

Offres anormalement basses : état des lieux

Il existe une jurisprudence abondante définissant précisément la méthodologie à suivre par les acheteurs pour détecter puis éventuellement rejeter une offre anormalement basse. Au cours de l'année 2022, cette construction jurisprudentielle a été complétée par de nouvelles décisions apportant des précisions supplémentaires sur les différentes étapes de la procédure de détection de ces offres.

Si le droit de la commande publique impose aux acheteurs qui y sont soumis d'attribuer leurs marchés publics à l'opérateur économique ayant présenté l'offre la plus économiquement avantageuse, il ne leur oblige nullement à retenir systématiquement l'offre présentant le prix le plus bas.

Bien au contraire, la réglementation de l'Union européenne, comme la réglementation nationale, font obligation aux acheteurs de mettre en œuvre tous moyens leur permettant de détecter les offres anormalement basses – c'est-à-dire les offres « dont le prix est manifestement sous-évalué et de nature à compromettre la bonne exécution du marché » – de demander aux opérateurs ayant présenté de telles offres de fournir des précisions et justifications sur leur montant et, si celles-ci s'avèrent insuffisantes, de rejeter les offres sans même les analyser à l'aune des critères prévus par les documents de la consultation⁽¹⁾.

L'objectif de ce régime des offres anormalement basses – propre aux marchés publics et qui n'est pas applicable, en tant que tel, aux concessions⁽²⁾ – est double : éviter, au stade de la procédure de passation, que la concurrence entre les opérateurs économiques ne soit faussée et, postérieurement à l'attribution du contrat, que la bonne exécution de celui-ci ne soit compromise.

Néanmoins, l'application de ce régime provoque régulièrement des recours de la part des candidats évincés, que ce soit pour contester le rejet de leur propre offre ou pour soutenir que l'offre de leur concurrent désigné

Auteurs

Guillaume Gauch
Avocat associé

Romain Millard
Avocat
Seban Avocats

(1) CCP, art. L. 2152-5 et L. 2152-6 ; directive 2014/24/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 sur la passation des marchés publics, art. 69.

(2) CE 26 février 2020, req. n° 436428 ; TA Guadeloupe 26 septembre 2022, req. n° 2200959.

comme attributaire aurait dû être écartée comme anormalement basse.

La tentation pour les candidats évincés de contester les décisions du pouvoir adjudicateur en la matière est d'autant plus grande que ni le droit de l'Union européenne ni le droit national ne prévoient d'indicateur ou de seuil permettant de détecter de manière automatique les offres anormalement basses. Au contraire, il revient aux acheteurs de procéder à une analyse au cas par cas, en fonction d'un faisceau d'indices.

Il résulte de cette multiplication des contentieux une jurisprudence abondante définissant désormais de manière précise la méthodologie devant être suivie par les acheteurs pour détecter puis éventuellement rejeter une offre anormalement basse.

Au cours de l'année 2022, cette construction jurisprudentielle a été complétée par de nouvelles décisions qui apportent des précisions supplémentaires sur les différentes étapes de la procédure de détection des offres anormalement basses, que ce soit sur la décision de mettre en œuvre – ou de ne pas mettre en œuvre – cette procédure, sur les indices devant être pris en compte par l'acheteur, sur les précisions à fournir par le candidat interrogé, sur la motivation de la décision de rejeter une offre comme anormalement basse ou encore sur l'office du juge confronté à une décision de l'acheteur entachée d'irrégularité.

Sur la décision de ne pas mettre en œuvre la procédure de détection des offres anormalement basses

Il est fréquent qu'un candidat évincé d'une procédure de passation reproche à l'acheteur de ne pas avoir mis en œuvre, à l'encontre de l'attributaire pressenti, la procédure de détection des offres anormalement basses, tant et si bien que la Cour administrative suprême de Bulgarie a dû saisir la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE) d'une question préjudicielle sur ce point, afin de déterminer si, en application des textes en vigueur, le pouvoir adjudicateur était tenu de motiver son absence de soupçon sur le niveau de prix de l'offre classée en première position et, par voie de conséquence, sa décision de ne pas mettre en œuvre de la procédure de détection des offres anormalement basses.

Par son arrêt du 15 septembre 2022^[3], la CJUE répond par la négative, considérant que ce n'est qu'à la condition que « la fiabilité d'une offre soit, *a priori*, douteuse » que l'acheteur est tenu de réclamer des précisions au candidat concerné, d'en apprécier la pertinence puis de prendre une décision motivée quant à l'admission ou au rejet de cette offre.

Et pour cause : ainsi que l'a souligné l'avocat général dans ses conclusions sous l'arrêt précité, « la décision mettant fin à la procédure d'adjudication inclut

implicitement la décision de ne considérer aucune des offres présentées comme étant anormalement basse. La raison de cette dernière décision n'est autre que l'absence d'indices qui auraient rendu nécessaire l'examen *in concreto* d'une offre suspecte ».

Il en résulte que dans le cas où l'acheteur estime qu'une offre n'est pas anormalement basse, il n'est pas tenu de l'exprimer par une décision expresse et motivée.

Pour autant, la décision implicite d'acceptation d'une offre comme n'étant pas anormalement basse demeure soumise au contrôle du Juge et peut ainsi être jugée irrégulière si le requérant parvient à démontrer l'existence d'indices qui auraient dû éveiller les soupçons de l'acheteur.

Sur les indices susceptibles de révéler l'existence d'une offre anormalement basse

Les soupçons de l'acheteur peuvent – et même doivent – être éveillés lorsqu'un faisceau d'indices est réuni.

Dans certains États de l'UE – parmi lesquels la France ne se trouve pas – une offre doit être suspectée d'être anormalement basse dès lors que l'écart entre son prix et la moyenne des prix des offres reçues excède un certain seuil défini par le droit national. Ainsi, à titre d'exemple, le droit bulgare dispose que lorsque, dans l'offre d'un participant, un élément lié au prix ou aux coûts et soumis à évaluation est de plus de 20 % plus avantageux que la valeur moyenne des offres des autres participants pour le même critère d'évaluation, le pouvoir adjudicateur doit demander une explication écrite détaillée de la façon dont cette offre a été formée.

Pour autant, ainsi que l'a rappelé la CJUE dans son arrêt précité du 15 septembre 2022 portant sur l'application de cette disposition du droit bulgare, « l'écart avec les autres offres en présence, s'il est utile dans certains cas pour détecter une anomalie, ne saurait toutefois constituer le seul critère retenu par le pouvoir adjudicateur à cet égard ». Ce faisant, la CJUE rappelle que c'est la méthode du faisceau d'indices qui doit prévaloir.

Par ailleurs, la CJUE souligne que lorsqu'il est impossible de faire application de l'indicateur prévu par le droit national – ce qui, dans l'affaire précitée, était le cas, dès lors que seules deux offres étaient en présence et qu'il était donc impossible d'établir une moyenne à laquelle comparer l'offre suspecte – l'acheteur ne peut pas pour autant s'exonérer de son obligation de détecter les offres anormalement basses et doit, pour ce faire, tenir compte de « tous les éléments pertinents de l'appel d'offres et du cahier des charges ».

Ces « éléments pertinents » peuvent être, outre l'écart de prix avec les offres concurrentes, l'écart par rapport aux prix pratiqués dans le cadre du précédent marché portant sur les mêmes prestations.

À cet égard, le contexte actuel de pénuries et d'inflation peut être pris en compte pour apprécier le niveau des prix

[3] CJUE 15 septembre 2022, Veridos GmbH, aff. C-669/20.

d'une offre. Ainsi, dans une ordonnance du 11 octobre 2022, le juge des référés du tribunal administratif de Versailles a considéré que l'acheteur avait, à bon droit, écarté l'offre de la requérante comme anormalement basse en se fondant notamment sur la circonstance que ses prix étaient inférieurs de près de 10 % à ceux qu'elle avait proposés pour le même marché quatre années auparavant alors que, d'une part, le périmètre des prestations avait été élargi et, d'autre part, que le prix des équipements nécessaires à la satisfaction du besoin de l'acheteur avait augmenté entre ces deux procédures^[4].

Pour autant, la circonstance qu'une entreprise présente, en dépit de l'inflation, une offre de prix globalement inférieure au précédent marché n'est pas susceptible de révéler, à elle seule et de manière systématique, l'existence d'une offre anormalement basse, en particulier lorsque certains prix composant l'offre globale sont en augmentation, ainsi que l'a souligné le juge des référés du tribunal administratif d'Orléans dans une ordonnance du 2 août 2022^[5].

Par ailleurs, un autre indice pouvant conduire l'acheteur à suspecter une offre d'être anormalement basse est l'écart par rapport aux estimations établies par l'acheteur.

À titre d'illustration, dans son ordonnance précitée du 11 octobre 2022, le juge des référés du tribunal administratif de Versailles a confirmé la régularité de la décision de l'acheteur de rejeter l'offre de la requérante comme anormalement basse en tenant compte notamment du fait que celle-ci était inférieure de 33 % à la valeur estimée du besoin.

Quels que soient les indices conduisant un acheteur à suspecter une offre d'être anormalement basse, il n'est pas rare que celui-ci interroge le candidat concerné sur certains prix en particulier. Et, il n'est pas rare non plus qu'en cas de contentieux, le candidat évincé tire prétexte de cette circonstance pour soutenir que l'acheteur aurait, ce faisant, méconnu la règle posée par le Conseil d'État dans sa décision *Société SEPUR* du 13 mars 2019 selon laquelle le caractère anormalement bas d'une offre doit s'apprécier au regard de son prix global, et non pas de certains prix unitaires pris isolément^[6].

Cependant, un tel moyen est rapidement écarté par le Juge dès lors que celui-ci constate que les suspicions de l'acheteur concernent plusieurs prix unitaires ou encore le prix de la partie forfaitaire du marché représentant la majorité des points attribués au titre du critère prix^[7].

Sur les précisions et justifications attendues de la part du candidat dont l'offre est suspectée d'être anormalement basse

Lorsqu'un acheteur entend interroger un candidat sur le niveau de son offre financière, il doit le faire par écrit et de manière suffisamment claire pour permettre au candidat concerné « d'expliquer à suffisance la composition de son offre »^[8].

Pour autant, cette exigence de clarté n'impose pas à l'acheteur d'informer explicitement le candidat qu'il est interrogé au titre du régime de l'offre anormalement basse et de lui indiquer les conséquences précises d'une absence de réponse ou d'une réponse insuffisante^[9].

En outre, lorsque l'acheteur sollicite des explications et précisions sur le niveau de prix, il doit assortir sa demande d'un délai de réponse adapté au degré de technicité requis pour l'élaboration des réponses, ainsi que l'a précisé la cour administrative d'appel de Paris dans un arrêt de 2014^[10]. Et, il semble ressortir de l'ordonnance du 11 octobre 2022 rendue par le juge des référés du tribunal administratif de Versailles que pour apprécier ledit degré de technicité, il y a lieu de tenir compte du fait que le candidat interrogé soit le titulaire sortant et un professionnel du secteur^[11].

En outre, il ressort de cette même ordonnance que lorsque le candidat interrogé considère le délai de réponse trop court, ou encore lorsqu'il ne comprend pas les demandes d'explication qui lui sont adressées, il lui incombe d'en alerter l'acheteur ; à défaut, il ne peut plus contester utilement, au stade du contentieux, la régularité du délai imposé par l'acheteur, moins encore lorsqu'il a tout de même pu répondre et que ses concurrents ont également répondu aux mêmes questions dans des délais identiques.

Pour justifier la cohérence du niveau de son offre financière, le candidat peut se fonder sur les éléments listés de manière non-exhaustive à l'article R. 2152-2 du Code de la commande publique, à savoir le mode de fabrication des produits, les modalités de la prestation des services, le procédé de construction, les solutions techniques adoptées ou 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, la réglementation applicable en matière environnementale, sociale et du travail en vigueur sur le lieu d'exécution des prestations, ou encore l'obtention éventuelle par le soumissionnaire d'une aide d'État compatible avec le marché intérieur.

[4] TA Versailles 11 octobre 2022, req. n° 2207177.

[5] TA Orléans 2 août 2022, req. n° 2202386.

[6] CE 13 mars 2019, Société SEPUR, req. n° 425191.

[7] TA Versailles 11 octobre 2022, précité.

[8] CJUE 29 mars 2012, SAG ELV Slovensko, aff. C-599/10.

[9] TA Versailles 11 octobre 2022, précité.

[10] CAA Paris 6 mai 2014, Association Frate Formation Conseil, req. n° 11PA01533.

[11] TA Versailles 11 octobre 2022, précité.

Ainsi, à titre d'illustration, il a été récemment jugé qu'un acheteur avait pu, à bon droit, considérer qu'une entreprise de collecte et de recyclage de déchets justifiait de façon suffisante l'absence de frais de collecte et de transport dans son offre par des économies d'échelle en raison de son activité avec de nombreux centres de tri lui permettant de diminuer ses frais de déplacement^[12].

Pour autant, les réponses du candidat ne doivent pas être sommaires, peu détaillées ou tenant à des considérations générales comme son expérience ou sa renommée dans son secteur d'activités, ainsi que le rappelle une ordonnance du juge des référés du tribunal administratif de Pau du 22 juillet 2022^[13]. Cette obligation pesant sur le candidat interrogé d'assortir ses explications de pièces justificatives a également été rappelée par le juge des référés du tribunal administratif d'Orléans dans une ordonnance du 26 août 2022^[14].

Sur la motivation de la décision de rejeter une offre comme anormalement basse

L'acheteur doit rejeter l'offre qu'il suspectait d'être anormalement basse lorsqu'il juge que les éléments fournis par le soumissionnaire ne justifient pas de manière satisfaisante le bas niveau du prix ou des coûts proposés, ou encore lorsqu'il impute le niveau de prix à une violation des dispositions du droit de l'environnement, du droit social ou du droit du travail^[15].

Quels qu'ils soient, les motifs de la décision de l'acheteur doivent, en procédure formalisée, figurer dans la lettre de rejet adressée au candidat^[16] ; en procédure adaptée, l'acheteur n'est pas tenu de faire figurer cette information dans le courrier informant le candidat du rejet de son offre mais doit la lui communiquer dans un délai de quinze jours si le candidat la lui demande^[17].

Pour autant, lorsque l'acheteur méconnaît les dispositions précitées, il peut rectifier ce manquement au stade du référé précontractuel, en exposant ou en précisant les motifs de sa décision de rejet directement dans ses écritures en défense, de sorte à permettre à la société requérante de discuter utilement la régularité de la procédure de passation avant que le Juge ne rende son ordonnance^[18].

En tout état de cause, il revient à la partie alléguant qu'une offre est anormalement basse – que ce soit l'acheteur visant l'offre du candidat évincé ou le candidat évincé visant l'offre de l'attributaire pressenti

– d'apporter au juge saisi du contentieux l'ensemble des éléments qui permettront à ce dernier de vérifier si le prix en cause était en lui-même manifestement sous-évalué et, ainsi, susceptible de compromettre la bonne exécution du marché, étant rappelé que le juge ne peut estimer qu'une offre est anormalement basse en se fondant sur le seul écart de prix avec les offres concurrentes^[19].

Par ailleurs, il convient de rappeler que les motifs de rejet d'une offre anormalement basse doivent également figurer dans le rapport de présentation élaboré par l'acheteur à l'issue de la procédure de passation^[20].

Sur l'office du Juge confronté à une décision de l'acheteur entachée d'irrégularité

Pour conclure cet état des lieux de la jurisprudence récente relative aux offres anormalement basses, il y a lieu de mentionner la décision du 2 mars 2022 par laquelle le Conseil d'État a précisé l'office du juge des référés dans l'hypothèse où celui-ci considère que l'acheteur a commis une erreur manifeste d'appréciation en décidant d'écarter une offre comme anormalement basse.

Dans une telle hypothèse, le juge des référés doit limiter sa décision d'annulation à la seule phase de la procédure à laquelle se rapporte ce manquement, à savoir la phase d'analyse des offres, et ne peut donc, sans commettre une erreur de droit, prononcer l'annulation des étapes de la procédure antérieures à cette phase^[21].

Lorsque l'irrégularité de la décision de l'acheteur est reconnue dans le cadre d'un recours au fond dit *Tarn-et-Garonne* tendant à contester la régularité du marché une fois celui-ci signé, le juge doit prononcer l'annulation dudit marché, éventuellement avec effet différé. À cet égard, il ressort d'un arrêt récemment rendu par la cour administrative d'appel de Paris que la circonstance que le marché soit arrivé à son terme et entièrement exécuté ne constitue pas en soi une atteinte à l'intérêt général susceptible de faire obstacle au prononcé de l'annulation. Pour autant, l'annulation ne peut avoir pour effet la destruction des travaux réalisés par le titulaire du marché et la réattribution du marché au candidat irrégulièrement évincé ; en revanche, ce dernier peut prétendre, s'il disposait d'une chance sérieuse de remporter le marché, à l'indemnisation de son manque à gagner^[22]. À défaut, le candidat irrégulièrement évincé ne peut demander que le remboursement des frais de présentation de son offre, sous réserve qu'il n'était pas dépourvu de toute chance de remporter le marché.

[12] CAA Toulouse 10 mai 2022, req. n° 20TL22631.

[13] TA Pau 22 juillet 2022, req. n° 2201522.

[14] TA Orléans 26 août 2022, req. n° 220716.

[15] CCP, art. R. 2152-4.

[16] CCP, art. R. 2181-2.

[17] CCP, art. R. 2181-3.

[18] TA Pau 22 juillet 2022, req. n° 2201522.

[19] CE 29 mai 2013, Ministre de l'Intérieur, req. n° 366606.

[20] CCP, art. R. 2184-2.

[21] CE 2 mars 2022, req. n° 458019.

[22] CAA Paris 31 mars 2021, Société Jean Lefebvre Pacifique, req. n° 18PA02799.