

Acheteurs publics et OAB : la sérénité est permise

A propos de l'auteur

M. Alexandre Vandepoorter

avocat associé

cabinet Seban

[Voir les articles de cet auteur](#)

Maître Alexandre Vandepoorter, avocat associé au cabinet Seban et associés, fait un point très complet sur l'attitude que doit avoir un pouvoir adjudicateur face à une offre qui lui semble anormalement basse. Une analyse bienvenue alors que les entreprises n'hésitent plus à porter le fer devant les tribunaux administratifs.

L'enjeu du sujet est entendu. Les offres anormalement basses sont une source d'anxiété pour les acheteurs publics, en particulier dans le contexte économique actuel qui conduit les personnes publiques à mettre plus encore le critère prix au centre du jeu de la compétition, et qui veut que la présentation d'offres anormalement basse tende (en conséquence) à se généraliser. L'anxiété se traduit par le « dilemme » bien connu : écarter une offre au motif qu'elle est anormalement basse, c'est prendre le risque que l'entreprise concernée attaque cette décision et s'en prenne à la procédure de passation du marché ; admettre une offre anormalement basse, c'est non seulement prendre le risque que les autres entreprises critiquent autrement cette décision, mais c'est aussi et surtout prendre le risque de se « marier » avec une société qui ne sera peut-être pas en mesure de satisfaire les prestations du marché. La lecture des décisions rendues par le juge administratif sur le sujet livre pourtant un message nettement moins anxiogène, sinon même de nature à franchement rassurer.

Le nombre de décisions témoigne sans doute de ce que les entreprises n'hésitent pas à porter le sujet devant le juge administratif et que le risque de contentieux est donc bien réel. Mais il reste que le nombre de décisions qui sanctionnent effectivement la décision d'un pouvoir adjudicateur (d'écarter ou de conserver une offre anormalement basse) est très modeste. La jurisprudence nous enseigne qu'il est toujours un droit pour une personne publique de soupçonner une offre anormalement basse et, sauf à verser dans l'erreur manifeste d'appréciation, une obligation de la rejeter, une fois satisfaite le respect d'un échange contradictoire.

Le droit au soupçon sur une offre anormalement basse

L'article 55 du code des marchés publics ne donne pas réellement de définition de l'offre anormalement basse. Et les futures dispositions du (nouveau) code de la commande publique ne disent rien non plus de très utiles, ni du reste la directive 2014/24 qu'elles doivent transposer. C'est donc la jurisprudence qui apporte toujours l'essentiel : une offre est anormalement basse si son prix « est manifestement sous-évalué et de nature, ainsi, à compromettre la bonne exécution du marché » (CE, 29 mai 2013, Ministre de l'intérieur). Et parce que c'est ainsi une affaire de « viabilité économique de l'offre », le caractère anormalement bas d'une offre doit être apprécié dans sa globalité : la sous-évaluation qui affecterait certaines composantes seulement d'un prix global (certains postes d'une décomposition du prix global et forfaitaire) ou certains prix unitaires n'est pas en elle-même de nature à rendre l'offre anormalement basse (TA Marseille, 13 mars 2012, Société Pirelli). Mais la conclusion – logique – ne devrait pas pouvoir être pris au pied de la lettre : si seuls certains postes de prix sont affectés d'une anomalie mais que ces postes de prix sont essentiels, à raison du volume de prestations qu'ils couvrent ou de leur portée sur l'objet du marché et (donc) sur le prix global proposé, il ne saurait être logiquement reproché au pouvoir adjudicateur de la soupçonner (TA Paris, 5 juillet 2013, Société H3C,). Dans l'exercice d'identification d'une offre anormalement basse, il existe fondamentalement en pratique deux temps : celui de la détection et celui de la vérification. Pour détecter si un prix est à première vue « sous-évalué », il faut souvent s'appuyer sur la base d'un faisceau d'indices, qu'on identifie tout d'abord dans l'écart de prix qui peut exister entre l'offre de l'entreprise concernée et celle des autres candidats ; ou bien encore dans l'écart de prix qui peut exister avec l'estimation du pouvoir adjudicateur (si elle est fiable), ou avec les prix habituellement pratiqués sur le marché, voire les prix pratiqués par l'entreprise elle-même sur d'autres marchés ou sur un marché passé dont elle est l'attributaire sortant.

Dans un souci de simplicité, nombreux sont ceux qui ont formé le vœu que soit fixé un seuil au-delà duquel l'écart de prix pouvait légalement être analysé comme étant celui d'une offre anormalement basse. Mais en vain : s'il est possible pour un acheteur public de se donner en « interne » un seuil à partir duquel la procédure de l'offre anormalement basse doit être enclenchée, il ne peut pas en principe se donner de seuil qui emporte mécaniquement une décision de rejet pour ce motif (TA Orléans, 25 juin 2013 ; CJCE, 22 juin



La jurisprudence nous enseigne qu'il est toujours un droit pour une personne publique de soupçonner une offre anormalement basse

1989, C-103/88). Cela peut se comprendre sans peine : outre que les écarts de prix ne témoignent pas toujours d'une sous-évaluation, l'importance d'un écart de prix est plus ou moins anormale selon l'objet du marché et/ou les spécificités d'une offre, si bien qu'il peut paraître très arbitraire de s'enfermer dans un seuil général et céder ainsi à la facilité. Et il faut observer qu'un prix inférieur de moitié à celui des autres candidats ou presque (CE, 3 novembre 2014, ONF), voire même de 80 % (TA de Paris, 14 mai 2010, Société Segat), ou un prix inférieur de plus de la moitié par rapport aux prévisions du pouvoir adjudicateur a pu être analysé comme n'étant pas anormalement bas (TA Versailles, 18 novembre 2008, Société EGS) ; tandis qu'à l'inverse un écart de prix de 20 % (TA Paris, 24 juillet 2009, Société Isotherma), sinon de 25 % a été analysé comme ouvrant légitimement droit au soupçon (CAA Lyon, 5 décembre 2013, Société Arnaud Démolition).

Si cet exercice de comparaison des prix permet de détecter une offre anormale et demeurera toujours un élément essentiel, il est toutefois acquis qu'il ne peut suffire à justifier une décision de rejet : le caractère anormalement bas d'une offre doit s'apprécier de façon autonome (CE, 29 mai 2013, Ministère de l'intérieur, précitée) et faire l'objet d'une vérification propre à l'offre elle-même ou à l'entreprise qui la porte (TA Lille, 25 janvier 2011, Société nouvelle SAEF).

De ce point de vue, il est sûrement plus efficace, à l'appui d'une première impression donnée par l'écart des prix, d'identifier d'autres indices dans une analyse cette fois intrinsèque de l'offre. Sur le terrain du prix, il est parfois des postes de prix qui peuvent paraître immédiatement très peu cohérents avec la charge des prestations auxquelles ils correspondent (le coût horaire d'un ingénieur qualifié qui est à peine égal au salaire minimum légal,...). Mais c'est aussi sur le terrain « technique » de l'offre qu'il est possible de puiser des indices : une offre peut apparaître sur certaines composantes très insuffisantes (volume de personnel attaché à une prestation, qualification du personnel que le candidat souhaite attacher à telle ou telle prestation, niveau de qualité des équipements sollicités,...). Et c'est naturellement en sollicitant l'entreprise sur ces questions qu'il sera possible d'apprécier si le sentiment porté au départ sur son offre était juste, ou non.

Il est parfois des postes de prix qui peuvent paraître immédiatement très peu cohérents avec la charge des prestations auxquelles ils correspondent

Le respect d'une procédure contradictoire

Si il est ainsi un droit au soupçon, il est – fort heureusement – aussi un droit à la présomption d'« innocence » à ce stade de l'analyse, et donc à tout le moins un droit pour l'entreprise de s'expliquer sur son prix : si un écart de prix est « un indice permettant de suspecter une offre anormalement basse », il demeure « insuffisant pour caractériser à elle seule le caractère anormalement bas de l'offre, qui doit également être apprécié au regard des justifications apportées par le candidat » (CAA de Lyon, 5 décembre 2013, Société Arnaud Démolition, précitée). Le pouvoir adjudicateur doit donc mettre en œuvre une procédure contradictoire, obligation dont la méconnaissance peut emporter au fond l'annulation du marché (CAA Douai, 9, avril 2002, OPAC de l'Aisne) et, en référé (pré)contractuel, l'annulation d'une procédure de passation du marché, sauf si la procédure de référé a pu neutraliser la lésion dont l'entreprise aurait sinon fatalement été affectée (TA Paris, 24 juillet 2009, Société Isotherma). La procédure est connue : lorsque le pouvoir adjudicateur soupçonne une offre anormalement basse, il doit impérativement demander des explications à son auteur et lui laisser un délai raisonnable pour les apporter ; délai qui est fonction de l'objet du marché ou des questions posées, et qui – contrairement à une idée reçue – peut donc être très court lorsqu'il s'agit d'un marché classique, sans complexité particulière (CAA Paris, 6 mai 2014, Association Frate Formation Conseil). Cette demande d'explications doit être franche et précise : elle doit annoncer au candidat que son offre paraît en l'état anormalement basse et que si les explications apportées ne convainquent pas, elle sera rejetée sans même être analysée. L'entreprise doit savoir ce qui l'attend. Sous cette réserve, le vrai sujet sur ce terrain est de mesurer le détail dans lequel la demande doit s'inscrire : faut-il s'en tenir à une formule générale (« expliquez nous votre prix global et forfaitaire ») ou est-ce qu'il faut « prendre la main » de l'entreprise en lui signalant plus particulièrement les éléments de son prix et ceux des composantes de son offre technique qui interrogent tout particulièrement ?

La première solution est apparemment permise (CE, 29 mai 2013, Ministère de l'intérieur, précitée). Mais la seconde solution est bien souvent la plus pertinente, à tout le moins lorsqu'il est effectivement au-delà du prix global, certains aspects de l'offre qui inquiètent plus particulièrement (CE, 29 octobre 2013, Département du Gard). Et cette solution a également le mérite de « renforcer » le caractère contradictoire de la procédure, et donc aussi (on le dira) la marge de manœuvre dont dispose ensuite la personne publique pour rejeter l'offre, puisqu'elle disposera de considérations plus précises pour motiver sa décision. La procédure contradictoire doit permettre au candidat d'apporter des justifications sur son prix et doit permettre au pouvoir adjudicateur de vérifier si oui – ou non – l'offre est économiquement viable. L'article 55 du code des marchés publics – qui pose l'obligation de procéder à un échange contradictoire – liste une série de justifications qui peuvent être apportées, liste qui n'est pas exhaustive (TA Rennes, 24 mars 2010, Société R2AE). Il est des explications très spécifiques qui se rencontrent plus rarement et qu'il n'est pas possible d'évoquer ici dans le détail (aides d'Etat,...). Il est sinon les explications plus communes. Certaines ne peuvent en principe pas convaincre, telle la qualité d'attributaire sortant du candidat soupçonné (CE, 15 octobre 2014, Communauté urbaine de Lille Métropole ; CAA Paris, 6 mai 2014, Association Frate Formation Conseil, précitée) ou bien son engagement réitéré de satisfaire les prestations du marché (CAA Marseille, 12 juin 2006, SARL Stand Azur), ou bien encore le renoncement à une quelconque marge (TA, Paris, 5 juillet 2013, Société H3C, précitée).

Il est d'autres explications plus sérieuses, notamment celles qui reposent sur l'originalité d'un procédé de fabrication et d'organisation, ou bien sur l'effort de mutualisation des moyens ou d'économie d'échelle qu'un candidat dit avoir sollicité pour remporter le marché.

Au-delà des explications, l'essentiel, tant pour l'entreprise que pour la personne publique, est de s'expliquer clairement : si le candidat fait l'effort d'étayer clairement celles des caractéristiques de son offre qui lui ont permis de proposer un prix plus bas que celui raisonnablement imaginé, il se donne une chance de s'en sortir ; et, de son côté, la personne publique sera en mesure de démontrer qu'elle a pu procéder à une vérification « de façon suffisamment sérieuse » (CAA Paris, 1er octobre 2013, Société Ourry), et elle disposera en conséquence d'éléments supplémentaires pour motiver la décision qu'elle arrêtera en définitive. A l'inverse, si l'entreprise ne répond pas à la demande, son offre pourra être rejetée (CAA Bordeaux, 17 novembre 2009, SICTOM du Nord) ; et s'il n'y répond que de façon très générale ou succincte, la personne publique pourra alors très sereinement appliquer son obligation de rejeter l'offre.

Si le candidat fait l'effort d'étayer clairement celles des caractéristiques de son offre qui lui ont permis de proposer un prix plus bas que celui raisonnablement imaginé, il se donne une chance de s'en sortir

L'obligation de rejeter une offre anormalement basse

Contrairement à ce qu'indique la lettre de l'article 55 du code des marchés publics, il est une obligation, et pas simplement une faculté, pour le pouvoir adjudicateur non seulement de s'attacher à la détection des offres anormalement basses, mais aussi de rejeter une offre dont il a pu vérifier le caractère anormalement bas. C'est ce que Conseil d'Etat a eu l'occasion de dire timidement (CE, 1er mars 2012, Département de Corse du sud), puis franchement : « *il incombe au pouvoir adjudicateur qui constate qu'une offre paraît anormalement basse de solliciter auprès de son auteur toutes précisions et justifications de nature à expliquer le prix proposé ; que si les précisions et justifications apportées ne sont pas suffisantes pour que le prix proposé ne soit pas regardé comme manifestement sous-évalué et de nature, ainsi, à compromettre la bonne exécution du marché, il appartient au pouvoir adjudicateur de rejeter l'offre* » (CE, 29 mai 2013, Ministre de l'intérieur, précitée). Et si la directive 2014/24 ne va pas aussi loin, en maintenant l'obligation générale au seul stade de la détection de l'offre anormalement basse, le texte qui la transpose en droit français pose l'obligation aux deux étapes. Mais cette obligation de rejeter l'offre anormalement basse – à l'origine d'une anxiété certaine pour les personnes publiques – demeure une obligation autour de laquelle le pouvoir adjudicateur dispose d'une très large marge de manœuvre. Déjà, il n'est pas fait obligation au pouvoir adjudicateur de détailler la motivation qui doit accompagner sa décision de rejet de l'offre : il doit motiver sa décision et ne pas s'en tenir à une phrase par trop générale ; mais il n'est pas tenu de se lancer dans un long exposé qui reprendrait chacun des points d'explications apportés par l'entreprise, tel un mémoire en défense.

Ensuite, la charge de la preuve n'est jamais réellement placée sur les épaules de la personne publique. C'est évidemment vrai lorsqu'il s'agit pour une entreprise de contester l'attribution d'un marché à une entreprise concurrente dont elle juge l'offre anormalement basse (CE, 3 novembre 2014, ONF, précitée). Mais c'est vrai aussi lorsqu'il s'agit pour l'entreprise « rejetée » de discuter la décision de la personne publique : dans le cadre de l'action qu'elle engage devant le juge, il lui appartiendra de prouver que la personne publique a entaché sa décision d'une erreur manifeste d'appréciation (TA Versailles, 26 avril 2013, Société Bonin).

Enfin, et surtout, on sait que sa décision est soumise au seul contrôle de l'erreur manifeste d'appréciation du juge administratif, et ce tant en référé (pré)contractuel (TA Paris 24 juillet 2009, Société Isotherma) qu'au fond (TA Orléans, 26 juin 2009, Société Cars) ; et ce qu'il s'agisse du contrôle exercé sur la décision de ne pas rejeter une offre pourtant initialement suspectée (CE, 17 juillet 2013, Département de la Guadeloupe) ou au contraire de la rejeter effectivement (CE, 29 octobre 2013, Département du Gard, précitée). De ce point de vue, il faut sans doute effectivement ne pas dramatiser le sujet et ne pas craindre de se lancer dans une procédure de rejet d'une offre anormalement basse, et – si les explications ne convainquent pas – de la rejeter effectivement.

La charge de la preuve n'est jamais réellement placée sur les épaules de la personne publique