

# La durée de validité des offres peut-elle être implicitement prolongée ?

**Passation ■ Procédure ■ Délai de validité des offres prévu au règlement ■ Possibilité de prolonger implicitement ce délai ■ Existence ■ Conditions.**

CE (7/2 SSR) 24 juin 2011, *Commune de Bourgoin-Jallieu*, req. n° 347889 – M. Polge, Rapp. – M. Boulouis, Rapp. public – SCP Lyon-Caen, Thiriez, SCP Fabiani, Luc-Thaler, Av.

## Résumé

Le pouvoir adjudicateur peut fixer un délai de validité des offres et le proroger ensuite avec l'accord de l'ensemble des candidats admis à présenter une offre. La prorogation de ce délai peut résulter implicitement de la poursuite des négociations avec les candidats. La régularité d'une telle prorogation dépend du respect de l'égalité entre ces candidats et du contexte, c'est-à-dire de la situation de la concurrence et des conditions prévisibles d'exécution du marché.

## CONCLUSIONS

**Nicolas BOULOUIS, rapporteur public**

Il est fréquent que les personnes publiques imposent aux candidats à l'attribution d'un contrat public de maintenir leur offre pendant un certain délai. Il ne s'agit pas d'une exigence du code des marchés publics (CMP) ou des textes régissant les autres contrats publics<sup>1</sup>, mais d'une sorte de règle du jeu. Chacun y trouve son avantage : la collectivité publique qui cristallise ainsi la procédure – les candidats engagent leur responsabilité s'ils ne tiennent pas leur promesse – et les opérateurs, candidats ou non d'ailleurs<sup>2</sup> – dont l'horizon économique est fixé à l'avance.

### L'exigence du maintien de l'offre

Aucun texte n'encadrant ce mécanisme, la jurisprudence est venue en préciser les contours. Vous avez ainsi jugé que rien n'interdisait à une personne publique de demander aux candidats de proroger la durée de validité de leur offre. Mais dès lors que plusieurs candidats sont en lice et que la prorogation s'analyse comme une modification du règle-

ment de consultation auquel tous ont adhéré, cette prorogation n'est possible qu'avec leur accord unanime<sup>3</sup>.

Cet accord doit-il être exprès en toute hypothèse ? Voilà la question que pose le pourvoi de la commune contre une ordonnance du juge du référé précontractuel du tribunal administratif de Grenoble rendue à propos de la procédure d'attribution de la délégation de service public de construction et d'exploitation d'un crématorium.

Deux candidats étaient en négociation avec la commune. Les discussions avec la société Pompes funèbres dauphinoises et la société des crématoriums de France entamées à la fin de l'année 2008 se sont poursuivies bien au-delà de la date limite de validité des offres. La délégation a finalement été attribuée à la société des crématoriums de France.

Le juge a considéré que ce dépassement de délai et l'absence de prorogation régulière étaient constitutifs d'un manquement aux règles de publicité et de mise en concurrence et que ce manquement était susceptible d'avoir lésé la société Pompes funèbres dauphinoises

en ce qu'il empêchait de garantir que tous les candidats avaient pu présenter leur offre dans des conditions loyales.

Comme la commune de Bourgoin-Jallieu, nous ne sommes pas de cet avis.

Pour qu'il y ait un manquement, il faut admettre que la prorogation doit être expresse et recueillir un accord de même nature de la part des candidats en lice. Il s'agit bien en effet de modifier le règlement de consultation ou ce qui en tient lieu.

Mais faut-il exclure par principe la manifestation non formalisée d'un accord de volonté de la part de la personne publique et des candidats en vue d'une telle modification si les circonstances établissent clairement un tel accord ? En matière contractuelle, vous admettez qu'il y ait un accord tacite, par exemple pour ne pas appliquer les règles du CCAG sur les recours préalables obligatoires<sup>4</sup>.

### Un accord implicite

Autrement dit, faut-il bannir l'implicite du stade précontractuel s'il ne méconnaît pas en lui-même le principe d'égalité ?

<sup>1</sup> Voir CE 24 octobre 2001, *Collectivité territoriale de Corse, Office des transports de la Corse*, req. n° 236293 : Rec., p. 485 ; CE 4 février 2009, *Communauté urbaine d'Arras*, req. n° 312411 : aux Tables sur un autre point.

<sup>2</sup> Voir *infra*.

<sup>3</sup> CE 13 décembre 1996, *Syndicat intercommunal pour la revalorisation des déchets du secteur Cannes-Grasse et autres* : Rec., p. 488, rendu à propos d'une délégation de service public ; CE 15 juin 2001, *Syndicat intercommunal d'assainissement de Saint-Martin-de-Ré* : Rec., p. 265.

<sup>4</sup> CE 16 décembre 2009, *Société DG entreprise*, req. n° 305567, après CE 23 mars 2007, *Société Paralou*, req. n° 2662472.

Nous ne le pensons pas.

Au demeurant lorsque la procédure, qu'il s'agisse d'une délégation de service public ou d'un marché, autorise une négociation des offres avec les candidats, le concept de durée de validité des offres lui-même perd de sa pertinence pour céder au moins partiellement la place à une application directe du principe d'égalité. Une fois le délai expiré, il s'agit de savoir non pas tant si les candidats sont d'accord pour maintenir leur offre, ce qui peut rester utile mais n'a plus beaucoup de sens si les négociations continuent, que s'ils sont d'accord justement pour continuer à négocier à partir de cette offre et dans des conditions respectueuses du principe d'égalité, c'est-à-dire avec la même règle du jeu pour tous. Et cette volonté peut se manifester implicitement. Dans une procédure de délégation de service public, la collectivité publique étant libre de négocier avec l'un quelconque des candidats admis à présenter une offre, si elle négocie avec plusieurs, elle ne pourra certes pas fixer des contraintes ou donner des facilités à une partie d'entre eux<sup>5</sup> sans méconnaître le principe d'égalité. Mais pour le reste, le formalisme, indispensable au stade de la mise en concurrence, ne

<sup>5</sup> Syndicat intercommunal d'assainissement de Saint-Martin-de-Ré, préc.

l'est pas pour une négociation avec plusieurs candidats identifiés.

### **Le respect de l'égalité entre les candidats**

En l'espèce, le juge s'est focalisé sur le délai de validité des offres en s'interdisant de voir dans les échanges entre la commune et les candidats postérieurement un accord de poursuite des négociations au-delà d'un délai qui n'avait plus grande signification. Et il n'a pas caractérisé d'autre atteinte au principe d'égalité, comme par exemple un délai de remises de nouvelles offres différent d'un candidat à l'autre.

Il n'y a donc, à nos yeux, aucun manquement et par suite pas plus de lésion réelle ou potentielle des intérêts de la société Pompes funèbres dauphinoises qui a, au demeurant, accepté cette libre négociation sans poser la moindre question, ni la moindre condition.

Vous annulerez l'ordonnance.

Comme juge des référés, vous constaterez que la commune a demandé aux deux candidates la remise d'une offre améliorée avant la date limite de durée de validité mais que les négociations se sont poursuivies avec la participation à plu-

sieurs réunions de négociations et la remise de plusieurs propositions sans que soient invoquées ni établies de discriminations entre les candidates sur l'organisation et le déroulement de la négociation. L'unique moyen de la demande sera donc écarté.

On peut s'étonner d'une aussi longue négociation – plus d'un an et demi – pour un contrat qui, somme toute, n'était pas d'une complexité et d'un enjeu qui laissaient présager une telle durée. Mais à supposer que cette longueur puisse porter préjudice à quiconque, d'une part ce vice ne pourrait être invoqué que par des candidats potentiels qui auraient pu se déclarer si la commune avait préféré le lancement d'une nouvelle procédure à la prolongation des négociations, d'autre part ni la durée du contrat, elle aussi relativement longue, ni la situation de la concurrence, dont on ne voit pas qu'elle aurait changé pendant la durée de la négociation, ne plaident pour la reconnaissance d'un vice en l'espèce.

Par ces motifs, nous concluons à l'annulation de l'ordonnance, au rejet de la demande et à ce que la somme de 4500 € sur le fondement de l'article L. 761-1 du code de justice administrative soit mise à la charge de la société Pompes funèbres dauphinoises. ■

## DÉCISION

Vu le pourvoi sommaire et le mémoire complémentaire, enregistrés les 28 mars et 12 avril 2011 au secrétariat du contentieux du Conseil d'État présentés pour la commune de Bourgoin-Jallieu, représentée par son maire; la commune demande au Conseil d'État:

1°) d'annuler l'ordonnance n° 1100806 du 11 mars 2011 par laquelle le juge des référés du tribunal administratif de Grenoble, statuant en application de l'article L. 551-1 du code de justice administrative, a annulé, sur la demande de la société Pompes funèbres dauphinoises, la procédure de mise en concurrence qu'elle a engagée en vue de la conclusion d'une convention de délégation de service public portant sur la construction et l'exploitation d'un crématorium pour une durée de vingt-cinq ans;

2°) statuant en référé, de rejeter la demande de la société Pompes funèbres dauphinoises;

3°) de mettre à la charge de la société Pompes funèbres dauphinoises la somme de 6000 € au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative; [...]

Considérant qu'aux termes du deuxième alinéa de l'article L. 1411-1 du code général des collectivités territoriales: « *Les délégations de service public des personnes morales de droit public relevant du présent code sont soumises par l'autorité délégante à une procédure de publicité permettant la présentation de plusieurs offres concurrentes, dans des conditions prévues par un décret en Conseil d'État [...].* »; que ni ces dispositions, ni celles qui ont été prises pour leur

application, n'imposent à l'autorité délégante de fixer une date limite de validité des offres; que dans le cas, toutefois, où le règlement de mise en concurrence édicté par l'autorité délégante prévoit une telle date limite, le délai ainsi fixé ne peut être prolongé qu'avec l'accord de l'ensemble des candidats admis à présenter une offre, sans que s'impose la fixation d'une nouvelle date limite, et sous réserve qu'un changement dans les conditions de la concurrence ou dans les conditions prévisibles d'exécution du contrat ne rende pas nécessaire, dans les circonstances propres à chaque procédure de mise en concurrence, eu égard notamment au rapport entre la durée de la procédure et la durée d'exécution du contrat, la fixation d'une nouvelle date limite ou l'organisation d'une nouvelle procédure de publicité; que

l'expression d'un tel accord peut résulter notamment, selon les circonstances de l'espèce, de la poursuite par les candidats des négociations avec l'autorité délégante ;

Considérant que, pour annuler la procédure engagée par la commune de Bourgoin-Jallieu pour la passation d'une convention de délégation de service public portant sur la construction et l'exploitation d'un crématorium pendant une durée de vingt-cinq ans, le juge des référés du tribunal administratif de Grenoble a estimé que la commune avait manqué à ses obligations de publicité et de mise en concurrence en poursuivant les négociations au-delà de l'expiration du délai de validité des offres fixé par le règlement de la consultation, sans avoir recueilli l'accord de l'ensemble des candidats sur une prolongation de ce délai ; qu'en écartant comme sans incidence la circonstance que la société requérante avait elle-même poursuivi les négociations avec l'autorité délégante après l'expiration de ce délai, le juge des référés a nécessairement estimé qu'un tel accord ne pouvait résulter de la poursuite des négociations ; qu'il résulte de ce qui a été dit ci-dessus qu'il a ainsi commis une erreur de droit ; que, par suite, et sans qu'il soit besoin d'examiner les autres moyens du pourvoi, la commune de Bourgoin-Jallieu est fondée à demander pour ce motif l'annulation de son ordonnance ;

Considérant qu'il y a lieu de régler l'affaire au titre de la procédure de référé engagée ;

Considérant, d'une part, qu'il résulte de l'instruction que le règlement de la consultation remis par la commune de Bourgoin-Jallieu à la société des Pompes funèbres dauphinoises et à l'autre candidat admis à présenter une offre fixait au 28 novembre 2008 la date limite de remise des offres et à un délai de dix mois à compter de leur dépôt

la durée de validité des offres présentées ; qu'après avoir décidé de poursuivre les négociations avec chacune de ces deux sociétés, l'autorité délégante leur a demandé de lui remettre au plus tard le 26 juin 2009 une offre améliorée sur les différents points qu'elle a précisés à chacun ; que les négociations se sont poursuivies avec chacun des deux candidats jusqu'en juin 2010 ; qu'il n'est pas contesté qu'au-delà de l'expiration du délai de validité de son offre, la société Pompes funèbres dauphinoises a notamment participé à des réunions de négociation tenues le 27 octobre 2009, le 3 décembre 2009, le 6 janvier 2010, le 1<sup>er</sup> mars 2010 et le 16 juin 2010, et remis une offre modifiée, en fonction des précisions et améliorations demandées par l'autorité délégante, à chacune des nouvelles échéances fixées par celle-ci, successivement, au 23 novembre 2009, au 21 décembre 2009, au 5 mars 2010 puis au 9 juin 2010 ; que, dans ces circonstances, la société Pompes funèbres dauphinoises doit être regardée comme ayant nécessairement consenti à la prolongation de la validité de son offre au-delà de la date initialement fixée ;

Considérant, d'autre part, qu'il résulte de l'instruction que la durée d'exécution du contrat devait être fixée à vingt-cinq ans ; que, si les négociations se sont poursuivies pendant une période de neuf mois au-delà de la durée initiale de validité des offres, et si la délégation a été attribuée seize mois au-delà de cette durée initiale, il n'est pas soutenu qu'un changement dans les conditions de la concurrence ou dans les conditions prévisibles d'exécution du contrat aurait imposé à l'autorité délégante, dans les circonstances de l'espèce, de fixer un nouveau délai de validité des offres, en accord avec les candidats ayant présenté une offre, après prolongation du délai initialement prévu ;

Considérant qu'il résulte de ce qui précède que la société Pompes funèbres dauphinoises n'est pas fondée à soutenir que la commune de Bourgoin-Jallieu aurait manqué à ses obligations de publicité et de mise en concurrence en poursuivant les négociations au-delà de l'expiration du délai de validité des offres prévu par le règlement de la consultation ; qu'il y a lieu, par suite, de rejeter sa demande ;

Considérant que les dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative font obstacle à ce que soit mise à la charge de la commune de Bourgoin-Jallieu, qui n'est pas, dans la présente instance, la partie perdante, la somme que demande la société Pompes funèbres dauphinoise au titre des frais exposés par elle et non compris dans les dépens ; qu'il y a lieu, en revanche, en application des mêmes dispositions, de mettre à la charge de cette société le versement d'une somme de 4 500 € à la commune au titre des frais exposés par celle-ci tant en première instance qu'en cassation ;

DÉCIDE :

**Article 1<sup>er</sup> :** L'ordonnance du juge des référés du tribunal administratif de Grenoble du 11 mars 2011 est annulée.

**Article 2 :** La demande présentée par la société Pompes funèbres dauphinoises devant le juge des référés du tribunal administratif de Grenoble et ses conclusions présentées au titre des dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative sont rejetées.

**Article 3 :** La société Pompes funèbres dauphinoises versera à la commune de Bourgoin-Jallieu une somme de 4 500 € au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative. [...] ■

## OBSERVATIONS

**Les dispositions régissant la procédure de passation des délégations de service public n'imposent pas à l'autorité délégante de fixer une date limite de validité des offres. Mais elle est libre d'en fixer une, imposant ainsi aux candidats de s'engager sur le contenu d'une offre pendant un temps déterminé. Dans le cas où le règlement de la consultation édicté par l'autorité délégante prévoit une telle date limite, le Conseil d'État vient fort logiquement de juger que le délai ainsi fixé ne peut être prolongé qu'avec l'accord de l'ensemble de tous les candidats admis à présenter une offre. Plus précisément, censurant sur ce point le raisonnement du juge des référés, le Conseil a estimé que cette prolongation pouvait résulter, selon les circonstances, d'un accord implicite de l'ensemble des**

**candidats. En l'espèce, cet accord implicite résultait de l'accord des candidats, dont les offres avaient toutes été retenues, à poursuivre les négociations avec le pouvoir adjudicateur au-delà de la date limite de validité de leur offre. Il en résultait un accord implicite à la prorogation du délai de validité des offres.**

**Bien évidemment, la régularité d'une telle prolongation nécessite le respect de l'égalité entre ces candidats. Et bien évidemment, il ne serait pas possible de prolonger indéfiniment ce délai de validité : la situation de la concurrence ou les conditions prévisibles d'exécution du marché pourraient y faire obstacle. ■**

R.S.