

La prolongation du délai de validité des offres

1. Définition de la notion

Le délai de validité des offres n'est pas encadré par les textes. Il s'agit d'une durée qui est fixée par le pouvoir adjudicateur et qui est laissée à sa libre appréciation. Durant ce délai, les candidats sont tenus de maintenir leur offre. Une offre, dont le délai de validité a été dépassé, doit être regardée comme déliant un candidat de son engagement.

L'acheteur public peut, cependant, avant l'expiration du délai de validité des offres, demander à tous les soumissionnaires de prolonger la durée de validité de leur offre. La demande doit être expresse et réalisée auprès de tous les opérateurs¹.

En principe, l'acheteur ne peut le faire qu'à la condition de recueillir l'accord de tous les soumissionnaires à défaut de quoi la procédure peut être jugée irrégulière². La jurisprudence européenne a aussi pu considérer que si un candidat refuse la prorogation du délai de validité des offres demandée par l'acheteur public, il ne peut être exclu, sauf à ce que les documents de la consultation l'aient prévu expressément, en raison du principe d'égalité de traitement et l'obligation de transparence³.

Cependant, une décision du Conseil d'Etat paraît assouplir ce principe dans le cas où un référé précontractuel est introduit : le juge admet alors que lorsque le délai est arrivé ou arrive à expiration avant l'examen des offres la personne publique, après avoir averti l'ensemble des soumissionnaires, 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 (CE, 10 avril 2015, n° 386912, mentionné aux Tables du Recueil Lebon).

2. Sur les nouvelles dispositions issues de l'ordonnance n° 2020-319 du 25 mars 2020 portant diverses mesures d'adaptation des règles de passation, de procédure ou d'exécution des contrats soumis au code de la commande publique et des contrats publics qui n'en relèvent pas pendant la crise sanitaire née de l'épidémie de Covid-19

Selon l'article 3 de l'ordonnance, « *Lorsque les modalités de la mise en concurrence prévues en application du code de la commande publique dans les documents de la consultation des entreprises ne peuvent être respectées par l'autorité contractante, celle-ci peut les aménager en cours de procédure dans le respect du principe d'égalité de traitement des candidats* ».

Dans le cas où l'autorité contractante est confrontée à l'impossibilité d'examiner les offres remises ou bien à prolonger des négociations retardant l'attribution des contrats, elle peut définir une nouvelle durée de prorogation du délai de validité des offres susceptible d'expirer pendant la période de confinement ou peu de temps après.

¹ CAA Marseille, le 25 mai 2007 n° 04MA00916, et 15 juin 2009, n° 07MA00581 « *Considérant que le délai de validité des offres, au-delà duquel les candidats sont déliés de leurs propositions, ne peut être prorogé sans porter atteinte à l'égalité de traitement entre les candidats et aux règles de procédure que la personne publique s'est elle-même fixées, que si l'ensemble des candidats a donné son accord sur cette prorogation ; que cet accord ne saurait résulter de façon implicite de la seule absence de retrait de leurs offres par les candidats, mais nécessite que la personne publique ait formulé une demande expresse en ce sens auprès de l'ensemble des soumissionnaires ;* »

² CE, 13 décembre 1996, n°168706, publié au recueil

³ CJUE, ordonnance du 13 juillet 2017, n° C-35/17, point n°27

Si elle propose un nouveau délai de validité des offres, le délai doit d'une part, être **suffisant**, et d'autre part, **ne pas être excessif**.

Il doit être **expressément proposé** aux soumissionnaires afin de recueillir leur assentiment. Le délai de prorogation doit en effet être accepté par les entreprises qui ont déposé une offre. Ainsi, selon la FAQ de la DAJ de Bercy dans sa version à jour du 7 avril 2020, « *même en cas de circonstances exceptionnelles, l'acheteur ne peut pas décider unilatéralement de prolonger la durée de validité des offres quel que soit le motif de la prolongation souhaitée. Il doit nécessairement obtenir l'accord des entreprises qui ont déposé une offre, sur cette prorogation et sur sa durée* ».

En revanche, **l'absence d'accord unanime des soumissionnaires ne fait pas obstacle à la poursuite de la procédure**. La FAQ de la DAJ de Bercy, précise ainsi que « *Si, après avoir pris toutes les mesures nécessaires pour contacter chaque soumissionnaire, certains n'acceptent pas de maintenir leur offres, l'autorité contractante peut poursuivre la procédure avec les seuls soumissionnaires qui ont accepté la prorogation du délai de validité de leur offre* ». D'après le cabinet Fidal⁴, « *Exiger l'unanimité des candidats pour prolonger le délai de validité des offres reviendrait à permettre d'empêcher la personne publique de s'adapter aux circonstances* ».

Il est recommandé à l'acheteur de justifier la demande de prorogation adressée aux entreprises par l'impossibilité de respecter les modalités de la concurrence et la continuité de la procédure de passation dans les délais prévus initialement.

En outre, il doit être en mesure d'établir avoir adressé cette demande à l'ensemble des entreprises au moyen de courriers avec accusé de réception.

Enfin, si cet accord peut être implicite⁵, il est préconisé d'en obtenir un sous forme expresse.

⁴ <https://www.achatpublic.info/actualites/info-du-jour/2020/04/08/dispositif-durgence-commande-publique-les-reponses-aux-10>

⁵ La FAQ de Bercy rappelle que « *La remise d'un nouvel acte d'engagement en procédure négociée vaut accord implicite des candidats quant à la prorogation du délai de validité des offres* ». Un arrêt rendu en matière de concession précise 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 (CE, 24 juin 2011, n° 347889 Mentionné aux tables).