

1 Les « vraies » offres anormalement basses : le B.A.-BA des OAB

Vanessa WALLY ISSOP,
avocat au Cabinet Bardou & de Fay

CONTEXTE

Les obligations induites par les principes de publicité et de mise en concurrence sont nombreuses en droit des marchés publics. Le Conseil d'État en a récemment posé une nouvelle, entraînant une énième contrainte de procédure : l'obligation de rejeter (et ne pas classer) les offres anormalement basses (OAB) quelle que soit la procédure de passation mise en œuvre (CE, 29 mai 2013, n° 366606, Min. Intérieur : *JurisData* n° 2013010802).

Si le principe est clair, la mise en œuvre reste en revanche plus délicate dès lors qu'il n'existe aucune définition textuelle de l'OAB. D'ailleurs, le Conseil d'État a plus souvent jugé ce qui ne constituait pas une OAB qu'il n'en a donné de qualification positive.

Repose ainsi sur le pouvoir adjudicateur et/ou la Commission d'appel d'offres décisionnaire, le périlleux exercice consistant à différencier l'offre compétitive qui peut être attributaire, de l'offre maladroitement ou abusivement basse qui doit être éliminée.

Le pouvoir adjudicateur mènera cette analyse en deux temps : après avoir distingué l'OAB de l'offre compétitive (A), il devra interroger le candidat sur sa réelle capacité à réaliser les prestations au prix annoncé (B).

COMMENTAIRES

A. - Étape 1 : distinguer les OAB des offres compétitives

Le pouvoir adjudicateur ne doit pas rejeter toute offre assortie d'un prix particulièrement bas.

D'ailleurs, le Conseil d'État rappelle que l'important écart de prix entre l'offre moins-disante et une offre concurrente ne peut justifier, à lui seul, la qualification d'OAB (CE, 29 mai 2013, n° 366606, Min. Intérieur, *préc.*).

Une entreprise peut donc parfaitement faire des efforts financiers en renonçant, par exemple, à sa marge bénéficiaire pour remporter un marché. En revanche, l'entreprise ne peut proposer un prix prédateur dont le seul but serait d'éliminer ses concurrents (Concl. Rapp. public sous l'arrêt CE, 1^{er} mars 2012, n° 354159, Dpt de la Corse-du-Sud : *JurisData* n° 2012-003068).

Pour détecter une telle offre, il apparaît qu'un faisceau d'indices concordant doit être constaté. Le Conseil d'État s'attache ainsi à réunir quatre indices distincts pour qualifier une offre d'OAB (CE, 29 oct. 2013, n° 371233, Dpt Gard : *JurisData* n° 2013-024425).

En pratique, ces indices peuvent être de différentes natures :

- l'écart avec la moyenne des offres des autres candidats,
- l'écart avec le montant estimatif du marché par le pouvoir adjudicateur,
- l'écart avec un barème indicatif proposé par une mission interministérielle,
- la méconnaissance des obligations sociales en matière de rémunération minimum des salariés.

Bien que nécessaires, ces indices ne sont toutefois pas suffisants. Le Conseil d'État rappelle que le pouvoir adjudicateur n'est tenu de rejeter que les offres manifestement sous-évaluées et de nature à compromettre la bonne exécution du marché (CE, 29 mai 2013, n° 366606, Min. Intérieur, *préc.*). Ce faisant, le pouvoir adjudicateur doit davantage s'interroger sur la capacité du candidat à réaliser les prestations du marché

au prix proposé. Il s'agit donc de déterminer si l'offre moins-disante en cause est liée à une proposition innovante, à un effort du candidat sur sa marge bénéficiaire ou à une méthodologie propre à optimiser les coûts. Au contraire, si l'offre est liée à une erreur de chiffrage du candidat ou à une volonté de remporter le marché « à tout prix », espérant qu'en cours d'exécution du marché il sera capable d'imposer au pouvoir adjudicateur des avenants techniques et ou financiers (réduisant les prestations et/ou augmentant le prix), l'offre pourra être qualifiée d'OAB.

À cet égard, les justifications du prix proposé par les candidats seront le principal outil d'aide à la décision du pouvoir adjudicateur.

B. - Étape 2 : demander à l'entreprise les justifications de son prix

L'article 55 du Code des marchés publics (CMP) impose au pouvoir adjudicateur de demander au candidat des justifications écrites à propos de son offre, avant de la rejeter sur le fondement de son caractère anormalement bas. Plus qu'une obligation procédurale, cette demande de justification doit permettre au pouvoir adjudicateur d'obtenir les motifs propres à déterminer si le candidat peut assurer les prestations au prix proposé sans être défaillant.

Même si le pouvoir adjudicateur n'est pas tenu de poser une question spécifique au candidat (CE, 29 oct. 2013, n° 371233, Dpt Gard, *préc.*), il doit s'efforcer de cibler les faiblesses de l'offre analysée (manque de précision du mémoire technique, moyens matériels et humains insuffisants, délais de réalisation inappropriés, etc.).

À cette fin, l'article 55 du Code des marchés publics (CMP) indique les points susceptibles d'être précisés par le candidat (modes de fabrication des produits, procédés de construction, conditions exceptionnellement favorables dont dispose le candidat pour exécuter les travaux ou réaliser les prestations de services, etc.).

Ainsi, si l'entreprise démontre qu'elle a pris toutes les mesures pour assurer la bonne exécution du marché au prix proposé, le pouvoir adjudicateur ne pourra considérer qu'elle est manifestement sous évaluée. À l'inverse, si l'entreprise se borne à invoquer son expérience ou le contexte économique sans préciser par ailleurs la méthodologie adoptée, l'offre est anormalement basse et devra être rejetée (CE, 29 oct. 2013, n° 371233, Dpt du Gard, préc.).

Ces précautions devraient à elles seules suffire à sécuriser la procédure, dès lors le juge du référé précontractuel ne sanctionne que les erreurs manifestes d'appréciation en opérant notamment un contrôle restreint sur la décision finalement prise par le pouvoir adjudicateur (CE, 1^{er} mars 2012, n° 354159, Dpt de la Corse-du-Sud, préc.).

RECOMMANDATIONS

En l'absence de définition d'une OAB, il restera toujours délicat de rejeter une offre sur ce motif. En cas de doute sur le caractère anormalement bas d'une offre, le pouvoir adjudicateur devra donc privilégier le rejet de celle-ci sur l'ensemble des critères de jugement des offres plutôt que de la rejeter sur le seul critère du prix. Pour ce faire, le pouvoir adjudicateur pourra notamment sécuriser les motifs de rejet de l'offre invoqués, en utilisant les

faillies techniques qu'il aura relevées dans les justifications apportées par le candidat quant à leur teneur, ou à leur absence.

Mots-Clés : Marché public - Offre anormalement basse - Procédure - Appréciation
JurisClasseur : Administratif, Fasc. 637

Pour aller plus loin

TEXTES

- PE et Cons. UE, dir. 2004/18/CE, 31 mars 2004 relative à la coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, de fournitures et de services, art. 55 : JOUE n° L 134, 30 avr. 2004, p. 114
- CMP, art. 55
- Rép. min. n° 3282, 21 août 2012, M^{me} Marie-Jo Zimmermann : JOAN Q 23 oct. 2012, p. 5959

JURISPRUDENCE

- CJCE, 27 nov. 2001, aff. C-285/99 et C-286/99, Lombadini et Mantovani
- CJCE, 22 juin 1989, aff. C-103/88, Fratelli Costanzo SPA c/ Cne Milan
- CE, 29 oct. 2013, n° 371233, Dpt Gard : JurisData n° 2013-024425
- CE, 29 oct. 2013, n° 370789, Office public d'habitat du Val d'Oise : JurisData n° 2013-024424

- CE, 29 mai 2013, n° 366606, Min. Intérieur c/ Sté Artéis : JurisData n° 2013-010802
- CE, 1^{er} mars 2012, n° 354159, Dpt Corse-du-Sud : JurisData n° 2012-003068
- CE, ass., 5 mars 1999, n° 163328, Président de l'Assemblée nationale

BIBLIOGRAPHIE

- B. Dacosta, « Quel contrôle du juge du référé précontractuel ? », conclusions sous l'arrêt CE, 1^{er} mars 2012, n° 354159 : BJCP 2012, p. 177
- Fiche pratique de la DAJ, « L'offre anormalement basse », 17 mars 2012
- O. Guézou, « Examen des offres – Les défauts des offres », Tome 2, Fasc. III-433, Droit des marchés publics et contrats publics spéciaux : Le Moniteur, 2012
- W. Zimmer, « Définition de l'offre anormalement basse » : Contrats-Marchés publ. 2013, comm. 187