

La régularisation de la candidature et de l'offre durant la procédure de passation d'un contrat de la commande publique

Grégory Kalflèche, Professeur à l'Université de Toulouse 1 Capitole

Derrière l'idée de la régularisation de la candidature et de l'offre, il y a celle de la stabilité ou de la loyauté des relations contractuelles. Il ne s'agit pourtant pas de sa forme habituelle, celle qui conduit à maintenir un contrat parce que ce maintien respecte le sens du contrat et la volonté des parties malgré les illégalités. Il s'agit bien d'une loyauté dans la passation des contrats, une loyauté qui s'inscrit dans le processus de conclusion du contrat, alors que celui-ci n'existe pas encore. Cependant, les possibilités de régularisation ne résultent pas seulement de l'effet de ce principe. Il faut aussi y voir un objectif plus pragmatique : celui de la lutte contre les marchés infructueux. En effet, à force d'exclure des entreprises pour des raisons procédurales qui ne protègent pas d'une candidature ou d'une offre contraire à l'intérêt de l'acheteur, on multiplie les hypothèses dans lesquelles il ne resterait plus de candidat recevable. Contre cela, les acheteurs peuvent, dans certaines hypothèses, régulariser la procédure avant qu'elle ne soit infructueuse. Il faut cependant remarquer la réticence des acheteurs à ces régularisations, tant accepter qu'une candidature ou une offre est illégale évite plus de reproches que ce que la régularisation en créerait. La peur d'être accusé d'avoir modifié les conditions de la concurrence, voire d'avoir favorisé un candidat est en effet un risque que beaucoup n'aiment pas prendre. Et puis, *nemo auditur!* pour le candidat ayant commis une erreur. Pourtant, l'acheteur attentif aux intérêts qu'il se doit de défendre ne manque pas de se dire qu'en même temps qu'il écarte une offre viciée est écartée, il écarte aussi peut-être l'offre économiquement la plus avantageuse ; et qu'ainsi il ne permet pas de passer le contrat le plus intéressant. Ainsi, la régularisation d'une procédure de passation, que cela soit au stade de la candidature ou de l'offre, peut aussi apparaître comme la meilleure décision pour un achat performant.

Ces questions sont renouvelées depuis une quinzaine d'années, notamment avec les évolutions du contentieux qui ont conduit à la diminution drastique des hypothèses dans lesquelles une petite erreur conduisait à une annulation, soit qu'une mauvaise case ait été cochée, soit qu'un document d'une enveloppe se soit retrouvé dans une autre. La révolution des achats a aussi conduit à développer les hypothèses de négociation encadrée par les principes, que cela soit en MAPA ou en « procédure avec négociation » qui permet de rectifier certains défauts de la procédure.

Le terme de « régularisation » n'est d'ailleurs pas toujours utilisé pour renvoyer à ce phénomène. On ne va par exemple jamais le retrouver lorsqu'il s'agit des candidatures, hypothèses dans lesquelles on fait référence au fait de « compléter sa candidature ». En revanche, on va le trouver dans les offres que le code qualifie de « régularisable ». Peu importe, il s'agit bien dans les deux cas de régularisation, au sens d'action conduisant à se conformer à des obligations procédurales. Ce droit est d'ailleurs assez technique, pour preuve le fait que l'essentiel de ses dispositions soit dans les articles réglementaires — et non législatifs — du code de la commande publique.

Les dispositions relatives aux régularisations de la candidature ou de l'offre sont assez distinctes, mais elles vont dans le même sens, ce qui pourrait conduire le commentateur à conclure qu'il existe aujourd'hui un vrai mouvement vers une généralisation des possibilités de

régularisation. On voit en effet se développer ces possibilités tant pour les marchés que pour les concessions, et tant pour la régularisation des candidatures que celle des offres. Il y a toutefois dans cette idée séduisante un leurre partiel. En réalité — et c'est l'idée qui sera défendue ici — les possibilités de régularisations sont assez réduites, et cela aussi bien dans ce qui est régularisable que dans les modalités et les conséquences des régularisations.

Les limites aux régularisations étant centrales dans la réflexion, c'est autour d'elles qu'elle peut être menée, d'une part en envisageant les limites relatives aux hypothèses dans lesquelles la régularisation est possible. Il faut alors reconnaître que ces hypothèses sont nombreuses et que les dérogations ne sont pas si importantes. Il faut d'autre part envisager les limites procédurales entravant les régularisations, et il faut alors constater que celles-ci sont nombreuses et réduisent assez largement les possibilités de régularisation.

I) Les limites relatives aux hypothèses dans lesquelles la régularisation est possible

La transposition des directives de 2014 a été l'occasion de développer les possibilités de régularisation. On pourrait se réjouir de cette évolution tant elle permet d'apporter de la souplesse à des procédures connues pour être lourdes, contraignantes et strictes. La volonté de s'adapter à la vie des entreprises et de permettre de maintenir une candidature ou une offre qui n'aurait pas été travaillée dans les détails apparaît pour beaucoup comme louable et pragmatique. Pourtant, à l'analyse, on constate que les possibilités réelles de régularisations sont assez réduites et que la réforme ne peut être considérée comme un droit général à régularisation. Ces limites aux hypothèses dans lesquelles la régularisation est possible se rencontrent tant dans le cadre des candidatures (A) que dans celui des offres (B).

A) La régularisation des candidatures

La candidature est la première étape de l'analyse des réponses lors de la mise en concurrence. Le code distingue ainsi la « phase de candidature » et la « phase d'offre » comme deux étapes normalement successives¹. Il faut noter que c'est bien en matière de candidatures que les possibilités de régularisations sont plus nombreuses. La raison principale à cela est qu'il est plus acceptable de compléter sa candidature — c'est-à-dire formellement donner des documents oubliés — à un moment où les entreprises ne sont pas directement comparées entre-elles ; plutôt que dans la phase d'offres où celles-ci sont chacune analysées au regard des autres pour les hiérarchiser. D'ailleurs, en pratique, la régularisation va être bien plus délicate pour les acheteurs lorsque la procédure est un concours ou un appel d'offres restreint dans lesquels le nombre maximum de candidats autorisés à déposer une offre est fixé. En effet, dans ces hypothèses, le maintien d'un candidat peut empêcher un autre de voir son offre analysée, ce qui rend la régularisation sensiblement plus compliquée à accorder.

Dans cette phase de candidature, et malgré l'unification de la matière avec le Code de la commande publique, il convient de faire la différence entre le droit applicable aux concessions et celui applicable aux marchés.

¹ L'article R. 2161-4 CPP prévoit cependant que « L'acheteur peut décider d'examiner les offres avant les candidatures. Lorsqu'il fait usage de cette faculté, il examine les candidatures de manière impartiale et transparente. Il veille notamment à ce que sa connaissance des offres n'influe en rien sur l'appréciation des motifs d'exclusion ou des critères de sélection. »

1) *Les marchés publics*

Dans le cadre des marchés publics, le droit applicable est uniquement réglementaire. On le retrouve à l'article R. 2144-2 CCP² qui pose le principe large d'une possibilité de régularisation des candidatures lorsqu'il manque des « pièces ou informations dont la présentation était réclamée ». Dans ces hypothèses, le pouvoir adjudicateur peut demander au candidat de compléter son dossier, mais il n'y est pas obligé. On comprend que l'objectif est alors en grande partie d'éviter que le marché ne soit infructueux, puisque l'acheteur sera incité à moins rectifier s'il a déjà de la concurrence³.

La procédure est en effet largement entre les mains de l'acheteur. C'est Celui-ci qui détermine d'abord les documents qu'il estime insuffisants — les pièces ou informations —, avec un pouvoir discrétionnaire qui effraie souvent les personnes responsables de la procédure. Notons qu'il ne s'agit que de *pièces*, ce qui signifie par exemple que les candidatures (et les offres) tardives ne peuvent pas être rectifiées. La fiche de la DAJ relative à l'examen des candidatures⁴ rappelle les éléments que l'acheteur est obligé de contrôler et dont deux peuvent faire l'objet de rectification. Il s'agit d'abord du respect des conditions de participation de l'article L. 2142-1 CCP qui comprennent l'aptitude à exercer l'activité professionnelle, la capacité économique et financière ou les capacités techniques et professionnelles nécessaires à l'exécution du marché. Il s'agit ensuite de vérifier que les candidats ne font pas l'objet d'un motif d'exclusion de la procédure des articles R. 2144-7 et R. 2344-4 CCP. Plus précisément, elle se réfère au manque d'attestation sur l'honneur pour les motifs d'exclusion ou une information réclamée pour les marchés autres que ceux de défense et sécurité, et le manque de signature de la candidature lorsque l'acheteur a exigé cette signature dans les documents de consultation. Temporellement, cette deuxième catégorie de documents est plutôt demandée à la fin de la procédure, même s'ils pourraient être demandés au début, et qu'ils doivent l'être avant l'envoi de l'invitation à présenter des offres prévues à l'article R. 2144-9 CCP⁵. Cela permet éventuellement des demandes de rectification, donc.

L'acheteur doit ensuite respecter un certain formalisme lors de la rectification. Celle-ci porte d'abord sur les délais puisque la demande à l'opérateur économique de compléter son dossier doit se faire « dans un délai approprié et identique pour tous ». Le caractère approprié a pu être proposé autour de 10 jours maximum à l'article 52 de l'ancien CMP, mais la marge d'appréciation laissée à l'acheteur peut naturellement dépendre de délais administratifs, ou de l'emplacement en outre-mer ou à l'étranger des candidats, de sorte que ces 10 jours ne sont aujourd'hui qu'indicatifs⁶. Pour ce qui est du délai identique pour tous, on peut y voir une traduction directe du principe d'égalité de traitement des candidats, qui oblige à traiter de la même manière les candidats à qui on demande un complément⁷.

Le code laisse donc une grande marge de manœuvre pour le délai, mais aussi sur la forme puisqu'il n'apporte aucune précision sur ce point. La numérisation des procédures permet ainsi aussi bien un courriel qu'un message renvoyant à des éléments à aller voir la plateforme du pouvoir adjudicateur.

² On retrouve cela à l'identique pour les marchés de défense ou de sécurité à l'article R. 2344-1

³ Sur ce point, voir le caractère non obligatoire des régularisations des candidatures, II A

⁴ Direction des affaires juridiques du ministère de l'économie et des finances, Rubrique Conseils aux acheteurs / fiches techniques, fiche « l'examen des candidatures », Mise à jour au 1^{er} avril 2019, spé. p. 14

⁵ Il en est de même pour les marchés de défense et sécurité « restreints » en application de l'article R. 2344-2 CCP

⁶ La jurisprudence plus récente a considéré comme approprié un délai de 5 jours suivi d'un autre délai de 48h, TA Lille, ord. réf., 3 août 2017, n° 1706279

⁷ Cf. II B

Il s'agit là d'une possibilité ancienne que l'on retrouvait auparavant à l'article 52 du code des marchés publics et dans les directives européennes de 1993 et 2004⁸, mais qui se trouve renouvelée par le fait que l'article actuel ajoute qu'il est aussi applicable lorsqu'il s'agit de rectifier une candidature envoyée sous format papier, malgré l'obligation de candidatures électroniques⁹. Cette précision est certainement transitoire et l'on comprend qu'elle est fondée sur la peur de voir trop de PME mal équipées ou formées à l'informatique être exclues des marchés. Même si cette crainte est exagérée, notamment depuis la crise sanitaire des dernières années qui a permis de rendre l'usage du numérique indispensable, la précision n'est pas inutile pour autant.

2) *Les concessions*

Pour ce qui concerne les concessions, la généralisation des régularisations résulte au contraire d'une disposition nouvelle qui n'existe que depuis le Code de la commande publique¹⁰. Il s'agit cependant là d'une évolution interne visant à rapprocher — mais pas à fusionner — le droit des concessions et celui des marchés. En effet, autant la régularisation existe dans la directive marchés publics¹¹, autant il n'y est pas fait allusion dans la directive concession¹². Cette absence de source européenne a donc créé une surtransposition nationale, mais sans toutefois que celle-ci soit complète. Ainsi, les conditions de la demande visant à « compléter leur dossier de candidature » sont-elles différentes selon que le contrat est un marché public ou une concession. On peut se poser la question de la cohérence de ce choix réglementaire. D'un côté la rationalisation de la commande publique justifierait une application du même droit pour les marchés et les concessions. Au fond, la directive ne s'applique théoriquement qu'au-dessus des seuils européens et on applique déjà aux marchés publics en dessous des seuils les règles de régularisation de candidature. Alors, pourquoi ne pas aller jusqu'à l'étendre aux concessions ? D'un autre côté, le débat sur les surtranspositions existe et l'on peut se demander si l'extension de régularisation ne complexifie pas un droit déjà compliqué. À titre personnel, l'auteur de ces lignes estime qu'une extension pure et simple aux concessions serait la bienvenue, pour la cohérence du système et l'unification — un souci très universitaire, il faut en convenir — mais aussi pour la simplicité du droit dans une approche bien plus pratique et soucieuse des acheteurs et autorités concédantes... qui sont souvent les mêmes personnes.

Sur le fond, et sous réserve de ce qui sera précisé plus avant dans l'analyse des limites procédurales entravant la régularisation¹³, celles-ci sont par principe relativement larges pour

⁸ Art. 28 dir. 93/37 du 14 juin 1993 portant coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, puis art. 51 dir. 2004/18 du 31 mars 2004 relative à la coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, de fournitures et de services, aujourd'hui art. 56§3 de la dir. 2014/24 du 26 février 2014.

⁹ Obligation qui résulte de l'article R. 2132-7 CCP. On doit ici ajouter que cette rectification « spéciale » n'est pas précisée dans les marchés de défense et de sécurité. Cette absence est difficile à justifier, mais à notre sens, cela signifie qu'une régularisation du caractère numérique ne peut avoir lieu pour les marchés de défense et sécurité : d'une part lorsqu'un texte précise une chose et qu'un autre ne le précise pas, c'est que l'auteur du décret a bien voulu faire une différence (pour une interprétation relative à la volonté de l'auteur de l'acte), d'autre part la forme – numérique ou physique – de l'acte n'est pas au sens strict une « pièces ou informations dont la présentation était réclamée », mais la forme de cette pièce. Cela exclue par principe les rectifications de « pure » forme.

¹⁰ Art. R. 3123-20 CCP

¹¹ Cf. ci-dessus note 8

¹² Directive 2014/23/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 sur l'attribution de contrats de concession

¹³ Cf. 2^e partie.

les candidatures. L'autorité concédante peut ainsi demander de compléter le dossier lorsque « manquent des pièces ou informations donc la production était obligatoire », ces dernières étant bien plus précises que pour les marchés puisque l'article R. 3123-19 renvoie à un certain nombre d'articles limitativement énumérés¹⁴.

On le voit, et même si l'on constatera des limites importantes à l'usage de la régularisation de candidatures, elle est par principe large et plutôt bienvenue. Il en va différemment de la régularisation des offres qui est pour sa part limitée dans son principe même.

B) La régularisation des offres

La régularisation des offres est une grande nouveauté du Code de la commande publique à la suite des directives européennes de 2014, le droit antérieur interdisant par principe ces régularisations, selon un principe dit de « l'intangibilité de l'offre »¹⁵. C'est peut-être ce qui explique que les textes soient bien moins ouverts que dans le cadre des régularisations des candidatures. Pour sa part, la Cour de justice reconnaît l'intangibilité de l'offre depuis 2012, tout en ouvrant la possibilité d'une législation nationale autorisant des régularisations encadrées¹⁶. La nouveauté doit donc être analysée dans toutes ses limites¹⁷. Contrairement à la régularisation des candidatures, le régime des régularisations des offres n'est pas fondé sur une différence entre marchés et concessions, mais sur une distinction selon le type de problème qui se pose à l'occasion de l'analyse de l'offre. Pour être plus précis, le droit applicable résulte à la fois d'un texte nouveau autorisant généralement la régularisation (R. 2152-2 CCP), et des dispositions interdisant certaines régularisations qui laissent, partant, des interstices dans lesquelles elle est en réalité possible. Ainsi, le champ d'application peut s'analyser en trois temps.

Dans un premier temps, il faut faire la distinction entre la rectification d'une simple erreur matérielle et la régularisation des offres. La rectification d'erreur matérielle a été considérée comme possible dans un arrêt du Conseil d'État de 2011 *Département des Hauts-de-Seine*¹⁸, dans lequel les services avaient rectifié une somme de 22 euros au lieu de 220 euros, après une demande de confirmation au fournisseur (il s'agissait de l'un des 905 prix d'un bordereau pour le reste correct). En l'espèce, la commission d'appel d'offres avait ensuite rejeté l'offre pour cette raison, ce que le juge a considéré comme illégal en considérant qu'il n'avait été que « procédé à la rectification d'une erreur purement matérielle » dont la nature était telle

¹⁴ R. 3123-1 à -8 et R. 3123-16 à -19 CCP.

¹⁵ CE 4 mars 2011, *Région Réunion*, n° 344197 pour le droit français, mais aussi CJUE 29 mars 2012, *SAG ELV Slovensko e.a.*, aff. C599/10 pour le droit de l'Union. Seule la procédure négociée permettait certaines formes de régularisations. Voir aussi S. François, « Appel d'offres : rigueur du besoin, intangibilité des offres », *Contrats et Marchés* publ. 2014, étude 7. On pourra lire, pour le droit aujourd'hui, J.-L. Heckenroth, « Régulariser ou non une offre dans le cadre d'un marché public », *Pratique professionnelle* n° 4, *Contrats et marchés* publ. n° 4, avril 202.

¹⁶ CJUE, 29 mars 2012, *SAG ELV Slovensko e. a.*, aff. C-599/10. Les points 35 à 44 de l'arrêt sont spécialement éclairant sur les possibilités éventuelles de régularisation et conditionnent le droit actuel.

¹⁷ On notera que des arrêts actuels pris sur le fondement du code ancien semblent plus souples sur l'intangibilité de l'offre en estimant que l'irrégularité n'entraîne pas le rejet de l'offre si ces vices « n'ont pas pour effet de conférer au contrat litigieux un contenu illicite ni de l'affecter d'un vice de consentement ou de tout autre vice d'une gravité telle que le juge devrait la relever d'office ». *Cf.* point 9 de CAA Marseille, 21 déc. 2020, *Société moderne d'assainissement et de nettoyage (SMA)*, n° 19MA04525, pris après cassation de CE 4 oct. 2019, *Société moderne d'assainissement et de nettoyage (SMA)*, n° 421022

¹⁸ CE 21 sept. 2011, *Département des Hauts-de-Seine*, n° 349149

que nul n'aurait pu s'en prévaloir de bonne foi par la suite. L'apport de l'arrêt réside donc aussi dans ce critère de la rectification : l'impossibilité de s'en prévaloir de bonne foi. Si dans cet arrêt le département avait demandé une précision au candidat, celle-ci ne semble pas obligatoire tant qu'il ne s'agit que d'une « erreur de plume »¹⁹, c'est-à-dire que l'erreur reste purement matérielle ce qui signifie qu'il faudrait être de mauvaise foi pour l'utiliser après. On peut noter que le pouvoir adjudicateur n'a pas d'obligation de rectifier ces erreurs de plume et que les arrêts ne sont relatifs qu'à la nature d'erreur « purement » matérielle et à sa preuve. Sur le plan théorique, on peut se poser la question de savoir si ces rectifications ne sont pas malgré tout une forme minimale de régularisation unilatérale de l'offre, créée de manière purement prétorienne. À notre sens, cette position est tout à fait soutenable. Cela permet d'ailleurs de considérer qu'il pourrait aussi y avoir ce type de rectification en matière de concessions et pas seulement de marchés publics. Elle permet ainsi de se poser la question de l'égalité de traitement dans la rectification d'une telle erreur, en se demandant quelle serait la décision d'un juge qui aurait rectifié une erreur matérielle dans une offre, mais qui aurait refusé de le faire dans une autre offre du même marché.

Dans un deuxième temps, le code liste un certain nombre d'hypothèses dans lesquelles les offres ne sont pas régularisables. Il est possible d'en dresser une liste au terme de l'analyse combinée des articles R. 2152-1 et -2 CCP²⁰. D'abord, cela va concerner les offres « inappropriées », c'est-à-dire celles qui sont sans rapport avec l'objet du marché et qui ne répondent donc pas au besoin du pouvoir adjudicateur. Ensuite, il s'agit des offres « inacceptables », c'est-à-dire celles qui sont en réalité trop chères, au-delà du budget alloué au marché, sauf lorsque la procédure comprend une négociation ou un dialogue qui permettent alors de revenir sur le prix fixé initialement. Puis, les offres assez gravement « irrégulières », c'est-à-dire celles dont la régularisation modifierait les caractéristiques essentielles de l'offre²¹, parce qu'il y aurait alors une atteinte à l'égalité de traitement qui empêche toute régularisation. Cette limite a été reconnue par le juge administratif, mais aussi par un avis de l'Autorité de la concurrence²² très intéressant. Enfin, ce sont les offres anormalement basses (en application de leurs règles spécifiques²³) qui ne sont pas « régularisables » au sens strict, mais dont la procédure peut démontrer qu'elles sont ou ne sont pas effectivement anormalement basses. On peut aussi considérer qu'une offre anormalement basse qui n'aura pas été justifiée par la procédure conduit l'offre à être irrégulière et non régularisable, c'est une question de point de vue.

¹⁹ CE 5 févr. 2018, *Cie autocars des Alpes-Maritimes*, n° 414508, JCP A, n° 50, 14 déc. 2014, oct. 982, L. Erstein qui précise « Considérant, [...] que la commission d'appel d'offres n'a pas méconnu ses obligations de mise en concurrence en procédant d'office à la rectification d'une erreur de plume dans le calcul du prix final proposé par la société attributaire ».

²⁰ La Fiche de la DAJ relative à l'examen des offres en date du 1^{er} avril 2019 procède elle aussi à cette analyse.

²¹ Art. R. 2152-2 al. 2 CCP « La régularisation des offres irrégulières ne peut avoir pour effet d'en modifier les caractéristiques essentielles »

²² Aut. Conc. Avis n° 16-A-05, 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.*

²³ Art L. 2152-5 et L. 2152-6 & R. 2152-3 à R. 2152-5 du CCP pour les marchés publics, mais aussi R. 2352-1 CCP pour les marchés de la défense et de la sécurité. Ce régime des offres anormalement basses n'existe pas dans le code pour les concessions, mais le Conseil d'État a accepté que si l'équilibre économique général du contrat était vicié par une sous-évaluation des prestations, c'est-à-dire par une offre qui créerait une impossibilité d'avoir un contrat à l'équilibre, l'offre pourrait être rejetée pour ce motif, malgré la circonstance que le contrat transmet bien le risque au cocontractant. L'arrêt ne rejetant pas l'offre sur ce motif, il faut sur ce point aller lire les conclusions du rapporteur public G. Pellissier sur CE 26 février 2020, *Cne de Saint-Julien-en-Genevois*, n° 436428

Dans un troisième temps, il est donc possible de déterminer quelles sont les offres régularisables. L'analyse montre qu'il s'agit de deux hypothèses. D'abord des offres qui ne sont que modérément irrégulières, c'est-à-dire celles qui manquent de certaines données, mais sans que cela modifie profondément l'offre. La procédure applicable est prévue à l'article R. 2152-2 CCP qui prévoit que l'acheteur peut autoriser la régularisation de leur offre par les opérateurs économiques dans un délai approprié (toujours sous la contrainte de n'être ni anormalement basses, ni d'impliquer une modification des caractéristiques essentielles de l'offre)²⁴. Ensuite, les offres inacceptables régularisables dans les procédures de négociation ou dialogue. Pour donner quelques exemples, on va retrouver des hypothèses de documents remplis à partir d'une première version mise en ligne par le pouvoir adjudicateur, et non de la toute dernière version²⁵, de bordereaux de prix qui ne sont remplis qu'à moitié²⁶. On voit que ces exemples dépassent les situations du droit antérieur dans lesquelles seuls des éléments précisant l'offre étaient autorisés, sans que ceux-ci puissent mener à la régularisation d'une offre irrégulière²⁷. La Cour de justice accepte que les autorités nationales instituent dans les textes des interdictions de soumissionner qui ne sont pas listées par les textes européens, mais ces exclusions doivent alors être justifiées par le respect des principes de la commande publique²⁸. On notera que la procédure maintenant écrite dans le code prévoyant une demande de régularisation officielle et dans un certain délai à l'opérateur économique, il n'est pas possible au pouvoir adjudicateur de rectifier unilatéralement l'offre d'une erreur qu'il ne considérerait pas comme « purement matérielle ». Cette nouveauté va certainement conduire à réduire les cas dans lesquels le juge va considérer qu'il s'agit « d'erreurs purement matérielles » en considérant que la sécurité juridique est renforcée par la demande à l'opérateur ayant écrit l'offre.

La régularisation est donc possible, mais elle n'est pas obligatoire. La question se pose donc de savoir ce qu'il advient lorsqu'elle n'est pas réalisée. Deux situations sont envisageables. Soit c'est le pouvoir adjudicateur qui ne demande pas à rectifier une offre irrégulière ou le candidat qui ne répond pas à des demandes de rectification alors qu'il pourrait le faire, auquel cas, a priori, l'offre sera déclarée irrégulière et rejetée. Soit il s'agit de documents qui ne sont pas indispensables, auquel cas l'absence de rectification ne conditionne pas la régularité de l'offre²⁹. Dans ce cas, l'analyse de l'offre continue classiquement, avec comme seule sanction une note qui peut être moindre sur les critères qui ne pourront être analysés pleinement du fait de l'absence ou de l'insuffisance d'un élément.

Bien que globalement ouvertes, ces hypothèses de régularisation sont cependant enserrées dans des limites procédurales qui viennent en limiter le recours.

²⁴ On notera que l'article L. 3124-2 CCP ne reprend pas cette possibilité pour les concessions en disposant seulement « *L'autorité concédante écarte les offres irrégulières ou inappropriées* » et que la troisième hypothèse ne s'applique qu'aux marchés publics.

²⁵ CE, 16 avr. 2018, *Société SNT Petroni*, n° 417235 (dans laquelle l'offre a été acceptée sans modification, ce que le juge accepte notamment au regard du fait que la demande de rectification était possible).

²⁶ TA Lille, ord. réf., 3 août 2017, n° 1706279

²⁷ Cf. pour une des dernières hypothèses fondées sur le droit antérieur CE 20 sept. 2019, *Collectivité territoriale de Corse*, n° 421075, Contrats et marchés publ. 2019, n°12, comm. 368 M. Ubaud-Bergeron.

²⁸ CJUE 8 février 2018, *Lloyd's of London*, aff. C-144/17, Contrats et marchés publ. 2018, comm. 80, M. Ubaud-Bergeron ; CJUE, 2 mai 2019, *Lavorgna Srl c/ Cne di Montelanico et a*, aff. C-309/18 ; Contrats-Marchés publ. 2019, comm. 222, comm. W. Zimmer : Europe 2019, comm. 277, comm. F. Péraldi-Leneuf, JCP A, 23 sept 2019, chr. J. Martin et G. Pellissier.

²⁹ TA Versailles 3 juin 2019, *Sté Europe Services Voiries (ESV)*, n° 1707629, Contrat et marchés publ. 2019, comm. 258, H. Hoepffner.

II) Les limites procédurales entre volontarisme et égalité de traitement

Les possibilités de régularisation existent donc de manière assez large désormais, aussi bien pour les candidatures que pour les offres. Pourtant, c'est bien dans le détail de la procédure que l'on peut constater que, derrière la volonté d'afficher un principe de régularisation, ces possibilités sont en réalité très limitées. Cet état du droit est sensible à travers deux principales limites : d'abord le caractère volontariste de la régularisation qui n'est qu'une possibilité et non une obligation pour les acheteurs et autorités concédantes (A), ensuite la place que prennent les obligations d'égalité de traitement des candidats dans les mécanismes (B).

A) Le caractère volontariste de la régularisation des offres comme des candidatures

Le principal enjeu procédural des régularisations concerne l'équilibre entre les risques d'atteinte à la concurrence et la volonté d'avoir un meilleur achat par une concurrence plus complète. Pour que les possibilités de régularisations ne soient pas une lourdeur de plus dans la procédure, la solution choisie par le législateur a été de faire de l'acheteur le maître de sa procédure. C'est ainsi qu'il n'a pas *l'obligation*, mais la *possibilité* de régulariser, comme il avait obtenu la liberté de choisir lui-même la procédure de passation à l'arrivée des « marchés à procédure adaptée » (MAPA). Cette liberté se trouve cependant limitée — comme c'est aussi le cas pour les MAPA — à la fois par du droit substantiel sous la forme des principes de la commande publique, et par du droit procédural sous la forme d'un contrôle pragmatique du juge.

De fait, il n'y a donc aucun droit à régularisation pour les entreprises, celui-ci n'est reconnu, et de façon limitée, que pour les pouvoirs adjudicateurs. La régularisation est un droit des acheteurs, non des opérateurs économiques. Cela signifie qu'il a pour objet la protection d'un meilleur achat, l'acheteur pouvant le mettre en œuvre quand il le souhaite : au départ pour améliorer la concurrence si le nombre de candidatures ou d'offres est faible, mais en réalité selon son bon vouloir, par exemple pour régulariser une candidature d'un ancien cocontractant qu'il a apprécié et avec lequel il se verrait bien avoir de nouveau un contrat. On le voit, le caractère volontariste pose un peu plus de questions qu'il n'y paraît. Il faut cependant distinguer les régularisations volontaires des candidatures et celles des offres.

Pour ce qui concerne les candidatures, les articles R. 2144-2³⁰ pour les marchés publics, R. 2344-1³¹ pour les marchés publics de défense et sécurité et R. 3123-20³² pour les

³⁰ « L'acheteur qui constate que des pièces ou informations dont la présentation était réclamée au titre de la candidature sont absentes ou incomplètes peut demander à tous les candidats concernés de compléter leur dossier de candidature dans un délai approprié et identique pour tous.

Les dispositions du premier alinéa s'appliquent dans le cas où l'acheteur constate qu'une candidature a été présentée en méconnaissance de l'article R. 2132-7. »

³¹ « L'acheteur qui constate que des pièces ou informations dont la présentation était réclamée au titre de la candidature sont absentes ou incomplètes peut demander à tous les candidats concernés de compléter leur dossier de candidature dans un délai approprié et identique pour tous. »

³² « Avant de procéder à l'examen des candidatures, l'autorité concédante qui constate que manquent des pièces ou informations dont la production était obligatoire conformément aux dispositions des articles R. 3123-1 à R. 3123-8 et aux articles R. 3123-16 à R. 3123-19 peut demander aux candidats concernés de

concessions utilisent tous le membre de phrase « peut demander » aux candidats de compléter le dossier. Cependant, cette référence ne crée pas une procédure unique : il y a des différences selon les types de contrats, différences que l'on a du mal à justifier et qui créent quelques difficultés.

Les différences concernent le droit applicable aux concessions et aux marchés. La première est relative à la motivation du rejet des candidatures. Dans le cadre des marchés publics, la motivation n'est pas obligatoire³³, mais en matière de concessions, l'article R. 3123-20 CCP impose qu'elle le soit. Cette obligation exerce une influence directe sur la régularisation puisque même si régulariser n'est obligatoire ni dans les marchés, ni dans les concessions, dès lors que la motivation du refus d'une candidature est obligatoire, il devient plus compliqué de justifier le refus d'une candidature que l'on aurait pu rectifier. Ainsi, cela conduit à ce qu'en concessions, les régularisations des candidatures soient favorisées.

La deuxième différence concerne le fait que le même article R. 3123-20 CCP applicable aux concessions impose qu'une demande de régularisation fasse l'objet d'une *information* des autres candidats. Cette information, que l'on peut rattacher au principe de transparence des procédures, n'est cependant pas textuellement exigée dans le cadre des marchés publics³⁴. Cette différence entre le droit applicable aux marchés et celui applicable aux concessions a cependant été largement réduit par une ordonnance du TA de Bastia³⁵ en 2019 qui a jugé qu'une l'absence d'information des autres candidats ne remettait pas en cause la légalité du contrat de concession.

Par ailleurs, les articles L. 2141-6 et L. 3123-6 CCP prévoient aussi que l'acheteur ou l'autorité concédante peut passer outre une cause d'exclusion prévue dans le code « à condition que cela soit justifié par des raisons impérieuses d'intérêt général »³⁶. Ces articles, dont on ne connaît pas d'utilisation en jurisprudence, permettent ainsi une sorte de régularisation sans avoir à demander de renseignements supplémentaires au candidat, et cela par la simple volonté du pouvoir adjudicateur. De plus, la jurisprudence européenne estime que les documents de la consultation peuvent aussi exclure a priori toute régularisation, ce qui peut être utile en cas de marchés urgents afin de pousser les candidats à porter une attention particulière au formalisme³⁷.

compléter leur dossier de candidature dans un délai approprié. Elle informe alors les autres candidats de la mise en œuvre de la présente disposition. »

³³ CE 24 novembre 2010, *Cne de Ramatuelle*, n° 335703

³⁴ L'absence de cette information dans les textes existait sous l'emprise du code des marchés publics de 2006 et avait été confirmée par CAA Nancy, 11 déc. 2014, *Cabinet MMA Kestler Collectivités assurances*, n° 13NC01839 rendue sous l'empire du texte de l'article 52 CMP et sur le principe d'égalité, mais il serait aujourd'hui intéressant de soulever le principe de transparence, ou le droit au recours effectifs qui justifieraient peut-être une information de nature à ouvrir un recours contre une demande de compléments illégale.

³⁵ TA Bastia, ord. 14 juin 2019, *Préfet de la Corse*, n° 1900631, Contrats et marchés publ. 2019, comm. 272 H. Hoepffner.

³⁶ C'est aussi le cas lorsque le contrat ne peut être confié qu'à un opérateur économique (ce qui est étonnant, puisqu'on peut alors se demander pourquoi il y a une mise en concurrence, d'autant que l'article R. 2122-3 CCP prévoit alors une procédure sans mise en concurrence !) ou qu'un jugement « n'exclut *expressément* l'opérateur concerné des marchés » (ce qui est une nuance impliquant le manque de clarté des solutions du jugement, solution encore une fois étonnante).

³⁷ CJUE, 10 oct. 2013, aff. C-336/12, *Ministeriet for Forskning, Innovation og Videregående Uddannelser c/ Manova A/S*, Contrats et Marchés publ., 2013, n° 12 p. 38, note W. Zimmer ; RTDE 2014 n° 2, p. 507, note A. L. Durviaux ; M. Aubert, E. Broussy, H. Cassagnabère, AJDA 2013 p. 2313

Pour ce qui concerne les offres, leur régularisation est aussi entièrement dépendante d'un volontarisme des pouvoirs adjudicateurs. C'est d'abord le cas lorsqu'il s'agit de l'entrée ou du contenu de la négociation qui permet de purger une grande partie des problèmes de candidature lors des procédures avec négociation ou de dialogue compétitif³⁸. Ensuite, lorsqu'il n'y a pas de négociation, la demande de régularisation doit être faite par le pouvoir adjudicateur dans un délai déterminé. Enfin, lorsque l'offre vient d'une entreprise en redressement judiciaire, la demande de continuation de la procédure doit émaner de la personne publique, même si c'est le juge-commissaire qui décide ou non de continuer la procédure³⁹.

Il y a donc bien une part importante de volontarisme dans la régularisation, et comme les acheteurs ou autorités concédantes n'y ont pas toujours intérêt, en réalité il n'y a pas autant de régularisation qu'on pourrait l'espérer.

B) les modalités de la régularisation : la part prépondérante de l'égalité de traitement

La liberté de régulariser l'offre se trouve de surcroît limitée par les contraintes tirées des principes de la commande publique, ces principes encadrant aujourd'hui concrètement les procédures dans l'ensemble de ce droit. Le principe qui trouve le plus de traductions textuelles en l'espèce est celui de l'égalité de traitement, dont on trouve des effets tant sur les candidatures que sur les offres.

En matière de régularisation des candidatures, le principe d'égalité conduit en effet à plusieurs règles procédurales. D'abord, les textes ont évolué concernant l'obligation de permettre à tous les candidats de régulariser leurs candidatures dès lors qu'un d'entre eux y était autorisé. L'article 52 du code des marchés publics⁴⁰ de 2006 imposait en ce sens que tous les candidats se voient proposer de régulariser leurs dossiers de candidature, la jurisprudence ayant confirmé cette interprétation⁴¹. Depuis le Code de la commande publique, le texte n'impose plus cette régularisation obligatoire de tous si un seul candidat se le voit proposer (art. R. 2144-2 et R. 3123-20 CCP). L'obligation d'information des autres candidats étant même limitée aux contrats de concessions, comme on vient de le voir.

Ensuite, le principe d'égalité implique, selon la Cour de justice, que les documents dont la régularisation est envisagée aient été requis dans les dossiers avant la clôture du délai de candidature, même si par ailleurs la demande de rectification doit être faite après le délai de remise de l'offre (il ne s'agit pas de contrôler la complétude des dossiers avant le délai de réception des dossiers, mais au contraire après). C'est ce qui ressort de son arrêt *Ministeriet for Forskning c/ Mannovát*⁴² de 2013. La jurisprudence européenne est ensuite venue mettre une limite qui revient sur le caractère général du principe d'une rectification *après* les délais de réception

³⁸ Art. R. 2152-1 et -2 CCP.

³⁹ Cf. sur ce point F. Macorig-Vénier et G. Kalfèche, « Loi ASAP, Entreprises en difficulté et commande publique », Bulletin Joly Entreprises en difficultés (BJE), mai 2021, n° 200b5, p. 51 ; G. Kalfèche, « Contrats administratif et droit des entreprises en difficulté », Bulletin Joly Entreprises en difficulté, janv. 2019 p. 63

⁴⁰ Art. 52 I) « Il peut demander aux candidats n'ayant pas justifié de la capacité juridique leur permettant de déposer leur candidature de régulariser leur dossier dans les mêmes conditions. Il en informe les autres candidats qui ont la possibilité de compléter leur candidature dans le même délai. »

⁴¹ CE, 4 mars 2011, *Région Réunion*, rec. p. 1008 ; BJCP 76/2011 p. 196 concl. N. Boulouis ; Contrats et Marchés publ. 2011, comm. 132, W. Zimmer.

⁴² CJUE, 10 oct. 2013, aff. C-336/12, *Ministeriet for Forskning, Innovation og Videregående Uddannelser c/ Manova A/S*, précité.

de la candidature en rendant impossibles certaines régularisations *avant*. Dans un arrêt *Sécuritétec*⁴³, elle a en effet estimé « qu'une clause prévoyant la possibilité d'obtenir après la signature du contrat une formation professionnelle présentée comme étant « minimale » dans le cahier des charges ne peut être jugée conforme à l'égalité de traitement, car elle peut conduire à l'attribution du marché à un soumissionnaire ne remplissant pas cette exigence alors que d'autres participants, qui disposent de cette formation au moment de l'attribution, ne sont pas retenus ». Le Conseil d'État lui-même a pu poser une limite à ces régularisations après le dépôt d'une candidature en considérant dans un arrêt *Commune de Chaumont*⁴⁴, qu'une entreprise ayant repris une partie des actifs d'un candidat évincé par manque de capacités financières et qui a été placé en liquidation judiciaire après un plan de cession ne pouvait « régulariser » une candidature à laquelle il n'avait pas directement participé. On le voit, le principe d'égalité de traitement qui semble permettre des régularisations après le dépôt des candidatures subit en réalité des limites du fait même de l'atteinte à l'égalité de traitement.

Le principe d'égalité se concrétise aussi dans le fait que le code impose un délai identique pour tous les candidats pour rectifier une candidature en matière de marchés publics (art. R. 2144-2 et R. 2344-1 CCP). Chose étonnante, l'article R. 3123-20 CCP relatif aux concessions ne reprend pas cette obligation et se contente d'un délai « approprié »⁴⁵. Il ne fait cependant pas beaucoup de doute que le délai doit aussi, en matière de concessions, être identique pour tous les opérateurs économiques à qui on propose de rectifier leurs candidatures. Le texte devrait être modifié sur ce point pour coller à celui des marchés.

Pour ce qui concerne la régularisation des offres, on va retrouver la place centrale du principe d'égalité dans les deux modalités de régularisation que l'on a déjà abordées. Lorsque la régularisation est réalisée lors d'une négociation ou d'un dialogue, l'égalité de traitement est nécessairement appréhendée, tout simplement parce que c'est elle qui guide, par principe, toute négociation. Ainsi, dans ce cadre, il ne fait pas de doute que les délais de rectification ou des possibilités de rectification d'erreurs équivalentes seront possibles. De même, lorsque la régularisation de l'offre est réalisée en application de l'article R. 2152-2 CCP, le principe d'égalité s'applique de manière assez évidente. La jurisprudence européenne est allée assez loin par un arrêt CJUE, 29 mars 2012, *SAG ELV Slovensko e. a.*, aff. C-599/10, en exigeant que la régularisation s'adresse à tous les candidats dans la même situation et que la demande porte sur tous les points de l'offre imprécis ou non conformes aux spécifications techniques du cahier des charges. Le point 41 de l'arrêt pose d'ailleurs le respect de l'égalité comme une règle générale de la régularisation des offres : « Dans l'exercice du pouvoir d'appréciation dont dispose ainsi le pouvoir adjudicateur, il incombe à ce dernier de traiter les différents candidats de manière égale et loyale, de telle sorte que la demande de clarification ne puisse pas apparaître à l'issue de la procédure de sélection des offres et au vu du résultat de celle-ci comme ayant indûment favorisé ou défavorisé le ou les candidats ayant fait l'objet de cette demande. »

⁴³ TUE 8 juillet 2020, *Sécuritétec*, n° T-661/18

⁴⁴ Cf. note 6

⁴⁵ Le délai était fixé à 10 jours dans l'ancien article 52 du CMP, et la jurisprudence plus récente a considéré comme approprié un délai de 5 jours suivi d'un autre délai de 48h, TA Lille, ord. réf., 3 août 2017, n° 1706279