrement des procédures mises en œuvre par les personnes publiques afin de garantir les principes de liberté d'accès à la commande publique, d'égalité de traitement des candidats et de transparence des procédures.
78. Le second est l'efficacité de la commande publique et la bonne utilisation des deniers publics pour lesquelles il est admis que la mise en concurrence des entreprises et la vérification de la réalité et de la loyauté de la compétition sont de nature à dégager l'offre économiquement la plus avantageuse (voir avis n° 03-A-05 précité, points 4 à 6).
79. Dans cette perspective, l'efficacité de la commande publique ne peut être assurée qu'à la condition que le marché fonctionne selon les règles de la concurrence.
80. Par conséquent, il est, en premier lieu, impératif que le droit de la commande publique n'encourage ou ne facilite pas des pratiques anticoncurrentielles, c'est-à-dire des ententes ou des abus de position dominante. Cet aspect est d'autant plus important que les règles actuelles de l'achat public coexistent avec des pratiques d'entente entre les entreprises qui répondent aux appels d'offres et qui aboutissent souvent à une hausse significative du prix payé par l'acheteur public, en contradiction avec l'objectif recherché par le droit de la commande publique (avis n° 00-A-25 précité, p. 2 et avis n° 03-A-05 précité, points 4 à 6).

81. Il est, en second lieu, nécessaire que le droit de la commande publique ne comporte pas de dispositions qui seraient porteuses de potentielles distorsions de concurrence entre entreprises. L'objectif de concurrence impose ainsi aux autorités publiques de réaliser l'égalité entre les candidats et, lorsqu'elles commandent des biens et des services, de ne pas introduire de biais anticoncurrentiel dans le fonctionnement du marché, qui serait de nature à porter atteinte à la fois à l'intérêt général et à leurs propres intérêts économiques. À cet égard, le formalisme qui caractérise parfois le droit de la commande publique contribue à cet objectif en ce qu'il tend à protéger l'égalité de traitement des candidats et ainsi à prévenir les situations de discrimination, voire de favoritisme.
82. Toutefois, dans le même temps, ce formalisme ne doit pas nuire à l'effectivité de la mise en concurrence, en conduisant, par exemple, à une réduction importante du nombre d'offres en concurrence et, en définitive, à un affaiblissement des pressions concurrentielles existant entre candidats au point d'abaisser voire de supprimer l'intensité de la concurrence dans le cadre des appels d'offres.
83. La plus grande ouverture à la négociation lors de la sélection des offres, qui constitue un fil directeur des réformes en cours et s'accompagne d'un assouplissement de ce formalisme et d'une plus grande flexibilité pour négocier avec les entreprises peut en effet présenter un intérêt concurrentiel et être bénéfique à la commande publique s'il permet tout à la fois de mieux calibrer les contrats et faire émerger des solutions contractuelles plus concurrentielles et économiquement justifiées.
84. La présente demande d'avis relative au traitement des offres « non conformes » s'inscrit pleinement dans cette problématique.
85. En effet, les règles encadrant la régularisation des offres « non conformes » tendent, par un formalisme plus ou moins strict selon le type de procédure considéré, à garantir l'égalité d'accès des candidats et ainsi à prévenir les situations de discrimination, voire de favoritisme.
86. Cependant, ces règles, si elles étaient excessivement strictes, seraient susceptibles de conduire à une élimination importante du nombre de candidats et donc à l'effectivité de la mise en concurrence alors que les procédures de mise en concurrence ont précisément pour objet de faire jouer des pressions concurrentielles existantes sur les marchés.
87. Il appartient donc aux autorités publiques de concilier par un juste équilibre ces différents objectifs. Afin de répondre à la question posée par la commune de Saint-Germain-en-Laye, il convient d'examiner de quelle manière le dispositif de traitement des offres « non conformes » a été mis en œuvre *in concreto*.

B. LA MISE EN ŒUVRE DU DISPOSITIF ACTUEL

88. Des acheteurs publics (1) et des entreprises (2) ont fait part à l'Autorité de leurs expériences quant à la mise en œuvre du dispositif actuel de traitement des offres « non conformes ».

1. L'EXPÉRIENCE DES ACHETEURS PUBLICS

89. La commune de Saint-Germain-en-Laye a indiqué dans sa saisine et en audition avoir, à plusieurs reprises, été amenée à écarter comme « non conformes » des offres présentées par différents candidats.
90. Ainsi, sur les trois dernières années, la saisissante explique que six seulement de ses procédures sur environ 150 - procédures adaptées et formalisées confondues - ont été concernées par cette problématique, mais elle souligne que ces procédures concernaient des marchés dont les montants étaient élevés. Comme très peu d'offres étaient régulières et qu'elle ne pouvait pas inviter les entreprises dont les offres étaient irrégulières à les régulariser, la commune estime avoir été limitée dans son choix et quant aux offres de prix qui lui étaient offertes.
91. Outre la commune de Saint-Germain-en-Laye, deux associations et un réseau d'acheteurs publics ont rapporté aux services d'instruction l'expérience de leurs membres quant à la mise en œuvre du dispositif actuel de traitement des offres « non conformes » :
- l'Association des acheteurs publics (AAP) ;
 - l'Association pour l'achat dans les services publics (APASP) ;
 - le Réseau des acheteurs hospitaliers (RESAH).
92. Les deux associations d'acheteurs publics expliquent que si certains de leurs adhérents se sont plaints d'être « passés à côté » d'offres intéressantes en raison du dispositif actuel de traitement des offres « non conformes », ce phénomène est, en réalité, peu fréquent.
93. Les deux associations d'acheteurs publics expliquent cette situation par deux raisons principales.
94. En premier lieu, la plupart des collectivités territoriales et des acheteurs de taille modeste (hôpitaux de taille moyenne, établissements scolaires, etc.) passent des marchés dont les montants sont inférieurs aux seuils européens, ce qui leur permet de suivre la procédure adaptée (MAPA), procédure souple permettant aux acheteurs publics d'inviter des entreprises à régulariser leurs offres en cours de négociation.
95. En second lieu, en appels d'offres, la plupart des irrégularités concernées sont de l'ordre de l'erreur matérielle et sont, dès lors, susceptibles de donner lieu à régularisation. Les acheteurs publics indiquent ainsi avoir régulièrement recours à la possibilité qui leur est offerte de demander des précisions et clarifications. À cet égard, les deux associations d'acheteurs publics observent que les entreprises de grande taille ne font pas moins d'erreurs que les plus petites car si ces entreprises disposent souvent de services dédiés à la commande publique, elles répondent à de nombreux marchés à partir de modèles standards et souvent dans l'urgence.
96. Toutefois, dans le cadre des procédures d'appels d'offres, la possibilité de régulariser les seules erreurs matérielles semble insuffisante aux acheteurs publics lorsqu'ils font face à des erreurs formelles non régularisables telles que des défauts de signatures ou des documents manquants. L'APASP explique ainsi qu'elle a « *eu très peu de retour des adhérents de l'association sur ce point. Cela n'est pas étonnant car, en pratique, soit l'offre comporte une erreur matérielle et, dans ce cas, elle est régularisable, soit l'offre comporte une erreur plus importante et dans ce cas, il en va de la responsabilité de l'entreprise d'être vigilante lorsqu'elle dépose une offre et de veiller à ce que cette offre réponde aux exigences posées par l'acheteur public* » (cote 1384).

97. Par ailleurs, ces acheteurs publics ont fait part de situations où des entreprises de taille importante ne respecteraient délibérément pas le cahier des charges techniques en espérant, en l'absence de concurrence ou en présence d'une faible concurrence, que les acheteurs publics reverraient leurs exigences à la baisse.
98. Le RESAH, centrale d'achat publique et spécialisée, a, quant à lui, fait une description sensiblement différente de la situation, qui semble liée à la fois aux montants élevés et à la complexité des marchés dont il a la charge. Il estime ainsi que le dispositif actuel n'est pas adapté aux activités d'une centrale d'achat et qu'il le conduit fréquemment à écarter des candidatures intéressantes. Il précise que les entreprises concernées sont de toutes tailles, y compris des grands groupes multinationaux et que les irrégularités les plus fréquentes sont les suivantes :
- bordereaux des prix incomplets ou mal renseignés ;
 - cadre de réponse technique incomplet ou mal renseigné ;
 - dépôt de variante non autorisée ;
 - acte d'engagement non signé.

2. L'EXPÉRIENCE DES ENTREPRISES

99. Différentes associations et fédérations d'entreprises ont fait part à l'Autorité de l'expérience de leurs membres quant à la mise en œuvre du dispositif de traitement des offres « non conformes » :
- le Mouvement des entreprises de France (MEDEF) ;
 - trois fédérations d'entreprises intervenant dans le secteur du bâtiment : la Fédération française du bâtiment (FFB), la Fédération des syndicats des métiers de la prestation intellectuelle du conseil, de l'ingénierie et du numérique (CINOV) et l'Union nationale des économistes de la construction (UNTEC) ;
 - l'Institut de la gestion déléguée (IGD).
100. De manière générale, les entreprises n'ont pas fait remonter de difficultés particulières à l'égard du dispositif actuel. Les associations et fédérations interrogées sont la plupart du temps neutres quant au dispositif actuel de régularisation qu'elles considèrent comme un élément de souplesse pour les acheteurs.
101. Le MEDEF explique ainsi que : « *Du point de vue des entreprises [la régularisation] peut être soit favorable au candidat qui sera "rattrapé" (et donc défavorable aux autres...), ou l'inverse. Il revient donc aux acheteurs d'en mesurer les risques sur le plan de la concurrence et de contentieux éventuels* » (cote 649).
102. Les trois fédérations d'entreprises intervenant dans le secteur du bâtiment se rejoignent pour considérer que le traitement des offres « non conformes » n'est pas une problématique qui soulève des préoccupations de la part de leurs adhérents.
103. Elles l'expliquent par la circonstance que l'accès des entreprises à la commande publique a été simplifié et que les entreprises ont, de leur côté, fait l'effort de connaître les procédures : leurs adhérents sont des professionnels qui connaissent bien le cadre dans lequel ils travaillent et qui prennent soin de répondre correctement aux appels d'offres lancés par les acheteurs publics.

104. Elles précisent, par ailleurs, que de nombreux marchés présentent des montants inférieurs aux seuils européens et peuvent ainsi être attribués en procédure adaptée (MAPA) au cours de laquelle les modalités de régularisation sont plus souples.
105. En appel d'offres, elles indiquent que les erreurs les plus courantes sont des erreurs matérielles ou formelles (prix manquants dans le bordereau, signatures, etc.) et que la plupart du temps, les acheteurs publics invitent les entreprises à régulariser leurs offres. L'UNTEC ajoute que les problèmes d'erreurs matérielles devraient disparaître avec la dématérialisation des procédures (signatures électroniques par exemple).
106. Elles soulignent toutefois qu'il arrive que des règlements édictés par des acheteurs publics soient trop complexes ou trop précis et conduisent les entreprises à commettre des erreurs non régularisables par la suite.
107. Enfin, elles se montrent très réservées quant à une évolution du dispositif actuel dans le sens d'une trop grande souplesse car elles considèrent, d'une part, que ce dispositif est suffisamment souple et ne constitue pas une barrière à l'entrée et, d'autre part, qu'il est dans l'ordre des choses qu'une entreprise qui n'a pas respecté les exigences de l'acheteur public soit éliminée.
108. Dans ce sens, la FFB explique ainsi que *« lorsque des offres ne sont pas conformes cela relève de la responsabilité des entreprises qui ont mal formulé leurs offres. Il ne nous paraît donc pas anormal que de telles offres puissent être écartées »*. Sur le dispositif actuel, elle conclut ainsi que *« cette question [de la régularisation des offres « non conformes »] n'est jamais soulevée par nos adhérents et nous n'avons ni remontée ni consultation à ce sujet. Encore une fois, la question des offres non conformes n'est pas un sujet pour nous, à la différence de celle des offres anormalement basses qui est fondamentale »*.

C. SUR LES ÉVOLUTIONS ENVISAGEABLES

109. Estimant que le dispositif actuel constitue une entrave à l'accès des entreprises à la commande publique et ainsi à la concurrence, la commune de Saint-Germain-en-Laye souhaite le voir évoluer dans le sens de son assouplissement.
110. Un récent rapport d'information du Sénat s'est montré favorable à une telle évolution (rapport d'information de M. Martial Bourquin, fait au nom de la MCI sur la commande publique n° 82 tome II (2015-2016), *Passer de la défiance à la confiance : pour une commande publique plus favorable aux PME* (14 octobre 2015), pp. 118 et s.). Sa proposition n° 17 consiste ainsi, en cas d'irrégularité purement formelle, à :
 - permettre la régularisation de l'offre, même en appel d'offres ;
 - s'il y a une seule offre régulière, prévoir l'obligation de demander la régularisation des offres irrégulières.
111. Le gouvernement, peu après, a intégré dans son projet de décret relatif aux marchés publics précité une disposition visant à assouplir le traitement des offres « non conformes ». Ce nouveau dispositif pourrait consister, même en appel d'offres, à inviter les entreprises à modifier leurs offres en tant que telles sans que cette modification puisse avoir pour effet de modifier des caractéristiques substantielles de ces offres.
112. L'équilibre du dispositif proposé reposait initialement sur l'information des autres soumissionnaires quant à la mise en œuvre de la procédure de régularisation, cette

transparence devant éventuellement permettre aux candidats s'estimant lésés de former des recours.

113. Cependant, la disposition relative à l'information des autres soumissionnaires a disparu dans la dernière version du projet de texte.
114. L'Autorité examinera successivement les trois points suivants sous l'angle de l'analyse concurrentielle :
 - jusqu'à quel point convient-il d'assouplir le dispositif de traitement des offres « non conformes » ? ;
 - faut-il informer les autres soumissionnaires et, le cas échéant, quelles informations convient-il de leur communiquer ? ;
 - convient-il d'imposer aux acheteurs publics de demander aux entreprises de régulariser leurs offres dans l'hypothèse particulière où une seule offre est régulière ?

1. SUR L'ASSOUPPLISSEMENT DU DISPOSITIF

115. L'Autorité a déjà eu l'occasion d'indiquer que des réformes permettant de tirer un meilleur parti de la compétition entre offreurs, notamment en allant vers une plus grande responsabilité des acteurs publics et une plus grande liberté pour organiser leurs modalités de consultation, allaient dans le bon sens. Elle a également déjà eu l'occasion d'indiquer que le respect des règles formelles destiné à garantir la liberté d'accès à la commande publique et l'égalité de traitement des candidats ne suffisent pas à garantir l'efficacité de la commande publique. L'affirmation de la capacité de négociation des acheteurs publics qui inspire la réforme actuelle est ainsi de nature à renforcer l'efficacité de la commande publique et à dégager l'offre économiquement la plus avantageuse.
116. Toutefois, l'un des objectifs du droit de la concurrence est de favoriser l'égalité entre les candidats à la commande publique. Le formalisme qui caractérise le traitement des offres « non conformes », spécialement dans le cadre des appels d'offres, procède de cet objectif d'instituer des procédures transparentes et non discriminatoires réputées favorables à la concurrence.
117. Dans ce sens, Mme Prebissy-Schnall, maître de conférences, spécialiste du droit de la commande publique, indique que « *parmi les marchés dont les montants dépassent les seuils européens, seuls sont concernés par la régularisation des offres irrégulières, les marchés attribués selon des procédures dépourvues de phase de négociation (appels d'offres). Lors de ces procédures, il est néanmoins possible de corriger les erreurs matérielles ou d'apporter des précisions sur la teneur des offres sans que les informations complémentaires fournies reviennent à présenter une nouvelle offre.*
Le formalisme est donc limité aux procédures non négociées et il a une raison d'être : il tend à protéger une saine concurrence dans l'attribution des marchés dont les montants sont les plus élevés. Cette rigidité dans l'attribution des marchés dont les montants sont les plus élevés est contrebalancée par la souplesse des MAPA et des procédures négociées » (cote 1649).
118. Reprenant un constat largement partagé, Mme Prebissy-Schnall rappelle qu'en France, le droit des marchés publics s'est construit avec une orientation très juridique occultant parfois les dimensions économique et financière de la commande publique : « *Intégrer une dimension plus économique, plus financière à l'approche française est une bonne chose*

car elle vient assouplir son approche très formaliste » (cote 1650). Le formalisme ne devrait, en effet, pas constituer une barrière à l'entrée pour les candidats et ainsi nuire à l'effectivité de la mise en concurrence.

119. La réforme en cours tend ainsi à atteindre un équilibre entre formalisme et souplesse dans le droit de la commande publique, par exemple, en invitant les acheteurs publics à préparer leurs achats en approchant les entreprises afin de mieux définir leurs besoins (*sourcing*), en facilitant le recours aux procédures négociées ou encore en apportant de la flexibilité dans le dépôt des candidatures. À l'avenir, le dossier de candidature sera ainsi simplifié (simple déclaration sur l'honneur avec le marché public simplifié (MPS) pour les MAPA, document unique de marché européen (DUME) pour les marchés formalisés, etc.).
120. Dans ce cadre, jusqu'à quel point convient-il d'assouplir le dispositif de traitement des offres « non conformes » ?
121. Le projet de décret relatif aux marchés publics tranche en faveur d'un assouplissement important en permettant, même en appels d'offres, de modifier les offres en tant que telles en vue de leur régularisation, dès lors que les modifications apportées n'ont pas pour effet de modifier des caractéristiques essentielles de ces offres.
122. La proposition de la mission du Sénat va également dans le sens d'une plus grande souplesse, en permettant, même en appel d'offres, de corriger les erreurs à la fois matérielles (dispositif actuel) et formelles, sans aller, toutefois, jusqu'à permettre d'apporter des modifications aux offres en tant que telles.
123. Les acheteurs publics et les entreprises interrogés à cet égard se sont généralement montrés favorables à un assouplissement du dispositif actuel mais avec des réserves importantes quant à la possibilité de modifier les offres, qui leur semble, le plus souvent, être porteuse de risques importants en termes d'égalité des candidats.
124. S'agissant des acheteurs publics, l'AAP explique ainsi : *« Nous sommes tous d'accord sur le principe de l'évolution à venir car nous pourrions désormais "récupérer" des candidats que nous ne pouvions pas "récupérer" auparavant, même si l'article 56 du projet de décret, s'il était adopté, n'augmentera pas sensiblement la concurrence dans les marchés publics. En revanche, il sera source de simplification pour les acheteurs publics. Toutefois, l'évolution à venir qui permettrait de modifier les offres sur ses aspects non substantiels est délicate car il est difficile de savoir ce qu'est une modification substantielle » (cote 688).*
125. Dans le même sens, l'APASP indique que *« les acheteurs publics sont, en général, favorables aux assouplissements du cadre juridique qui s'impose à eux. La plupart d'entre eux sont donc favorables à apporter de la souplesse au processus de régularisation, par exemple, en permettant la régularisation des offres dans leurs aspects purement formels. En revanche, ils ne souhaitent pas que cette régularisation puisse aller jusqu'à permettre de modifier les offres en tant que telles car ils craignent que ce soit la porte ouverte à des traitements inégalitaires voire au favoritisme - même involontaire » (cote 1385).*
126. Réagissant au projet de décret relatif aux marchés publics, l'APASP précise : *« Cela crée un risque fort de discrimination : notre crainte est que le dispositif conduise des entreprises à modifier leurs offres en cours de procédure. Des entreprises pourraient alors en profiter pour gagner du temps sur les autres candidats ou développer des stratégies de pression sur les acheteurs publics pour qu'ils revoient leurs exigences à la baisse. Nous sommes attachés au principe de l'intangibilité qui n'apparaît pas dans le projet de décret. En appel d'offres, une offre doit rester une offre. Nous sommes favorables aux*

régularisations mais uniquement lorsqu'elles n'ont pas pour objet de modifier l'offre initiale.

Nous sommes donc favorables aux régularisations des offres dans leurs aspects formels (au-delà de la simple erreur matérielle) sans aller jusqu'à permettre la modification des offres elles-mêmes. Une entreprise doit pouvoir être invitée à apporter un éclairage, des précisions, des explications sur son offre initiale mais pas à modifier cette offre » (cote 1386).

127. Seul le RESAH estime que la solution la plus souple est préférable car elle « *peut permettre de mettre fin à une certaine "automaticité" du rejet des offres irrégulières entraînant, dans certain cas, un choix de titulaire du contrat "par défaut" ou conduisant à déclarer la procédure "sans suite" pour motif d'intérêt général en raison de l'absence de concurrence* » (cote 1736). Il ne pense pas « *qu'il existe un risque pour les entreprises dans la mesure où d'une part, il est prévue qu'elles soient informées de la demande de régularisation et que d'autre part, elles disposent de voie de droit pour contester la procédure ou le contrat conclu (ex : référé précontractuel, référé contractuel, ...)* » (cote 1737).
128. S'agissant des entreprises, elles sont généralement opposées à la rédaction actuelle.
129. Le MEDEF explique ainsi : « ***Si la régularisation porte sur des éléments purement formels (ex. oubli de pièces) et s'effectue en toute transparence, par l'information des autres candidats, le MEDEF estime qu'il n'y a pas de rupture d'égalité ou de risque de discrimination. (...) Il est nécessaire de limiter cette possibilité aux éléments formels notamment une offre incomplète. En effet, il n'est pas acceptable de régulariser une offre qui méconnaît la législation applicable notamment en matière sociale et environnementale*** » (cotes 650-651).
130. Dans le même sens, les trois fédérations du secteur du bâtiment entendues par les services d'instruction se sont montrées très réservées quant à la possibilité de permettre aux entreprises de régulariser leurs offres en tant que telles. Dans ce sens, le CINOV explique que permettre de modifier les offres elles-mêmes « *comporte un risque de discrimination car la notion de "caractéristiques substantielles des offres" est floue. Un même manquement pourrait donc, selon les acheteurs publics concernés, être qualifié différemment* » (cote 1680).
131. Réagissant au projet de décret relatif aux marchés publics, la FFB a déclaré : « *Dans la mesure où (...) la question des offres non conforme n'est pas un sujet pour nous, l'article 56 du projet de décret ne va pas avoir de conséquences pratiques à notre niveau.*
Nous avons toutefois relevé que cet article modifie la définition de l'offre irrégulière en ajoutant qu'est irrégulière - et donc potentiellement régularisable - une offre qui méconnaît la législation sociale et environnementale, ce qui - en l'état actuel de la rédaction - nous interroge : comment sera-t-il possible de régulariser une offre qui méconnaît les législations sociale et environnementale ? Cette possibilité comporte, potentiellement, un risque de rupture d'égalité pour les entreprises qui respectent ces législations. On rejoint alors la question des offres anormalement basses, qui est fondamentale pour nous » (cote 620).
132. L'UNTEC estime, quant à elle, que : « *Dans la mesure où le dispositif actuel ne pose pas de difficulté, l'article 56 n'apporte pas de solution à un problème réel.*

Aujourd'hui, les acheteurs publics peuvent passer des MAPA jusqu'à 5 millions d'euros pour les marchés de travaux. En outre, dans les procédures formalisées, il est d'ores et déjà possible de régulariser les erreurs matérielles.

Nous craignons que l'article 56 déstabilise l'équilibre actuel. En effet, cette disposition crée un risque de discrimination dans la mesure où elle permettra à certaines entreprises de modifier leurs offres en tant que telles. Les principaux risques que nous identifions sont les suivants :

- risque que des offres soient modifiées ;*
- risque que des candidats aient accès à des informations dans l'intervalle leur permettant d'enrichir leurs offres ;*
- risque que des candidats bénéficient d'un délai supplémentaire pour déposer leurs véritables offres ;*
- risque, en cas de règlement de consultation peu clair ou imprécis, de voir une offre modifiée passer en première position.*

Nous sommes donc favorables au maintien du principe de l'intangibilité des offres dans les procédures formalisées. Dans ces procédures, il devrait être possible de corriger les erreurs matérielles et les erreurs formelles mais pas de modifier les offres elles-mêmes.

Pour nous, le véritable problème dans les marchés publics n'est pas celui des offres non conformes mais celui des entreprises défaillantes » (cote 1583).

133. Au vu de ce qui précède, l'Autorité considère qu'un assouplissement du dispositif actuel de traitement des offres « non conformes » et une plus grande latitude conférée à l'acheteur public pour régler cette question seraient favorables à la concurrence en supprimant le couperet conduisant à écarter mécaniquement certaines offres et en permettant ainsi à un plus grand nombre d'opérateurs de rester en compétition.
134. Toutefois, elle estime qu'un assouplissement trop important sur ce point pourrait introduire de la négociation dans les procédures d'appel d'offres et favoriser l'émergence de situations discriminatoires défavorables à la concurrence. En effet, admettre que la régularisation puisse conduire à modifier les offres elles-mêmes dans leurs caractéristiques « non substantielles » semble porteur de risques et soulève de fortes réserves. L'Autorité estime donc que la régularisation devrait être limitée à la correction des simples erreurs matérielles et omissions de formalités, qui pour leur compte sont généralement sans incidence sur la teneur et le montant des offres.
135. **L'Autorité recommande donc 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.**
136. **En tout état de cause, si l'assouplissement du dispositif actuel aboutissait à permettre la régularisation des offres irrégulières à condition de ne pas avoir pour effet de modifier les caractéristiques substantielles des offres, l'Autorité recommande de rappeler le caractère intangible de l'offre et de préciser qu'en aucun cas cette modification ne pourra entraîner une modification des spécifications du cahier des charges. En outre il sera nécessaire de donner aux acheteurs publics, demandeurs d'éclairage à cet égard, des exemples concrets de ce qui relève des « caractéristiques substantielles » d'une offre et de ce qui n'en relève pas, par exemple, dans le guide pratique qui suivra la publication du décret relatif aux marchés publics.**

137. **L’Autorité recommande enfin, lors du traitement des offres « non conformes », que l’égalité entre tous les candidats soit assurée :**
- **en garantissant que l’acheteur public invite chacune des entreprises concernées à régulariser leurs offres et pas uniquement certaines d’entre elles ;**
 - **en limitant la durée de la phase au cours de laquelle des offres peuvent être régularisées, par exemple, en indiquant que cette phase ne peut excéder dix jours.**

2. SUR L’INFORMATION DES CANDIDATS

138. L’exercice de la concurrence suppose que chaque compétiteur soit dans l’incertitude quant à la stratégie adoptée par ses concurrents. Forte de sa connaissance des pratiques anticoncurrentielles mises en œuvre à l’occasion de procédures d’attribution de contrats publics, l’Autorité se montre ainsi généralement réservée quant aux mécanismes facilitant l’échange d’informations entre candidats.
139. Dans un précédent avis, elle a ainsi indiqué qu’*« il est apparu dans quelques cas que l’entente entre soumissionnaires avait été facilitée par le fait que l’acheteur public avait communiqué aux uns les offres remises par les autres (...). Une telle pratique, outre le fait qu’elle facilite la concertation anticoncurrentielle des soumissionnaires, permet également aux membres de l’entente d’avoir connaissance des offres de “dissidents” et d’évincer ou de tenter d’évincer ceux-ci »* (avis n° [96-A-08](#), p.3. Dans le même sens, voir avis n° [97-A-11](#), n° 99-A-12, n° [00-A-25](#) et n° [03-A-05](#)).
140. Pour prévenir ce type de pratiques, l’Autorité recommande généralement qu’il soit interdit à l’acheteur public de communiquer à tout soumissionnaire les offres reçues, soulignant qu’*« une telle communication, même après l’ouverture des plis, n’aurait d’autre utilité que de renseigner les entreprises sur les politiques industrielles et commerciales de leurs concurrents et, si elles avaient préalablement noué une entente, de leur permettre de s’assurer du respect de la discipline par les membres de l’entente et d’évaluer les risques d’une pénétration ou de maintien sur le ou les marchés des soumissionnaires “dissidents” »* (avis n° 99-A-12. Dans le même sens, voir l’avis n° 00-A-25).
141. Toutefois, cet impératif de préserver la confidentialité des offres doit se concilier avec l’impératif de transparence de la procédure de régularisation des offres en vue de préserver l’égalité entre les candidats, dans un contexte où la réglementation évoluerait pour offrir toute faculté aux acheteurs publics pour décider de régulariser les offres.
142. Dès lors convient-il d’informer les soumissionnaires concurrents que des entreprises ont été invitées à régulariser leurs offres et, le cas échéant, quelles informations l’acheteur public pourrait-il communiquer à ces opérateurs ?
143. La question n’est pas dépourvue d’actualité car initialement, le projet de décret relatif aux marchés publics prévoyait que lorsque l’acheteur autorise les soumissionnaires concernés à régulariser leurs offres, il en informe les autres soumissionnaires. Cependant, cette obligation d’information a disparu du texte, dans sa version en date du 11 janvier 2016, dernière version communiquée aux services d’instruction.
144. Les services d’instruction ont, sur ce point particulier, interrogé des acheteurs publics et des entreprises.
145. S’agissant des acheteurs publics, l’AAP a exprimé des réserves sur cette obligation d’information : *« Nous essayons de faire en sorte que les candidats ne sachent pas qui a*

répondu à un appel d'offres. Si on oblige les acheteurs publics à communiquer des informations en cours de procédure, cela peut fausser la concurrence. Nous voyons difficilement comment cette obligation d'information peut fonctionner de manière utile pour les candidats qui voudraient former un recours sans, dans le même temps, être le levier d'échanges d'informations entre candidats » (cote 690).

146. L'APASP est favorable à une information des candidats mais limitée : *« Cette obligation est une bonne chose car elle permet de garantir la transparence du processus de régularisation. L'information ne devrait pas porter sur l'identité des entreprises invitées à régulariser leurs offres. Elle devrait consister en une invitation de l'ensemble des entreprises candidates à régulariser leurs offres » (cote 1386).*
147. Le RESAH estime, quant à lui, que : *« Ce point est essentiel pour assurer l'égalité de traitement des candidats » (cote 1737).*
148. S'agissant des entreprises, le MEDEF considère que l'*« obligation d'information des autres candidats est un élément essentiel pour assurer la transparence et l'égalité de traitement des candidats. Ils doivent ainsi pouvoir bénéficier des mêmes droits et envisager de contester une attribution lorsqu'ils estiment être victimes d'une rupture dans l'égalité de traitement » (cote 651).* De même, la FFB estime ainsi que : *« Toute disposition favorable à la transparence est importante car la transparence permet d'éviter les dérives » (cote 622).*
149. Le CINOV est plus en retrait à l'égard de cette obligation d'information : *« Nous comprenons cette obligation mais sommes réservés à son égard car nous y voyons un risque, dans notre secteur, qu'elle soit utilisée par certaines entreprises pour accéder aux dossiers d'autres entreprises et, notamment, à certains documents confidentiels en termes de secrets d'affaires ou industriels. (...) Le curseur sera difficile à placer. Il nous semble qu'une solution d'équilibre pourrait consister à communiquer la nature du manquement régularisé sans, toutefois, communiquer l'identité des entreprises concernées » (cote 1681).* De même, l'UNTEC est favorable à cette obligation d'information car elle est source de transparence tout relevant que le *« risque d'échange d'informations existe, d'où la nécessité de ne communiquer les informations qu'en fin de procédure. Il faut préserver la confidentialité tant que le marché n'a pas été attribué » (cote 1585).*
150. Au vu de ce qui précède, l'Autorité considère que l'obligation d'informer les candidats répond à l'objectif légitime de préserver l'égalité entre candidats et que la transparence qu'elle apporte est indispensable à l'équilibre du dispositif de régularisation plus souple envisagé. En effet, l'information des soumissionnaires concurrents des entreprises invitées à régulariser leurs offres devrait permettre à ces candidats de former un recours s'ils s'estiment lésés et ainsi dénoncer les discriminations éventuelles.
151. Cependant, l'information des candidats ne devrait pas favoriser la mise en œuvre de pratiques anticoncurrentielles entre les candidats à la commande publique et, notamment, d'échanges entre ces entreprises. Pour cette raison, cette information devrait être strictement encadrée et limitée.
152. **L'Autorité recommande que lorsque l'acheteur autorise les soumissionnaires concernés à régulariser leurs offres, il en informe les autres soumissionnaires dans un délai utile à l'exercice de leurs voies de recours et notamment du référé précontractuel.**
153. **Cependant, l'Autorité recommande que cette information ne révèle ni l'identité des entreprises concernées, ni la teneur de leurs offres mais uniquement la nature de la**

régularisation permise. Elle recommande également que cette information soit communiquée le plus tard possible dans la procédure.

3. SUR L'INSTAURATION D'UNE OBLIGATION, POUR L'ACHETEUR PUBLIC, DE DEMANDER LA RÉGULARISATION DES OFFRES IRRÉGULIÈRES

154. La mission du Sénat, dans son rapport d'information sur la commande publique précité, a proposé, lorsqu'une seule offre est régulière, d'instaurer une obligation pour l'acheteur public de demander la régularisation des offres irrégulières. Cette proposition repose sur la justification suivante : « *bien souvent, l'appréciation de la régularité des offres est sujette à interprétation. Un pouvoir adjudicateur pourrait donc dans certains cas être tenté de déclarer irrégulières toutes les offres, sauf celle qu'il souhaite retenir* » (rapport précité, pp. 119-120).
155. Le projet de décret relatif aux marchés publics ne reprend pas cette proposition et laisse aux acheteurs publics la plus grande latitude pour déterminer s'ils invitent les soumissionnaires à régulariser leurs offres.
156. Dès lors, la question se pose de savoir s'il convient d'imposer aux acheteurs publics de demander aux entreprises de régulariser leurs offres dans l'hypothèse particulière où une seule offre est régulière.
157. Les services d'instruction ont interrogé des acheteurs publics et des entreprises à cet égard.
158. S'agissant des acheteurs publics, l'AAP estime qu'« *il appartient à la collectivité de prendre les décisions qui s'imposent après analyse des offres. Cette proposition [de la mission du Sénat] (non reprise dans le projet de décret) repose sur un a priori : juger une offre non conforme n'est pas une décision discrétionnaire, et doit pouvoir se motiver. 30 ou 40 % des candidats non retenus nous interrogent sur les motifs, et c'est légitime et "sain" : ça oblige à une forme de transparence et interdit de faire n'importe quoi dans l'analyse. Si tel était le cas, nous verrions fleurir les jugements motivés par l'erreur manifeste d'appréciation* » (cotes 692-693).
159. Quant à l'utilité d'instaurer une obligation pour l'acheteur public de demander la régularisation des offres irrégulières en vue de détecter d'éventuelles offres de couverture, l'AAP n'est pas convaincue et considère que « *si des entreprises s'entendent elles feront, de toute façon, en sorte que l'entreprise qui doit gagner remporte le marché* » (cote 692).
160. De même l'APASP est favorable à la liberté de l'acheteur public en ce domaine : « *L'acheteur public doit rester maître de sa procédure* » (cote 1388).
161. Seul le RESAH semble favorable à la proposition de la mission du Sénat : « *C'est une bonne chose permettant d'éviter un choix par défaut ou une déclaration sans suite pour motif d'intérêt général* » (cote 1738).
162. S'agissant des entreprises, le MEDEF considère qu'« *il est impossible de mesurer l'impact d'une telle obligation* » (cote 652).
163. Les trois fédérations du secteur du bâtiment entendues par les services d'instruction se sont montrées défavorables à la proposition d'instaurer une obligation pour l'acheteur public de demander la régularisation des offres irrégulières.
164. Ainsi, la FFB considère que : « *Si une offre est incomplète, c'est de la responsabilité de l'entreprise et on peut comprendre qu'un acheteur public ne souhaite pas nécessairement inviter cette dernière à régulariser son offre* » (cote 623).

165. Dans le même sens, le CINOV a déclaré : « *Nous ne sommes pas favorables à cette proposition car les entreprises qui auront remis une offre régulière seront défavorisées par rapport aux entreprises qui seront rattrapées lors de la régularisation. Si cette obligation était généralisée, elle détruirait le principe même de l'élimination de l'offre irrégulière. Par ailleurs, il faut laisser une certaine marge de manœuvre à l'acheteur public* » (cote 1682).
166. L'UNTEC a, quant à elle, indiqué aux services d'instruction : « *De manière générale, nous pensons qu'il faut privilégier les entreprises qui font l'effort de respecter les exigences formulées par les acheteurs publics. Nous sommes donc défavorables à une obligation systématique d'inviter à régulariser les offres irrégulières. En outre, une telle obligation risquerait de faire glisser la date limite de dépôt des offres vers la date de régularisation. Nous ne sommes pas favorables à une obligation systématique d'inviter à régulariser les offres irrégulières lorsqu'une seule offre demeure régulière.*
- Il arrive effectivement qu'en fin de procédure, il ne reste qu'une seule offre mais cela n'est pas nécessairement un problème* » (cote 1586).
167. Au vu de ce qui précède, l'Autorité considère, dans le contexte général d'une réforme qui vise à accorder une plus grande latitude de négociation pour l'acheteur public, qu'instaurer sur ce point spécifique de la régularisation des offres « non conformes » une obligation pour l'acheteur public de demander automatiquement la régularisation des offres irrégulières ne semble pas justifié ni nécessaire pour favoriser la concurrence lors des procédures de passation des contrats publics, tant sur le plan de l'égalité entre candidats que sur le plan de la détection des offres de couverture.
168. **L'Autorité recommande que les acheteurs publics disposent d'une latitude pour mettre en œuvre la procédure de régularisation des offres irrégulières et ne soient jamais tenus de le faire, même lorsqu'une seule offre est régulière.**

Conclusion

169. L'Autorité de la concurrence, qui ne peut donner son avis que sur la question des offres « non conformes », objet de la saisine formée par la commune de Saint-Germain-en-Laye, émet le vœu d'être consultée à l'avenir lorsque les textes législatifs et réglementaires modifiant le droit de la commande publique seront en préparation.
170. L'Autorité émet également le vœu d'être consultée par les administrations françaises impliquées dans la négociation de textes européens relatifs à la commande publique.
171. Sur la demande d'avis, l'Autorité recommande :
172. En premier lieu, 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.
173. En tout état de cause, si l'assouplissement du dispositif actuel aboutissait à permettre la régularisation des offres irrégulières à condition de ne pas avoir pour effet de modifier les caractéristiques substantielles des offres, l'Autorité recommande de rappeler le caractère intangible de l'offre et de préciser qu'en aucun cas cette modification ne pourra entraîner une modification des spécifications du cahier des charges.
174. Elle recommande en outre de donner aux acheteurs publics, demandeurs d'éclairage à cet égard, des exemples concrets de ce qui relève des « *caractéristiques substantielles* » d'une offre et de ce qui n'en relève pas, par exemple, dans le guide pratique qui suivra la publication du décret relatif aux marchés publics.
175. L'Autorité recommande dans ce cadre, lors du traitement des offres « non conformes », que l'égalité entre tous les candidats soit assurée :
 - en garantissant que l'acheteur public invite chacune des entreprises concernées à régulariser leur offre et pas uniquement certaines d'entre elles ;
 - en limitant la durée de la phase au cours de laquelle des offres peuvent être régularisées, par exemple, en indiquant que cette phase ne peut excéder dix jours.
176. En deuxième lieu, l'Autorité recommande que, lorsque l'acheteur autorise les soumissionnaires concernés à régulariser leurs offres, il en informe les autres soumissionnaires dans un délai utile à l'exercice des voies de recours et notamment du référé précontractuel. Cependant, l'Autorité recommande que cette information ne révèle ni l'identité des entreprises concernées, ni la teneur de leurs offres mais uniquement la nature de la régularisation permise. Elle recommande également que cette information soit communiquée le plus tard possible dans la procédure.
177. En troisième lieu, l'Autorité recommande que les acheteurs publics disposent d'une latitude pour mettre en œuvre la procédure de régularisation des offres irrégulières et ne soient jamais tenus de le faire, même lorsqu'une seule offre est régulière.

Délibéré sur le rapport oral de Mme Laure Gauthier, rapporteure, et l'intervention de M. Joël Tozzi, rapporteur général, par Mme Claire Favre, vice-présidente, présidente de séance, Mmes Chantal Chomel et Séverine Larère et M. Noël Diricq, membres.

La secrétaire de séance,
Claire Villeval

La vice-présidente,
Claire Favre

© Autorité de la concurrence