

## 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* ».

Néanmoins, pour protéger l'acheteur public d'offres financièrement séduisantes mais dont la solidité 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)<sup>1</sup>.

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 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 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 concurrence 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 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. Le pouvoir adjudicateur 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 personnels<sup>2</sup>.

### 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<sup>3</sup>.

Le pouvoir adjudicateur 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 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<sup>4</sup>. 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 entreprise<sup>5</sup>.

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.

<sup>1</sup> Art. 55 de la directive 2004/18/CE du 31 mars 2004 et art. 57 de la directive 2004/17/CE du 31 mars 2004 ; voir également 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, non encore transposés.

<sup>2</sup> 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.

<sup>3</sup> Point 15.2 du Guide de bonnes pratiques en matière de marchés publics.

<sup>4</sup> CE, 29 mai 2013, *Min. Int. c/ Sté Artéis*, n° 366606.

<sup>5</sup> CE, 15 avril 1996, *Commune de Poindimie*, 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 illégal<sup>6</sup>. 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<sup>7</sup>.

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 code.

### 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 basse<sup>8</sup>. Cet écart peut être apprécié en fonction d'un seuil déterminé par la moyenne des offres reçues<sup>9</sup>, avec éventuellement neutralisation des offres les plus hautes. Cette moyenne correspondra ainsi à l'estimation raisonnable du coût des prestations en cause.

Toutefois, le pouvoir adjudicateur 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<sup>10</sup>.

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 prix<sup>11</sup>. 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, 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 basse. 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 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 droit<sup>12</sup>. 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

<sup>6</sup> CJCE, 22 juin 1989, *Sté Fratelli Costanzo SPA c/ Commune de Milan*, C-103/88.

<sup>7</sup> CJCE, 27 novembre 2001, *Impresa Lombardini SPA*, C-285/99 ; CJCE, 15 mai 2008, *SECAP c/ Commune di Torino*, C-147/06, pour une application aux marchés publics non soumis aux directives marchés publics.

<sup>8</sup> CAA Marseille, 12 juin 2006, *SARL Stand Azur*, n°03MA02139.

<sup>9</sup> TA Lyon, ord., 24 février 2010, *Société ISOBASE*, n°1000573 : « Offre d'un montant deux fois moins élevé que la moyenne des offres ».

<sup>10</sup> CE, 29 mai 2013, *Min. Int. c/ Sté Artéis*, précité.

<sup>11</sup> 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.

<sup>12</sup> CE, 23 avril 1982, *Ville de Toulouse*, n° 36851.

couverture intégrale du coût de la reprise des salariés, compte tenu des possibilités de redéploiement ou d'imputation partielle de ce coût<sup>13</sup>.

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<sup>14</sup>. 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 juge<sup>15</sup>.

### ***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.* »<sup>16</sup>

Si le pouvoir adjudicateur 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 spécifiques<sup>17</sup>.

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

L'article 55 du code énumère cinq types de 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 offre<sup>18</sup>. D'autres explications peuvent donc être apportées et aucune n'est exclue *a priori*.

<sup>13</sup> CE, 1er mars 2012, *Département de la Corse du Sud*, n° 354159.

<sup>14</sup> CJUE, 29 mars 2012, *SAG ELV Slovensko*, C-599/10.

<sup>15</sup> TA Lille, 25 janvier 2011, *Ste Nouvelle SAEE*, n°0800408.

<sup>16</sup> CJUE, C-599/10, précité.

<sup>17</sup> CE, 29 octobre 2013, *Département du Gard*, n°371233.

<sup>18</sup> CJCE, C-285/99, précité.

### **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 eu égard aux capacités économiques, techniques et financières de l'entreprise et de démontrer que le marché ne peut être exécuté dans les conditions prévues, le pouvoir adjudicateur (ou la commission d'appel d'offres<sup>19</sup>) 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<sup>er</sup> du code des marchés publics<sup>20</sup>. 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 opposé<sup>21</sup>.

L'absence de réponse du soumissionnaire à la demande d'explications du pouvoir adjudicateur permet au pouvoir adjudicateur d'exclure l'offre du candidat<sup>22</sup>.

## **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.

#### **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 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.

#### **3.1.2 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.

#### **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).

<sup>19</sup> Pour les marchés passés selon une procédure formalisée par les collectivités territoriales et les établissements publics locaux, à l'exception des établissements publics sociaux ou médico-sociaux (art. 55 CMP).

<sup>20</sup> TA Lille, 25 janvier 2011, n° 0800408, précité.

<sup>21</sup> CE, 29 octobre 2013, *Département du Gard*, précité.

<sup>22</sup> CAA Bordeaux, 17 novembre 2009, *SICTOM Nord*, n°08BX01571.

### 3.1.4 Risque de travail dissimulé<sup>23</sup>

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.

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.

### **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, qu'il soit saisi du refus du pouvoir adjudicateur 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'appréciation<sup>24</sup>.

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 tribunal, 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 publics<sup>25</sup>.

➤ 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 irrégulière<sup>26</sup>. L'entreprise pourra prétendre à être indemnisée si elle avait des chances sérieuses d'obtenir le marché<sup>27</sup>.

<sup>23</sup> Une fiche technique sur le dispositif de lutte contre le travail dissimulé est disponible à l'adresse suivante :

[http://www.economie.gouv.fr/files/files/directions\\_services/daj/marches\\_publics/conseil\\_acheteurs/fiches-techniques/mise-en-oeuvre-procedure/mp-et-lutte-contre-travail-dissimule.pdf](http://www.economie.gouv.fr/files/files/directions_services/daj/marches_publics/conseil_acheteurs/fiches-techniques/mise-en-oeuvre-procedure/mp-et-lutte-contre-travail-dissimule.pdf).

<sup>24</sup> 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 .

<sup>25</sup> TA Cergy-Pontoise, ord., 18 février 2011, *SCP Claisse et associés*, n°1100716.

<sup>26</sup> CE Ass., 5 mars 1999, *Président de l'Assemblée nationale*, n°163328.

<sup>27</sup> CAA de Nancy, 7 novembre 2013, *Société TST-Robotics*, n° 12NC01498.