

L'OFFRE ANORMALEMENT BASSE

L'article L410-2 du code de commerce dispose que « *sauf dans les cas où la loi en dispose autrement, les prix des biens, produits et services relevant antérieurement au 1er janvier 1987 de l'ordonnance n° 45-1483 du 30 juin 1945 sont librement déterminés par le jeu de la concurrence* ».

Pour protéger l'acheteur public d'offres financièrement séduisantes mais dont la robustesse pourrait ne pas être assurée, le code des marchés publics dispose : « *Si une offre paraît anormalement basse, le pouvoir adjudicateur peut la rejeter par décision motivée après avoir demandé par écrit les précisions qu'il juge utiles et vérifié les justifications fournies* » (article 55 du CMP et article 142 du CMP en vertu duquel les dispositions de l'article 55 s'appliquent aux entités adjudicatrices)¹.

Cependant, ni le code, ni les directives ne donnent de définition de l'offre anormalement basse. Les pouvoirs adjudicateurs doivent donc apprécier la réalité économique des offres, afin de différencier l'offre anormalement basse d'une offre concurrentielle. Le rejet d'une offre anormalement basse n'est possible que si une procédure contradictoire avec le candidat concerné a été déclenchée au préalable.

L'article 55 du CMP prévoit une procédure de traitement des offres suspectées d'être anormalement basses par le pouvoir adjudicateur. Ce dispositif permet de ne pas sanctionner l'offre basse mais l'offre anormale qui nuit à la compétition loyale entre les candidats et qui, si elle était retenue, risquerait de mettre en péril la bonne exécution du marché.

Au regard du droit de la concurrence, la notion de prix abusivement bas visée par l'article L420-5 du code de commerce ne s'applique pas aux offres remises dans le cadre d'une procédure d'attribution de marchés publics. L'Autorité de la concurrence a en effet considéré que le pouvoir adjudicateur ne peut être assimilé à un consommateur au sens où l'entend le code de commerce, c'est-à-dire à une personne physique ou morale qui, sans expérience particulière dans le domaine où elle contracte, agit pour la satisfaction de ses besoins personnels².

1. Comment identifier une offre anormalement basse ?

Une offre peut être qualifiée d'anormalement basse, si son prix ne correspond pas à une réalité économique³.

Le pouvoir adjudicateur peut apprécier la dimension économique des offres à partir de plusieurs référentiels. Ces indices ne suffisent pas, pour autant, à qualifier l'offre d'anormalement basse.

1.1. Par la prise en compte du prix de l'offre

La sous-évaluation financière des prestations constitue le premier indice évident de l'offre anormalement basse. Le caractère bas du prix doit cependant être apprécié au vu de toutes les composantes de l'offre : les prix dépendront du temps passé ou des quantités qui auront été estimés par le candidat au vu des exigences du cahier des charges. Ainsi, par exemple, un prix peut être jugé bas, mais s'avère cohérent compte tenu du temps de travail envisagé ou de la composition des équipes de travail dédiées. Un prix faible ne peut être considéré, à lui seul, comme une preuve de l'insuffisance technique ou financière de l'offre présentée par une entreprise⁴.

Le pouvoir adjudicateur doit donc raisonner au cas par cas, en prenant en compte les exigences du cahier des charges et les caractéristiques des offres remises.

¹ Article 55 de la directive n°2004/18/CE du 31 mars 2004 et article 57 de la directive n°2004/17/CE du 31 mars 2004

² Autorité de la concurrence : décision n°07-D-38 du 15 novembre 2007

³ Point 15.2 de la circulaire du 14 février 2012 relative au Guide de bonnes pratiques en matière de marchés publics

⁴ CE, 15 avril 1996, *Commune de Poindimie*, req. n° 133171

1.2. Par l'utilisation d'une formule mathématique

Le mécanisme d'exclusion automatique des offres anormalement basses sur la base d'un critère mathématique est illégal⁵. Le pouvoir adjudicateur ne peut rejeter une offre, sur le seul motif qu'elle serait inférieure à un seuil fixé en amont. Cette exclusion automatique prive, en effet, les candidats de la possibilité de présenter des éléments de justification du caractère anormalement bas de leur offre.

En revanche, le pouvoir adjudicateur peut utiliser une formule mathématique, afin de déterminer un seuil d'anomalie, en-deçà duquel les offres sont qualifiées d'anormalement basses, permettant la mise en œuvre du dispositif de l'article 55 du code⁶.

1.3. Par comparaison avec les autres offres

Constater un écart significatif entre le prix proposé par un candidat et celui de ses concurrents est un élément permettant de qualifier l'offre d'anormalement basse⁷. Cet écart peut être apprécié en fonction d'un seuil déterminé par la moyenne des offres reçues⁸, avec éventuellement neutralisation des offres les plus hautes. Cette moyenne correspondra ainsi à l'estimation raisonnable du coût des prestations en cause.

Le pouvoir adjudicateur doit, cependant, rester vigilant dans la comparaison des offres. L'Autorité de la Concurrence met ainsi en garde contre l'offre qui ne paraît anormalement basse que parce que son auteur est le seul à ne pas avoir participé à une entente destinée à majorer les prix⁹. La moyenne peut être également faussée par les offres de « courtoisie » remises par certains candidats qui n'ont pas l'intention de remporter le marché, mais qui souhaitent montrer leur intérêt ou se faire connaître du pouvoir adjudicateur.

1.4. Par comparaison avec l'estimation du pouvoir adjudicateur

La différence conséquente entre le prix de l'offre d'un candidat et l'estimation de l'administration peut être un élément d'identification d'une offre anormalement basse¹⁰. Parce qu'elle correspond aux disponibilités budgétaires du pouvoir adjudicateur, elle doit être prise en compte, sans pour autant constituer un référentiel unique justifiant l'élimination automatique de certaines offres.

1.5. Au vu des obligations qui s'imposent aux soumissionnaires

Le candidat doit prendre en compte les obligations qui s'imposent à lui, en matière sociale. Il doit les intégrer dans son offre et être en mesure de les respecter tout au long de l'exécution du marché.

Il appartient au pouvoir adjudicateur de s'assurer que l'offre présentée permet à son auteur de respecter ses obligations sociales issues du code du travail et des conventions collectives, notamment en matière de rémunération (respect du Salaire Minimum Interprofessionnel de Croissance par exemple). Le Conseil d'Etat a jugé que le droit, pour tout salarié, de percevoir une rémunération au moins égale au salaire minimum de croissance était un principe général du droit (CE, 23 avril 1982, *Ville de Toulouse*, n° 36851). Une attention particulière devra être portée par les pouvoirs adjudicateurs sur les marchés à forte main d'œuvre.

Le pouvoir adjudicateur doit toutefois apprécier, au cas par cas, dans quelle mesure les obligations sociales doivent être intégrées dans l'offre d'un candidat. Ainsi, le Conseil d'Etat a jugé que si le coût lié à la reprise des salariés de l'ancien attributaire doit être pris en compte par le candidat à un marché public lorsqu'il présente son offre, le montant de cette dernière ne doit pas nécessairement assurer la couverture intégrale de ce coût. Ne constitue donc pas une offre anormalement basse, l'offre d'un candidat qui n'intégrait pas la couverture intégrale du coût de la reprise des salariés, compte tenu des possibilités de redéploiement ou d'imputation partielle de ce coût (CE, 1er mars 2012, *département de la Corse du sud*, n° 354159).

⁵ CJCE, 22 juin 1989, *sté Fratelli Costanzo SPA c/ Commune de Milan*, aff. C-103/88

⁶ CJCE, 27 novembre 2001, *Impresa Lombardini SPA*, aff. C-285/99

⁷ CAA Marseille, 12 juin 2006, *SARL Stand Azur*, n°03MA02139

⁸ TA Lyon, ordonnance, 24 février 2010, *société ISOBASE*, n°1000573 : « offre d'un montant deux fois moins élevé que la moyenne des offres »

⁹ Avis n°96-A-08 du 2 juillet 1996 relatif aux propositions formulées dans un rapport portant sur la réforme du droit de la commande publique.

¹⁰ TA Grenoble, ordonnance, 31 juillet 2007, *Sté Cars Berthelet c/ Dpt de l'Isère*, n°0703381 et 0703382 : offres inférieures à l'estimation de l'administration de 40 et de 31 %.

L'analyse des offres remises au vu de ces éléments permet au pouvoir adjudicateur de relever certains indices qui ne suffisent pas pour qualifier l'offre anormalement basse, mais qui justifient le déclenchement du dispositif prévu à l'article 55 du code.

2. Comment traiter une offre suspectée d'être anormalement basse ?

Après avoir identifié les offres susceptibles d'être anormalement basses, le pouvoir adjudicateur a l'obligation de demander des explications à leurs auteurs et d'en apprécier la pertinence, afin de prendre une décision d'admission ou de rejet. Cette procédure contradictoire ne relève pas d'une simple faculté, mais constitue une obligation (cf. CJUE, 29 mars 2012, SAG ELV Slovensko, aff. C-599/10) qui peut, le cas échéant, être sanctionnée par le juge¹¹.

2.1. Le pouvoir adjudicateur doit demander des explications au candidat qui a déposé l'offre.

La procédure contradictoire de l'article 55 permet au pouvoir adjudicateur de s'assurer que les prix proposés sont économiquement viables et que le candidat a pris en compte l'ensemble des exigences formulées dans le dossier de consultation. Le candidat doit pouvoir faire valoir son point de vue et démontrer le sérieux de son offre.

Un courrier doit lui être adressé, l'informant que son offre est suspectée d'être anormalement basse et lui demandant de fournir toutes justifications qu'il jugera utiles. Le pouvoir adjudicateur doit formuler clairement sa demande aux candidats concernés afin de permettre à ceux-ci « *de justifier pleinement et utilement le caractère sérieux de leur offre.* » (cf. CJUE, aff. C-599/10 précitée).

2.2. Le pouvoir adjudicateur doit apprécier la pertinence des explications fournies par le candidat.

L'article 55 du code liste cinq justifications qui peuvent être prises en considération par le pouvoir adjudicateur :

- les modes de fabrication des produits, les modalités de la prestation des services, les procédés de construction ;
- les conditions exceptionnellement favorables dont dispose le candidat pour exécuter les travaux, pour fournir les produits ou pour réaliser les prestations de services ;
- l'originalité de l'offre ;
- les dispositions relatives aux conditions de travail en vigueur là où la prestation est réalisée ;
- l'obtention éventuelle d'une aide d'État par le candidat.

Cette liste n'est pas exhaustive et présente des exemples de justifications que le soumissionnaire peut fournir pour démontrer le sérieux de son offre¹². D'autres explications peuvent donc être apportées et aucune n'est exclue a priori.

2.3. Le pouvoir adjudicateur doit décider de l'admission ou du rejet de l'offre en cause.

Le pouvoir adjudicateur doit procéder à un examen attentif des informations fournies par l'entreprise pour justifier son prix. Si ces éléments sont convaincants, le pouvoir adjudicateur peut requalifier l'offre de « normale », en reconnaissant son caractère particulièrement compétitif et l'inclure dans le processus d'analyse sur la base des critères d'attribution annoncés et de leur pondération.

En revanche, si les explications demandées ne permettent pas d'établir le caractère économiquement viable de l'offre anormalement basse eu égard aux capacités économiques, techniques et financières de l'entreprise, le pouvoir adjudicateur (ou la commission d'appel d'offres¹³) est tenu de la rejeter par décision motivée. Cette obligation repose sur l'objectif d'efficacité de la commande publique fixé par l'article 1^{er} du code des marchés publics¹⁴.

¹¹ TA Lille 25 janvier 2011 *Ste Nouvelle SAEE*, n°0800408

¹² CJCE, 27 novembre 2001, *Impresa Lombardini SPA*, aff. C-285/99 précitée

¹³ Pour les marchés passés selon une procédure formalisée par les collectivités territoriales et les établissements publics locaux, à l'exception des établissements publics de santé et des établissements publics sociaux ou médico-sociaux (art. 55 CMP)

¹⁴ TA Lille 25 janv. 2011, *Société Nouvelle SAEE*, req. n° 0800408 précitée

L'absence de réponse du soumissionnaire à la demande d'explications du pouvoir adjudicateur permet au pouvoir adjudicateur d'exclure l'offre du candidat¹⁵.

3. Quels sont les risques à retenir une offre anormalement basse ?

Le pouvoir adjudicateur est libre d'apprécier les justifications fournies et de considérer que l'offre suspectée originellement d'être anormalement basse, est finalement celle qui est économiquement la plus avantageuse. Retenir une offre anormalement basse fait peser un risque sur les deniers publics, si les motifs de la différence de prix n'ont pas été identifiés, du fait d'une mauvaise exécution possible du marché.

3.1. Risques opérationnels

L'acheteur public qui décide de retenir une offre anormalement basse, risque d'être confronté à plusieurs situations de nature à compromettre la bonne exécution du marché.

- Risque financier

Le prix proposé est sous-estimé au vu des prestations décrites dans le cahier des charges. Le titulaire présentera en cours d'exécution, des demandes de rémunération complémentaires que l'acheteur public sera contraint d'accepter, sous peine de voir interrompre l'exécution des prestations. Ainsi, l'offre qui paraissait financièrement intéressante, s'avère, au final, plus coûteuse et la conclusion d'avenants risque de bouleverser l'économie du marché et de remettre en cause les conditions de la mise en concurrence initiale.

- Risque de défaillance

L'entreprise, en difficulté financière, présente une offre de prix très basse afin de remporter le marché. Cette stratégie ne lui permet pas d'assumer l'exécution des prestations et conduit à la résiliation du contrat. Le pouvoir adjudicateur doit alors gérer la défaillance du titulaire (rupture d'approvisionnement, arrêt de chantier) et relancer une procédure pour la passation d'un marché de substitution.

- Risque de qualité

Le prix ne correspondant pas à la réalité économique des prestations demandées, les prestations exécutées seront de mauvaise qualité et ne rempliront pas les exigences techniques du cahier des charges. Les délais peuvent être dépassés et les conditions de sécurité non respectées. Les conséquences seront d'autant plus gênantes sur des chantiers allotés (planning bouleversé, répercussions sur les autres intervenants).

- Risque de travail dissimulé

Afin de compenser le prix bas de son offre, le titulaire a recours, dans des conditions illégales, à la sous-traitance ou à l'emploi de salariés insuffisamment déclarés. L'attention de l'acheteur est attirée sur les nouvelles dispositions issues de la loi n° 2011-525 du 17 mai 2011 de simplification et d'amélioration de la qualité du droit, qui a modifié l'article L. 8222-6 du code du travail relatif à la lutte contre le travail dissimulé. Tout contrat écrit, passé par une personne morale de droit public, doit désormais prévoir qu'une pénalité peut être infligée au cocontractant qui ne respecterait pas les obligations prévues aux articles L. 8221-3 à L. 8221-5 du code du travail¹⁶.

Le pouvoir adjudicateur doit donc porter la plus grande attention à l'analyse des justifications et explications fournies par les soumissionnaires et apprécier, au cas par cas, les risques encourus.

¹⁵ CAA Bordeaux, 17 nov. 2009, *SICTOM Nord*, n°08BX01571

¹⁶ Une fiche technique sur le renforcement du dispositif de lutte contre le travail dissimulé est disponible à l'adresse suivante : http://www.economie.gouv.fr/files/directions_services/daj/marches_publics/textes/autres-textes/fiche_travail_dissimule.pdf

3.2. Risques juridiques

➤ Le juge administratif exerce un contrôle restreint sur l'appréciation que fait le pouvoir adjudicateur du caractère anormalement bas d'une offre. Ce n'est que si cette appréciation est manifestement erronée qu'elle sera sanctionnée. Le juge s'en tient donc à un contrôle de l'erreur manifeste d'appréciation¹⁷.

Il en est de même lorsque le pouvoir adjudicateur omet de mettre en œuvre la procédure contradictoire de l'article 55 du CMP alors que les offres présentaient manifestement un caractère anormalement bas. Un TA, saisi par un candidat évincé, a considéré dans cette situation que le pouvoir adjudicateur avait méconnu ses obligations de mise en concurrence et d'égalité d'accès aux marchés publics¹⁸.

➤ Le juge exerce un contrôle complet sur le respect de la procédure. Le pouvoir adjudicateur est tenu de suivre les étapes décrites par l'article 55 du CMP. S'il omet de demander des précisions à l'auteur de l'offre et la rejette, la décision d'attribuer le marché à un autre candidat est irrégulière¹⁹. L'entreprise pourra prétendre à être indemnisée si elle avait des chances sérieuses d'obtenir le marché.

¹⁷ CAA Marseille 12 juin 2006, *SARL Stand Azur*, n° 03MA02139, CE, 1er mars 2012, *département de la Corse du sud*, n° 354159

¹⁸ Voir en ce sens TA Cergy-Pontoise, ordonnance, 18 février 2011, *SCP Claisse et associés*, n°1100716

¹⁹ CE, ass., 5 mars 1999, *Président de l'assemblée nationale*, req. n°163328

