

7<sup>ème</sup> et 2<sup>ème</sup> chambres réunies

Séance du 19 avril 2023

Lecture du 1<sup>er</sup> juin 2023

## CONCLUSIONS

### M. Nicolas Labrune, rapporteur public

Le pourvoi qui vient d’être appelé soulève une question d’une importance pratique certaine pour les pouvoirs adjudicateurs qui sont tenus, en application de l’article R. 2132-2 du code de la commande publique, d’utiliser une plateforme dématérialisée – appelée « profil d’acheteur » – pour le dépôt des candidatures et des offres relatives aux marchés publics d’un montant supérieur à 40 000 € HT et dont la procédure donne lieu à la publication d’un avis d’appel à la concurrence : une candidature ou une offre déposée par erreur dans le « tiroir numérique » d’une autre consultation (donc correspondant à un autre marché) doit-elle être écartée ou peut-elle au contraire être « repêchée », si vous nous autorisez cette expression ?

Tel est en effet l’objet du moyen unique de dénaturation et d’erreur de droit soulevé par le pourvoi de la communauté d’agglomération de la région de Château-Thierry. Celle-ci conteste l’ordonnance par laquelle le juge du référé précontractuel du tribunal administratif d’Amiens a annulé la procédure de passation n° 2022S13 concernant des travaux de mise en séparatif de réseaux unitaires sur l’agglomération castelle, à compter du stade de l’examen des candidatures et des offres. Le juge des référés a en effet estimé que la communauté d’agglomération a manqué à ses obligations de mise en concurrence en écartant la candidature et l’offre de la société RVM au seul motif que celles-ci ont été déposées dans le « tiroir numérique » correspondant à un autre marché (la procédure n° 2022S14 concernant un marché à bons de commande pour la réalisation des travaux de raccordement des eaux usées en domaine privé). Il est constant que la société RVM, qui voulait candidater aux deux marchés, s’est en effet trompée : elle a déposé dans le tiroir du marché 2022S14 son dossier pour le marché 2022S13, écrasant du même coup l’offre qu’elle comptait faire initialement pour le marché 2022S14. Le débat ne porte donc pas sur l’erreur elle-même mais sur le traitement qu’il faut en faire.

Votre jurisprudence sur le sort à réserver aux offres entachées d’erreur matérielle et sur les problèmes liés au fonctionnement des plateformes électroniques de dépôt des candidatures et offres pour les marchés publics témoigne de votre souci de ménager un équilibre entre le respect de l’interdiction de modifier substantiellement une offre, la souplesse nécessaire pour éviter un excès de formalisme inopportun, et le devoir de vigilance qui pèse d’abord et avant tout sur les candidats au marché.

Vous rappelez ainsi avec constance que le règlement de la consultation d’un marché est obligatoire dans toutes ses mentions (CE, 23 novembre 2005, *Société Axialogic*, n° 267494, T. p. 966) et que chaque candidat doit respecter ces mentions sous peine de voir son offre rejetée

*Ces conclusions ne sont pas libres de droits. Leur citation et leur exploitation commerciale éventuelles doivent respecter les règles fixées par le code de la propriété intellectuelle. Par ailleurs, toute rediffusion, commerciale ou non, est subordonnée à l’accord du rapporteur public qui en est l’auteur.*

comme irrégulière (voyez, pour l'obligation du pouvoir adjudicateur d'éliminer une offre incomplète, CE, 12 janvier 2011, *Département du Doubs*, n° 343324, T. p. 1009 et CE, 20 septembre 2019, *Collectivité territoriale de Corse*, n° 421075, T. p. 822). Vous avez toutefois admis, dans un premier temps, que des vices purement véniels n'emportent pas de conséquence, par exemple l'omission de signer le CCAV (CE, 8 mars 1996, *A...*, n° 133198, inédit), ou encore la fourniture d'une photocopie non certifiée conforme (CE, 6 novembre 1998, *APHM*, n° 194960, T. p. 1019). Puis, dans un deuxième temps, vous avez apporté deux tempéraments plus conséquents à l'interdiction pour l'administration d'attribuer un marché à un candidat qui ne respecterait pas une des prescriptions imposées par le règlement de la consultation. D'une part, l'entité adjudicatrice peut s'affranchir des exigences du règlement de la consultation quand la fourniture des éléments demandés ne présente pas d'utilité pour l'appréciation de l'offre (CE, 22 décembre 2008, *Ville de Marseille*, n° 314244, T. p. 808). D'autre part, la personne publique doit rectifier elle-même « *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, p. 443)<sup>1</sup>. Vous avez ainsi jugé que « *l'absence, dans l'enveloppe contenant l'offre d'une entreprise, d'une pièce exigée par le pouvoir adjudicateur à l'appui des offres, ne justifie pas à elle seule l'élimination de cette offre dès lors que la pièce a bien été produite mais a été incluse par erreur au sein de l'enveloppe relative à la candidature de l'entreprise* » (CE, 7 novembre 2008, *Société Hexagone 2000*, n° 292570, T. p. 807).

Vous ne vous départez pas pour autant d'une rigueur certaine : si le pouvoir adjudicateur a la faculté de demander à un candidat de compléter son offre, ce n'est qu'à la condition que ce complément ne conduise pas à en modifier la teneur. Ainsi, vous avez certes regardé comme possible une correction de l'offre du fait de l'omission d'un prix mais c'est parce que ce prix, seul oubli, pouvait se déduire du montant global proposé et des autres prix, autrement dit que la correction n'avait pas affecté le montant de l'offre (CE, 9 novembre 2007, *Société Isosec*, n° 288289, inédite). En revanche, vous n'avez pas accepté qu'une entreprise complète sa gamme de prix unitaires pour des prestations qu'elle avait omis de chiffrer (CE, 20 mai 2009, *Département du Var*, n° 318871, inédite), et n'avez pas non plus accepté une modification des caractéristiques techniques d'un projet (CE, 26 octobre 1994, *SIVOM des communes de Carry-le-Rouet et Sausset-les-Pins*, n° 110959, inédit ; CE, 8 mars 1996, *A...*, n° 133198, inédit). Ces décisions ont certes été rendues sous l'empire des anciennes dispositions du code des marchés publics qui interdisaient toute modification de l'offre, n'admettant que la possibilité de « *demander aux candidats de préciser ou de compléter la teneur de leur offre* ». Il faudrait donc peut être réexaminer ces précédents à la lumière de l'assouplissement, introduit à l'origine par le décret n° 2016-360 du 25 mars 2016, et qui figure désormais à l'article R. 2152-2 du code de la commande publique : « *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* ». Mais il n'est néanmoins pas certain que ce réexamen conduirait à un résultat différent, puisque si la régularisation des offres

---

<sup>1</sup> Pour une réaffirmation récente et synthétique de ces deux courants jurisprudentiels, mais appliquée au cas d'une délégation de service public, voir CE, 20 juillet 2022, *Commune du Lavandou*, n° 458427, à mentionner aux Tables

*Ces conclusions ne sont pas libres de droits. Leur citation et leur exploitation commerciale éventuelles doivent respecter les règles fixées par le code de la propriété intellectuelle. Par ailleurs, toute rediffusion, commerciale ou non, est subordonnée à l'accord du rapporteur public qui en est l'auteur.*

irrégulières est désormais expressément prévue par les textes, ce n'est qu'à condition qu'elle n'ait pas « *pour effet d'en modifier des caractéristiques substantielles* ».

En ce qui concerne plus spécifiquement l'utilisation d'une plateforme électronique pour le dépôt des offres, votre jurisprudence est, par construction, plus récente et moins abondante, mais elle témoigne également d'un souci d'équilibre. Ainsi, pour apprécier l'éventuelle tardiveté d'un dépôt lié à un dysfonctionnement de la plateforme imputable à l'acheteur public, vous exigez que le soumissionnaire établisse « *qu'il a accompli en temps utile les diligences normales attendues d'un candidat pour le téléchargement de son offre* » (CE, 23 septembre 2021, *RATP*, n° 449250, T. pp. 768-849). Dans le même sens, celui d'un devoir de vigilance qui pèse sur les candidats à un marché, vous avez jugé qu'un soumissionnaire ne pouvait utilement se prévaloir de ce qu'il n'aurait pas été informé de l'absence de signature électronique de l'acte d'engagement par un dispositif d'alerte spécifique (CE, 7 novembre 2014, *Ministre des finances et des comptes publics c/ Société BearingPoint France*, n° 383587, T. p. 738).

Où se situe, dans ce paysage jurisprudentiel que nous venons de rappeler, notre cas d'espèce, celui d'une offre déposée par erreur dans le mauvais « tiroir numérique » ?

Il vous faut, pour répondre à cette question, commencer par vous demander si une régularisation est possible. Le point n'est pas complètement évident. On pourrait soutenir que l'offre déposée dans le mauvais « tiroir numérique » constitue une offre inappropriée au sens de l'article L. 2152-4 du code de la commande publique : à l'évidence, si l'on considère le marché objet du tiroir, l'offre qui y a été déposée par erreur est « *sans rapport avec le marché parce qu'elle n'est manifestement pas en mesure, sans modification substantielle, de répondre au besoin et aux exigences de l'acheteur* ». Or, si les articles R. 2152-1 et R. 2152-2 du code de la commande publique prévoient une possible régularisation des offres irrégulières, tel n'est pas le cas en ce qui concerne les offres inappropriées. Ce qui est d'ailleurs logique : normalement, une offre inappropriée, puisqu'elle est sans rapport avec le marché, n'est pas susceptible de régularisation. Pour autant, nous ne pensons pas que le pouvoir réglementaire ait voulu interdire toute régularisation dans le cas dont vous êtes saisis aujourd'hui, cas qu'il n'avait, selon toute probabilité, pas envisagé. Et nous sommes donc d'avis qu'il n'est pas interdit de « réorienter » l'offre déposée par erreur au mauvais endroit. En effet, si cette offre est *de facto* inappropriée au marché du tiroir dans lequel elle a été déposée, il ne s'agit pas de la régulariser pour ce marché, mais seulement de la remettre dans le « bon tiroir », celui du marché qu'elle visait en réalité. Et, si l'on considère le marché du « bon tiroir », l'offre n'est bien évidemment pas inappropriée. Par ailleurs, nous ne croyons pas qu'il y ait lieu de faire une lecture *a contrario* des articles qui prévoient la possibilité de régulariser les offres irrégulières. L'absence dans les textes de toute référence à une possibilité de régularisation ne vous a pas empêché de dégager jurisprudentiellement la possibilité de corriger les erreurs matérielles, et il serait donc paradoxal, maintenant que le pouvoir réglementaire a consacré un assouplissement, que vous fassiez preuve de rigidité par une lecture littérale et maximaliste des dispositions qui codifient cet assouplissement.

Si vous nous suivez pour admettre qu'il est possible de « remettre dans le bon tiroir » l'offre initialement mal aiguillée, il vous faut ensuite vous demander si cette régularisation constitue

*Ces conclusions ne sont pas libres de droits. Leur citation et leur exploitation commerciale éventuelles doivent respecter les règles fixées par le code de la propriété intellectuelle. Par ailleurs, toute rediffusion, commerciale ou non, est subordonnée à l'accord du rapporteur public qui en est l'auteur.*

une obligation à la charge de l'acheteur public. En effet, c'est bien comme cela que vous avez considéré la rectification des erreurs matérielles dont nul ne pourrait se prévaloir de bonne foi : dans la décision *Département des Hauts de Seine* que nous avons déjà citée, vous ne vous êtes pas contenté d'ouvrir la possibilité pour le pouvoir adjudicateur de rectifier l'erreur, vous avez été jusqu'à juger qu'il ne pouvait écarter l'offre entachée de cette erreur matérielle, et que, dans l'hypothèse où il le ferait, il s'exposerait à la censure du juge du référé précontractuel.

Mais il nous semble que ce glissement de la possibilité de régulariser vers l'obligation de régulariser doit rester limité. Ce glissement peut certes se justifier dans les cas comme ceux de *Département des Hauts de Seine* : si une erreur est telle qu'elle devrait nécessairement être corrigée en aval, lors de l'exécution du contrat, il est logique de la corriger dès l'amont, avant même la passation de ce contrat. Il y aurait quelque chose d'incohérent à laisser subsister dans une offre un élément qu'on ne pourrait ensuite exécuter si cette offre était retenue *in fine*. Mais, lorsqu'il ne s'agit pas de modifier le contenu d'une offre pour le purger d'une aberration matérielle, lorsqu'est en cause plutôt la complétude de l'offre, ou bien son irrégularité pour des raisons de forme ou de processus, il nous semble qu'il n'y a pas de raison de faire porter sur la personne publique, plutôt que sur le candidat, la charge de la régularisation.

Nous croyons d'ailleurs que c'est pour cette raison que vous jugez constamment que le pouvoir adjudicateur n'est jamais tenu d'inviter un candidat à régulariser son offre (CE, 20 mai 2009, *Département du Var*, n° 318871, inédite), et ce même lorsque cette offre comporte des contradictions ou des ambiguïtés, et même lorsqu'elle n'est pas complète (CE, 26 septembre 2012, *Communauté d'agglomération Seine-Eure*, n° 359706, T. p. 858 sur un autre point). Faisant application des dispositions qui sont désormais à l'article R. 2152-2 du code de la commande publique, vous avez ainsi jugé que « *dans les procédures d'appel d'offres, l'acheteur peut autoriser tous les soumissionnaires dont l'offre est irrégulière à la régulariser, dès lors qu'elle n'est pas anormalement basse et que la régularisation n'a pas pour effet d'en modifier des caractéristiques substantielles* » mais qu'il « *ne s'agit toutefois que d'une faculté, non d'une obligation* » (CE, 21 mars 2018, *Département des Bouches du Rhône*, n° 415929, inédit).

C'est dans cette veine jurisprudentielle, plus que dans celle de votre décision *Département des Hauts de Seine*, dont il ne faut pas surestimer la portée, que vous pourrez, pensons-nous, trouver le mode d'emploi applicable à l'offre déposée par erreur dans le mauvais « tiroir numérique » : exception faite du cas où l'erreur serait imputable au pouvoir adjudicateur, nous pensons que celui-ci peut toujours inviter le soumissionnaire à régulariser le dépôt de son offre, mais qu'il n'est jamais tenu de le faire.

Nous vous proposons d'autant plus de retenir cette solution que juger l'inverse nous semblerait par trop inopportun. Une erreur de « tiroir numérique », en effet, ne constitue pas le prolongement électronique de l'erreur que vous avez rencontrée dans votre précédent *Société Hexagone 2000*. Dans cette dernière affaire, étaient en cause les deux enveloppes – celle de la candidature et celle de l'offre – d'un même soumissionnaire dans le cadre d'une seule procédure. Mais, lorsque le soumissionnaire se trompe de « tiroir » pour déposer son

*Ces conclusions ne sont pas libres de droits. Leur citation et leur exploitation commerciale éventuelles doivent respecter les règles fixées par le code de la propriété intellectuelle. Par ailleurs, toute rediffusion, commerciale ou non, est subordonnée à l'accord du rapporteur public qui en est l'auteur.*

offre, il dépose son dossier dans le cadre d'une autre procédure, complètement distincte de celle pour laquelle il souhaitait se porter candidat. Poser une obligation de la personne publique de réorienter l'offre déposée par erreur dans le mauvais tiroir reviendrait donc à imposer à tout acheteur qui procède à la passation simultanée de plusieurs marchés de vérifier, dans chaque procédure, si aucune erreur n'a été commise par les opérateurs économiques qui souhaitaient se porter candidats.

Au cas d'espèce, la commission d'appel d'offre de la communauté d'agglomération de Château-Thierry aurait sans doute pu réaliser l'erreur « de tiroir » puisqu'il se trouve qu'elle a examiné les offres pour le marché 2022S14, parmi lesquelles se trouvait par erreur l'offre de la société RVM pour le marché 2022S13, une semaine avant d'examiner les offres pour ce marché 2022S13. Mais c'est là l'effet d'un simple hasard de calendrier et la situation inverse, dans laquelle l'offre « égarée » n'aurait été découverte qu'après coup, est tout à fait possible. Sans compter que ce ne sont pas forcément les mêmes services administratifs qui traitent des différents marchés d'un même pouvoir adjudicateur. On le voit bien, obliger l'acheteur public à régulariser spontanément les erreurs de dépôt de dossier ferait peser sur lui une contrainte conséquente et difficile à respecter en pratique.

Vous pourriez néanmoins être tenté de réserver un traitement particulier au cas où l'erreur de tiroir aurait été signalée en temps utile par le soumissionnaire : n'y aurait-il pas, dans ce cas précis, une obligation de la personne publique de régulariser l'offre ? A la réflexion, toutefois, nous ne vous proposons pas de vous engager dans cette voie. Outre que votre jurisprudence n'a jamais fait de distinction, en matière de régularisation, selon que l'irrégularité a été ou pas signalée, il nous semble que poser cette distinction risquerait de susciter des débats contentieux, notamment sur le délai raisonnable dans lequel le signalement doit être fait et, ce faisant, d'être source d'insécurité pour les pouvoirs adjudicateurs. Surtout, une telle distinction, qui viendrait complexifier le droit applicable, ne nous semble guère nécessaire : si le soumissionnaire lui signale son erreur de tiroir, l'acheteur public, en pratique, procédera à la régularisation, à laquelle il a lui aussi intérêt, afin d'éviter d'écarter une candidature qui pourrait être intéressante, et ce sans qu'il soit besoin de faire peser sur lui une quelconque obligation.

Mieux vaut donc à notre sens en rester au schéma simple que nous avons esquissé : en présence d'une erreur de tiroir numérique, le pouvoir adjudicateur a toujours la faculté d'inviter à régulariser, mais il n'en a jamais l'obligation. Cette solution nous semble équilibrée : elle permettra en pratique de repêcher des candidatures et des offres qu'il serait dommage de condamner du seul fait d'une erreur d'inattention, sans pour autant faire peser sur les personnes publiques le poids d'une obligation difficile à satisfaire et sans risquer d'ouvrir la voie à de vaines contestations contentieuses.

Si vous nous suivez, vous annulerez donc l'ordonnance attaquée : la communauté d'agglomération n'avait aucune obligation de prendre en compte le dossier présenté dans le mauvais « tiroir numérique », et, en jugeant qu'elle avait manqué à ses obligations de mise en concurrence, le juge des référés a donc bien commis une erreur de droit. Censurer cette erreur de droit rend par ailleurs sans objet le moyen de dénaturation du pourvoi : puisqu'il n'y a jamais d'obligation de repêcher un dossier déposé dans le mauvais tiroir, il n'y a pas place

*Ces conclusions ne sont pas libres de droits. Leur citation et leur exploitation commerciale éventuelles doivent respecter les règles fixées par le code de la propriété intellectuelle. Par ailleurs, toute rediffusion, commerciale ou non, est subordonnée à l'accord du rapporteur public qui en est l'auteur.*

pour une discussion sur le point de savoir s'il y a lieu ou pas, dans les circonstances de l'espèce, de procéder à un tel repêchage.

Après cassation, vous pourrez régler l'affaire au titre de la procédure de référé engagé, ce qui ne vous retiendra pas longtemps. En effet, le seul moyen de fond de la société RVM est tiré de l'absence d'examen de son dossier par la communauté d'agglomération, dont la société soutient qu'elle constitue un manquement à ses obligations de mise en concurrence. Vous pourrez donc écarter ce moyen pour des raisons identiques à celles qui justifient la cassation, ce qui vous conduira à rejeter la demande de la société RVM.

PCMNC :

- à l'annulation de l'ordonnance attaquée ;
- au rejet de la demande présentée par la société RVM devant le juge des référés du tribunal administratif d'Amiens ;
- à ce que la société RVM verse une somme de 4 500 euros à la communauté d'agglomération de la région de Château-Thierry au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative et au rejet des conclusions présentées par cette société sur le même fondement.

*Ces conclusions ne sont pas libres de droits. Leur citation et leur exploitation commerciale éventuelles doivent respecter les règles fixées par le code de la propriété intellectuelle. Par ailleurs, toute rediffusion, commerciale ou non, est subordonnée à l'accord du rapporteur public qui en est l'auteur.*