

Délai de validité des offres : rappel des principes applicables

Si aucune disposition du Code de la commande publique ne régleme le délai de validité des offres, la plupart des dossiers de consultation afférents contiennent des mentions spécifiques en la matière. De telles exigences peuvent générer de véritables difficultés pratiques et conduisent à des divergences jurisprudentielles.

Si aucune disposition législative ou réglementaire n'impose aux acheteurs de fixer une date limite de validité des offres à remettre lors de réponse aux procédures de publicité et de mise en concurrence (marchés publics ou concessions), les dossiers de consultation afférents comprennent toutefois, dans la quasi-totalité des cas, des mentions spécifiques en la matière.

Or, de telles exigences, même si l'on peut *a priori* penser qu'elles sont aisées à mettre en œuvre et à respecter (notamment en prévoyant des délais de validité compatibles avec la mise en œuvre d'une procédure donnée), ne sont pas sans conséquence et peuvent fragiliser la procédure de publicité et de mise en concurrence et le contrat en résultant.

Certaines décisions récentes⁽¹⁾ mettent en exergue, en référé comme au fond, ces difficultés et les risques existants en la matière. Au travers du recensement et de l'évocation de celles-ci, l'occasion nous est donnée de revenir, de manière synthétique, sur ces différentes problématiques.

La libre fixation du délai de validité des offres par l'acheteur et les contraintes en résultant

Premièrement, postulat notamment rappelé par le rapporteur public Dacosta dans ses conclusions sous l'arrêt *Société Hélicocean*⁽²⁾, aucune disposition du Code de la

Auteur

Hervé Letellier

Avocat associé

SELARL Symchowicz-Weissberg et associés.

(1) TA Guadeloupe, 21 décembre 2023, Société ETPO, req. n° 2301443 ; TA Martinique 3 octobre 2023, Société Clean Garden, req. n° 2300553 ; TA Lille 13 octobre 2023, Soc. Manufor Fondations, req. n° 2107318.

(2) CE 10 avril 2015, Société Hélicocean, req. n° 386912.

commande publique ne réglemente le délai de validité des offres, ni dans son principe, ni dans son quantum. Les contraintes existantes en la matière sont donc la résultante d'un choix propre de l'acheteur, tant en ce qui concerne la fixation du délai de validité des offres lui-même, que la durée de celui-ci.

La logique inhérente à ces choix, qui se comprend aisément, vise, non seulement à s'assurer d'une lisibilité de la procédure de dévolution, mais surtout à protéger acheteur comme candidat en déterminant, en amont, des règles précises quant à la durée des engagements des uns et des autres. Le tout avec des conséquences connues de tous : d'un côté, l'obligation pour les opérateurs économiques de maintenir leurs propositions pendant le délai de validité fixé dans le dossier de consultation permettant à l'acheteur de disposer d'offres engageantes pendant une durée prédéterminée ; de l'autre, la perspective pour les candidats d'être possiblement libérés de leurs engagements lorsque l'acheteur n'a pas accompli les démarches nécessaires à l'expiration dudit délai. Le rapporteur public Casas résumait la problématique en ces termes en rappelant que le délai de validité des offres avait pour objet de « protéger les entreprises comme les pouvoirs adjudicateurs contre les conséquences que pourrait avoir une procédure de passation traînant en longueur : il s'agit de fixer un délai pendant lequel l'entreprise est liée par son offre. Pendant ce délai, l'acheteur public a la garantie d'une certaine stabilité ; au-delà, l'entreprise retrouve sa liberté et n'est plus engagée »⁽³⁾.

Concrètement, l'acheteur, dont on rappellera qu'il est naturellement tenu par les règles qu'il institue⁽⁴⁾, devra donc déterminer, au moment de la rédaction de son dossier de consultation, un délai de validité des offres (adapté au regard des prestations attendues et du contexte d'achat) qui ne sera donc ni trop court pour lui permettre de mener sereinement sa procédure et l'achever avant l'expiration dudit délai (laquelle pourrait à défaut, sauf à être « précipitée », dépendre du bon vouloir des opérateurs), ni trop long pour éviter une éventuelle limitation du nombre de candidats intéressés ou la remise de propositions plus ou moins artificielles (les opérateurs pouvant, surtout dans un contexte économique délicat, être réticent à formuler, sur le long terme, des propositions techniques et financières).

(3) Concl Casas sous CE 21 mars 2007, Commune de Lens, req. n° 279535.

(4) Cf. par ex. CE 10 octobre 1994, Ville de Toulouse, req. n° 108691, *Rec. CE T.* p. 836 ; CE 13 décembre 1996, Syndicat intercommunal pour la revalorisation des déchets du secteur Cannes-Grasse, req. n° 169706, *Rec. CE* p. 488, *RFDA* 1997, p. 192.

La violation du délai de validité des offres affecte la procédure et le contrat en résultant

Deuxièmement, l'expiration du délai de validité des offres n'est naturellement pas sans conséquence sur la régularité de la procédure menée et sur le contrat en résultant. Pour que ce dernier soit régulièrement formé encore faut-il qu'existe une rencontre de volontés, ce qui suppose non seulement que l'offre soit acceptée mais aussi, et surtout, que celle-ci soit encore valide : si l'offre n'existe plus, notamment parce qu'elle est devenue caduque en raison de l'expiration du délai de validité, la rencontre des volontés ne peut plus se faire et le contrat ne peut pas, par ricochet, être régulièrement formé.

Matériellement, l'expiration du délai de validité interdit donc, en principe, de retenir l'offre choisie, et de signer le contrat afférent, ce que peuvent être amenées à contrôler, et à censurer, les juridictions administratives en qualité de juges du référé précontractuel⁽⁵⁾, de juges du référé contractuel⁽⁶⁾ ou de juges du fond⁽⁷⁾.

Les acheteurs encourent donc un risque juridique avéré à choisir un délai de validité des offres inadapté à la conduite de la procédure de dévolution afférente et, subséquemment, à achever ladite procédure postérieurement à l'expiration du délai considéré.

Quelles sont les modalités de computation du délai de validité des offres ?

Troisièmement, si les conséquences possibles d'une expiration du délai de validité sont donc assez claires, et si le point de départ du délai l'est tout autant (à savoir la date limite de remise des offres fixée au règlement de consultation), reste à déterminer, pour que la procédure soit préservée, la nature des actes juridiques devant être concrètement accomplis à la date d'expiration.

Sur ce point, la jurisprudence, faisant preuve d'un certain pragmatisme, considère que la procédure sera en principe régulière, non si elle intégralement achevée à la date d'expiration du délai de validité des offres (avec notamment notification des décisions d'éviction et signature subséquente du contrat), mais si, à ce stade, la

(5) Cf. par ex. TA Rennes 22 décembre 2010, Sté Sarpic, req. n° 1004951 ; TA Martinique 8 juillet 2014, req. n° 1400430 ; TA Melun 16 mars 2021, SAS Grand Paris Remorquage, req. n° 2101991.

(6) TA Strasbourg 14 juin 2012, Soc. Vert Paysage Aménagement, req. n° 1201832.

(7) TA Lille 13 octobre 2023, Société Manufor Fondations, req. n° 2107318. Même si ce dernier, après avoir reconnu l'illégalité, retient, pour écarter la demande d'annulation, « que le vice en rapport direct avec l'intérêt lésé dont se prévaut la société requérante ».

décision de choix de futur titulaire a été prise (matérialisée, pour les procédures formalisées, par la décision de la commission d'appel d'offres ou, dans les marchés à procédure adaptée, par tout acte formel matérialisant le choix effectué). Ce qui compte est donc de procéder formellement au choix du prestataire dans le délai de validité, ce que l'acheteur doit pouvoir démontrer par des éléments objectifs et probants à défaut de quoi le vice peut être matérialisé^[8]. Est donc en principe sans influence la notification de la décision d'éviction ou la signature du contrat postérieurement à cette date^[9].

Cette position n'est toutefois pas sans nuance puisque, dans une très récente décision, frappée de pourvoi, le tribunal administratif de la Guadeloupe, a pu juger, à propos de circonstances pour le moins spécifiques où la notification du rejet était intervenue, non dans la continuité temporelle de la décision de choix, mais quinze mois après l'expiration du délai de validité des offres et treize mois après le choix opéré^[10], que l'acheteur avait vicié sa procédure (notamment au visa de l'article L. 2181-1 du Code de la commande imposant à l'acheteur d'informer les opérateurs « dès qu'il a fait son choix ») quand bien même la commission d'appel d'offres se serait matériellement prononcée dans le délai de validité des offres.

L'expiration du délai de validité génère-t-il forcément une lésion ?

Quatrièmement, si l'expiration dudit délai constitue donc un motif d'illégalité, la jurisprudence est en revanche bien plus nuancée quant à la question de savoir si une telle situation est forcément génératrice d'une lésion pour les opérateurs évincés.

Certaines décisions répondent par la négative, que ce soit en référé^[11] ou au fond^[12], tandis que d'autres estiment que le vice, d'une particulière gravité, lèse forcément

les opérateurs évincés^[13] et ce quel que soit d'ailleurs le classement du requérant^[14].

S'il est dès lors difficile d'identifier une ligne jurisprudentielle claire – et même si l'on pourrait considérer que, par principe, un tel vice pourrait générer une lésion (puisque, faute d'offre valable, l'acheteur ne pourrait plus contracter et serait alors tenu de relancer une procédure^[15]) – la lecture croisée de ces décisions laisse à penser que le juge administratif est plus enclin à exclure l'existence d'une lésion lorsque le dépassement du délai de validité des offres reste circonscrit^[16] que lorsque celui-ci est beaucoup plus long avec le risque, *de facto* accru, que le déroulement de la mise en concurrence puisse être impacté^[17].

Le délai de validité des offres peut-il être prolongé et à quelles conditions ?

Cinquièmement, puisque le délai de validité des offres n'est la résultante que d'un choix de l'acheteur, ce dernier, notamment en cas d'expiration à venir dudit délai, peut naturellement envisager de le prolonger, à certaines conditions toutefois.

Concrètement, l'acheteur est en effet tenu d'obtenir, préalablement à cette expiration, une prolongation du délai de validité des offres par l'ensemble des opérateurs^[18]. En cas de refus de l'un ou l'autre des candidats – qui, d'une certaine manière, décident donc des suites de la procédure en cours – l'acheteur est dans l'obligation d'y renoncer.

Deux nuances toutefois sont à évoquer.

[8] TA Lille 13 octobre 2023, Société Manufor Fondations, req. n° 2107318.

[9] CE 26 septembre 2007, OPAC du Calvados, req. n° 262607 ; TA Bastia 13 mai 2016, Société Corsica Networks, req. n° 1600596 ; TA Paris 22 avril 2015, Société LGM, req. n° 1505533 ; TA Toulouse 20 avril 2023, Société Lafarge, req. n° 2100756.

[10] Ce qui posait par ailleurs la question de la pertinence du besoin défini et du calendrier prévisionnel d'exécution des travaux annoncés dans le dossier de consultation de fait décalé de près de deux ans ; voire de la pertinence d'une analyse des offres réalisée de manière très anticipée par rapport à la date d'exécution effective.

[11] Cf. par ex. TA Melun 21 février 2016, Société SAMU, req. n° 1600911 ; TA Montreuil 2 juin 2015, Société ABCD Auto Bilan Contrôle Dépannage, req. n° 1405607 ; TA Strasbourg 14 juin 2012, Soc. Vert Paysage Aménagement, req. n° 1201832 ; TA Martinique 3 octobre 2023, Soc. Clean Garden, req. n° 2300553.

[12] TA Lille 13 octobre 2023, Soc. Manufor Fondations, req. n° 2107318.

[13] En ce sens TA Réunion 4 avril 2022, Soc. SECAB, req. n° 2200880 ; TA Rennes 22 décembre 2010, Sté Sarpic, req. n° 1004951.

[14] TA Melun 16 mars 2021, SAS Grand Paris Remorquage, req. n° 2101991.

[15] Cette absence de relance pouvant être possiblement considérée comme générateur d'une lésion potentielle (cf. par analogie avec la logique, certes quelque peu différente, retenue pour les offres irrégulières : CE 9 mai 2012, Commune de Saint-Benoit, req. n° ; CE 11 avril 2012, Syndicat Ody, req. n° 354652 ; CJUE 24 mars 2021, NAMA Symvouloi Michanikoi kai Meletites AE, aff. C-771/19 ; CE 27 mai 2020, Société Clean Building, req. n° 435982, concl. Pellissier).

[16] En particulier si la requérante ne rapporte pas la preuve que, pendant la période considérée, serait intervenu un changement dans les conditions de la concurrence ou dans les modalités d'exécution du contrat tel que la mise en concurrence en serait bouleversée.

[17] Notamment en raison d'éléments économiques extérieurs.

[18] CE 13 décembre 1996, Syndicat intercommunal pour la valorisation des déchets du secteur Cannes-Grasse et autres, req. n° 169706, *Rec. CE* p. 488 ; CE 10 avril 2015, Société TAT, req. n° 386912 ; CAA Marseille 15 juin 2009, Commune d'Antibes, req. n° 07MA00581.

D'abord, si la demande de prolongation, comme l'accord des opérateurs, doit en principe être formalisée^[19], ils peuvent néanmoins être plus implicites et découler de certains comportements constatés lors de la procédure de dévolution. Tel est le cas, par exemple, de la participation à une réunion de négociation^[20] ou de la réponse d'un candidat à une demande de précision formulée par l'acheteur à la suite d'une annulation juridictionnelle^[21]. Si la prolongation s'impose, elle peut donc être matérialisée et démontrée de manière plus ou moins formelle, étant précisé (notamment dans le cadre de négociation) que chaque remise d'offres fait, en principe, repartir un nouveau délai de validité.

D'autre part, la jurisprudence a entendu réserver un sort particulier à l'hypothèse, pour le moins spécifique, où l'acheteur s'est trouvé confronté à une expiration du délai de validité des offres en raison d'une action contentieuse introduite par un candidat évincé. Le Conseil d'État a en effet jugé que « si la personne publique doit, sous peine d'irrégularité de la procédure de passation, choisir l'attributaire d'un marché dans le délai de validité des offres, elle peut toujours solliciter de l'ensemble des candidats une prorogation ou un renouvellement de ce

délai ; que lorsque ce délai est arrivé ou arrive à expiration avant l'examen des offres en raison, comme c'est le cas en l'espèce, d'une procédure devant le juge du référé précontractuel, la personne publique peut poursuivre la procédure de passation du marché avec les candidats qui acceptent la prorogation ou le renouvellement du délai de validité de leur offre »^[22]. Cette solution pragmatique, d'ailleurs appliquée en cas de censure partielle par le juge du référé induisant de fait une reprise de l'analyse postérieurement à l'expiration du délai de validité^[23], se comprend aisément. Imposer l'accord de tous les opérateurs dans une telle hypothèse autoriserait en effet l'entreprise ayant saisi le juge des référés (qui a pu conduire à l'expiration du délai de validité) à opposer une décision de refus et donc à décider, de manière quelque peu artificielle, des suites à donner à la procédure qu'elle aurait par ailleurs contestée (autant dire, dans ce cas, que la nature de sa réponse ferait peu de doute).

On le voit, ce qui semble à l'origine relever d'une règle basique et formaliste du dossier de consultation, peut donc générer, si l'on n'y prête pas une attention suffisante, de véritables difficultés pratiques et conduire à des divergences jurisprudentielles qui, peut-être, seront prochainement tranchées et précisées par la Haute juridiction.

[19] CAA Marseille 25 mai 2007, Société Environnement Services, req. n° 04MA00916.

[20] Cf. par ex. CE 24 juin 2011, Commune de Bourgoin-Jallieu, req. n° 347889.

[21] TA Marseille 28 mars 2023, Soc. Uretex France, req. n° 2302282.

[22] CE 10 avril 2015, Société Hélicocéan, req. n° 386912.

[23] TA Martinique 3 octobre 2023, Société Clean Garden, req. n° 2300553.