

L'OFFRE ANORMALEMENT BASSE

L'article L. 410-2 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 ».

Au regard du droit de la concurrence, la notion de prix abusivement bas visée par l'article L 420-5 du code de commerce ne s'applique pas aux offres remises dans le cadre d'une procédure d'attribution de marchés publics. L'acheteur ne peut en effet 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 personnels¹.

Néanmoins, pour protéger l'acheteur d'offres financièrement séduisantes mais dont la solidité pourrait ne pas être assurée, l'article 53 de l'ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics dispose : « Lorsqu'une offre semble anormalement basse, l'acheteur exige que l'opérateur économique fournisse des précisions et justifications sur le montant de son offre. Si, après vérification des justifications fournies par l'opérateur économique, l'acheteur établit que l'offre est anormalement basse, il la rejette dans des conditions fixées par voie réglementaire. »². Cet article impose une vigilance de l'acheteur dans la détection des offres anormalement basses.

Ni l'ordonnance relative aux marchés publics, ni les directives ne donnent de définition de l'offre anormalement basse. Les acheteurs doivent donc apprécier la réalité économique des offres, afin de différencier une 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 60 du décret n° 2016-360 du 25 mars 2016 relatif aux marchés publics prévoit une procédure de traitement des offres suspectées d'être anormalement basses par l'acheteur. Ce dispositif permet de ne pas sanctionner l'offre basse mais seulement l'offre anormale qui nuit à la concurrence loyale entre les candidats et qui, si elle était retenue, risquerait de mettre en péril la bonne exécution du marché public ou de conduire à la conclusion d'avenants en cours de marché public.

Dès lors, et quelle que soit la procédure de passation mise en œuvre, il appartient à l'acheteur qui se voit remettre une offre paraissant anormalement basse, dans un premier temps, de solliciter de son auteur la communication de tous les éléments permettant d'en vérifier la viabilité économique, et, dans un second temps, d'éliminer cette offre, si les justifications fournies par le candidat ne permettent pas d'établir cette viabilité.

L'article 62 II de l'ordonnance du 23 juillet 2015 introduit l'exigence de contrôle de l'offre anormalement basse du sous-traitant, au moment du dépôt de l'offre mais aussi lorsque la demande est présentée après ce dépôt.

1. Comment identifier une offre anormalement basse ?

Une offre peut être qualifiée d'anormalement basse, si son prix ne correspond pas à une réalité économique. L'acheteur peut apprécier la dimension économique des offres à partir de plusieurs référentiels. Ces indices ne suffisent pas, pour autant, à qualifier automatiquement 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

¹ CA de Paris, 3 juillet 1998, *Société moderne d'assainissement et de nettoyage*, RG n°97-15750, Recueil Dalloz 1999, page 249 ; Conseil de la concurrence, *décision n°07-D-38 du 15 novembre 2007*.

² Art. 69 de la *directive 2014/24/UE* du 26 février 2014 et art. 84 de la *directive 2014/25/UE* du 26 février 2014.

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 dédiées³.

Autre exemple, une entreprise de travaux peut proposer un prix qui semble anormalement bas car elle exécute déjà un marché public identique à proximité. Dans cette hypothèse, elle n'a donc pas les mêmes contraintes de déploiement de nouveaux équipements fixes de chantier, ce qui lui permet de réduire ses coûts.

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. Il peut résulter de la compétitivité des entreprises, de leur productivité, de leur compétence technique et de leur santé financière, de leur structure de coûts ou de leur recours à des innovations. Dans ces hypothèses, le prix proposé, bien que plus bas que celui des autres opérateurs économiques, n'affecte pas le jeu normal de la concurrence⁵.

L'acheteur doit donc raisonner au cas par cas, en prenant en compte les exigences du cahier des charges et les caractéristiques des offres remises. Il relève de sa responsabilité de procéder à une étude détaillée de l'ensemble des offres remises et des circonstances dans lesquelles elles ont été présentées⁶.

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 illégal⁷. L'acheteur 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 offre⁸ et constitue ainsi une discrimination indirecte.

En revanche, l'acheteur peut utiliser une formule mathématique, afin de déterminer un seuil d'anomalie, en-deçà duquel les offres sont suspectées d'être anormalement basses, permettant la mise en œuvre de la procédure contradictoire.

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 basse⁹. Cet écart peut être apprécié en fonction d'un seuil déterminé par la moyenne des offres reçues¹⁰, avec éventuellement neutralisation des offres les plus hautes. Cette moyenne correspondra ainsi à l'estimation raisonnable du coût des prestations en cause.

Toutefois, l'acheteur ne peut se fonder sur le seul écart de prix entre deux offres pour qualifier une offre d'anormalement basse, sans rechercher si le prix en cause était en lui-même manifestement sous-évalué, c'est-à-dire susceptible de compromettre la bonne exécution du marché public¹¹.

L'Autorité de la concurrence met également 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 prix¹². La moyenne peut ainsi être faussée par les offres de « courtoisie » remises par certains candidats qui n'ont pas l'intention de remporter le marché public, mais qui souhaitent montrer leur intérêt ou se faire connaître de l'acheteur.

³ CE, 29 mai 2013, *Min. Int. c/ Sté Artéis*, n° 366606.

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

⁵ CJUE, 15 mai 2008, *SECAP c/ Commune di Torino* et Santorso Soc. coop arl., aff. C-147/06 et C-148/06, point 26.

⁶ CAA Marseille, 12 juin 2006, *SARL Stand Azur*, n° 03MA02139.

⁷ CJUE, 22 juin 1989, *Sté Fratelli Costanzo SPA c/ Commune de Milan*, C-103/88.

⁸ CJUE, 27 novembre 2001, *Impresa Lombardini SPA*, C-285/99 ; CJUE, C-147/06, précité, pour une application aux marchés publics non soumis aux directives marchés publics.

⁹ CAA Marseille, 12 juin 2006, n°03MA02139, précité.

¹⁰ TA Lyon, ord., 24 février 2010, *Société ISOBASE*, n° 1000573 : « Offre d'un montant deux fois moins élevé que la moyenne des offres ».

¹¹ CE, 29 mai 2013, *Min. Int. c/ Sté Artéis*, précité. CE, 3 novembre 2014, *Office national des forêts*, n° 382413.

¹² Conseil de la concurrence, 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.

1.4. Par comparaison avec l'estimation de l'acheteur

La différence conséquente entre le prix de l'offre d'un candidat et l'estimation de l'acheteur peut être un élément d'identification d'une offre anormalement basse. Parce qu'elle correspond aux disponibilités budgétaires de l'acheteur, 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 public.

Il appartient à l'acheteur de s'assurer que l'offre présentée permet à son auteur de respecter les obligations sociales issues du code du travail et des conventions collectives, notamment en matière de rémunération. Le Conseil d'Etat a jugé que le droit, pour tout salarié, de percevoir une rémunération au moins égale au SMIC était un principe général du droit¹³. Une attention particulière devra être portée par les acheteurs sur les marchés à forte main d'œuvre.

L'acheteur 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 coût¹⁴.

L'analyse des offres remises au vu de ces éléments permet à l'acheteur de relever certains indices qui ne suffisent pas pour qualifier l'offre anormalement basse, mais qui justifient le déclenchement de la procédure contradictoire.

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

Après avoir identifié les offres susceptibles d'être anormalement basses, l'acheteur 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 obligation¹⁵. L'absence de procédure contradictoire et l'exclusion automatique d'un candidat dont l'offre est suspectée d'être anormalement basse peuvent, le cas échéant, être sanctionnées par le juge¹⁶.

L'article 60 du décret n° 2016-360 du 25 mars 2016 relatif aux marchés publics précise que la vérification du caractère anormalement bas de l'offre s'applique à l'ensemble de l'offre, y compris à la part du marché public que le candidat envisage de sous-traiter. L'article 134 du même décret précise à cet égard les démarches que l'acheteur doit effectuer lorsque le montant de la sous-traitance lui apparaît anormalement bas (art. 134 1° lorsque la demande de sous-traitance intervient au moment du dépôt de l'offre).

L'obligation de détection et d'élimination d'une offre anormalement basse s'applique également à l'égard des offres présentées par les personnes publiques¹⁷.

2.1. L'acheteur doit demander des explications au candidat qui a déposé l'offre.

La procédure contradictoire permet à l'acheteur 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.

¹³ CE, 23 avril 1982, *Ville de Toulouse*, n° 36851.

¹⁴ CE, 1er mars 2012, *Département de la Corse du Sud*, n° 354159.

¹⁵ CJUE, 29 mars 2012, *SAG ELV Slovensko*, C-599/10.

¹⁶ TA Lille, 25 janvier 2011, *Ste Nouvelle SAEF*, n°0800408.

¹⁷ CE, 20 février 2013, *Laboratoire Biomnis*, n° 363656.

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. L'acheteur 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.* »¹⁸

L'article 60 du décret n° 2016-360 du 25 mars 2016 donne une liste non exhaustive des justifications. L'entreprise peut notamment justifier qu'elle met en œuvre un mode de fabrication des produits ou un procédé de construction particulier, qu'elle a adopté des solutions techniques particulières, que son offre comporte une originalité particulière, ou encore qu'elle a bénéficié d'aides régulières.

Si l'acheteur doit solliciter auprès de l'auteur d'une offre suspectée d'être anormalement basse toutes les précisions et justifications de nature à expliquer le prix proposé, il n'est en revanche pas tenu de lui poser des questions spécifiques¹⁹.

L'acheteur précise dans son courrier le délai²⁰ qui est laissé au candidat pour fournir les justifications demandées.

2.2. L'acheteur doit apprécier la pertinence des explications fournies par le candidat.

L'article 60 du décret n° 2016-360 du 25 mars 2016 relatif aux marchés publics énumère cinq types de justifications qui peuvent être prises en considération par le pouvoir adjudicateur :

- 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 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 offre²¹. D'autres explications peuvent donc être apportées et aucune n'est exclue *a priori*.

2.3. L'acheteur doit décider de l'admission ou du rejet de l'offre en cause.

L'acheteur doit procéder à un examen attentif des informations fournies par l'entreprise pour justifier son prix. Si ces éléments sont convaincants, l'acheteur 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 eu égard aux capacités économiques, techniques et financières de l'entreprise et de démontrer que le marché public ne peut être exécuté dans les conditions prévues, l'acheteur ou, le cas échéant la commission d'appel d'offres²², est tenu de la rejeter par décision motivée. A titre d'exemple, un candidat ne peut se borner à invoquer sa longue expérience et sa qualité de précédent titulaire du marché public pour justifier un prix largement plus faible que l'estimation de l'acheteur et la moyenne des offres des autres candidats²³.

¹⁸ CJUE, C-599/10, précité.

¹⁹ CE, 29 octobre 2013, *Département du Gard*, n°371233.

²⁰ Un délai de quatre jours, incluant deux jours non ouvrés, laissé à une entreprise pour justifier son prix a été jugé suffisant dès lors que la réponse à apporter n'est pas d'une technicité particulière (CAA Paris, 6 mai 2014, *Association Frate Formation Conseil*, n° 11PA01533).

²¹ CJUE, C-285/99, précité.

²² Pour les marchés publics dont la valeur estimée hors taxe est égale ou supérieure aux seuils européens passés par les collectivités territoriales, leurs groupements et les établissements publics locaux, à l'exception des établissements publics sociaux ou médico-sociaux, « le titulaire est choisi par une commission d'appel d'offres composée conformément aux dispositions de l'article L. 1411-5 » (art. L 1414-2 du CGCT).

²³ CE, 15 octobre 2014, *Communauté urbaine de Lille*, n° 378434.

Les motifs du rejet des offres anormalement basses doivent être mentionnés dans le rapport de présentation de la procédure.²⁴

Cette obligation de rejet des offres anormalement basses repose sur l'objectif d'efficacité de la commande publique fixé par l'article 1^{er} de l'ordonnance du 23 juillet 2015. La motivation de la décision de rejet doit notamment permettre à l'auteur de cette offre de contester utilement devant un juge le rejet qui lui a été opposé²⁵.

L'absence de réponse du soumissionnaire à la demande d'explications de l'acheteur permet à l'acheteur d'exclure l'offre du candidat²⁶.

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

L'acheteur 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 public.

3.1. Risques opérationnels

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

3.1.1 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 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 public et de remettre en cause les conditions de la mise en concurrence initiale.

3.1.2 Risque de défaillance

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

3.1.3 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).

3.1.4 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'acheteur 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.

²⁴ Article 105 du décret n° 2016-360 du 25 mars 2016 relatif aux marchés publics.

²⁵ CE, 29 octobre 2013, *Département du Gard*, précité.

²⁶ CAA Bordeaux, 17 novembre 2009, *SICTOM Nord*, n°08BX01571.

3.2. Risques juridiques

➤ Le juge administratif exerce un contrôle restreint sur l'appréciation que fait l'acheteur du caractère anormalement bas d'une offre, qu'il soit saisi du refus de l'acheteur de rejeter une telle offre ou au contraire de la décision de ce dernier d'écarter une offre pour ce motif. 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'appréciation²⁷.

Il en est de même lorsque l'acheteur omet de mettre en œuvre la procédure contradictoire alors que les offres présentaient manifestement un caractère anormalement bas. Un tribunal, saisi par un candidat évincé, a considéré dans cette situation que l'acheteur avait méconnu ses obligations de mise en concurrence et d'égalité d'accès aux marchés publics²⁸.

➤ Le juge exerce un contrôle complet sur le respect de la procédure. L'acheteur est tenu de suivre les étapes de la procédure contradictoire. S'il omet de demander des précisions à l'auteur de l'offre et la rejette, la décision d'attribuer le marché public à un autre candidat est irrégulière²⁹. L'entreprise pourra prétendre à être indemnisée si elle avait des chances sérieuses d'obtenir le marché public³⁰.

²⁷ CE, 15 avril 1996, *Commune de Poindimie*, précité ; CE, 1er mars 2012, *Département de la Corse du Sud*, précité ; CE, 29 janvier 2003, *Département d'Ille-et-Vilaine*, n° 208096 ; CE, 29 octobre 2013, *Département du Gard*, n° 371233 ; CE, 15 octobre 2014, *Communauté urbaine de Lille*, précité ; CE, 3 novembre 2014, *Office national des forêts*, précité.

²⁸ TA Cergy-Pontoise, ord., 18 février 2011, *SCP Claisse et associés*, n°1100716.

²⁹ CE Ass., 5 mars 1999, *Président de l'Assemblée nationale*, n°163328.

³⁰ CAA de Nancy, 7 novembre 2013, *Société TST-Robotics*, n° 12NC01498.