

Les offres anormalement basses

Références Code des Marchés Publics : articles 1er, 53, 55

L'ESSENTIEL

Le choix de l'offre économiquement la plus avantageuse

L'article 1^{er} du CMP pose l'obligation pour les personnes publiques acheteuses de choisir « l'offre économiquement la plus avantageuse ».

Il appartient donc à l'autorité compétente, au terme de toute procédure de passation d'un marché public de choisir l'offre économiquement la plus avantageuse au sens de l'article 53 du CMP.

Le CMP tend donc à une meilleure efficacité de l'achat public.

Or, l'article 55 du Code des marchés publics dispose, que : « 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. Pour les collectivités territoriales et les établissements publics locaux, à l'exception des établissements publics de santé et des établissements publics sociaux ou médico-sociaux, c'est la commission d'appel d'offres qui rejette par décision motivée les offres dont le caractère anormalement bas est établi.

Peuvent être prises en considération des justifications tenant notamment aux aspects suivants :

- 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'Etat par le candidat. Une offre anormalement basse du fait de l'obtention d'une aide d'Etat ne peut être rejetée que si le candidat n'est pas en mesure d'apporter la preuve que cette aide a été légalement accordée. Le pouvoir adjudicateur qui rejette une offre pour ce motif en informe la Commission européenne.

Notion d'offre anormalement basse

L'offre anormalement basse peut être un indice révélant une entreprise exsangue, une erreur voire une stratégie de dumping (pratique interdite), l'entreprise formulant cette offre pouvant être un cocontractant à risque pour la personne publique acheteuse (que ce soit pour la mise en concurrence ou pour l'exécution ultérieure du contrat).

Problème d'appréciation

La notion d'offres anormalement basses rend particulièrement délicat à apprécier exactement :

- ce que recouvre la notion d'offres basses, dans la mesure où les prix sont libres. En outre, une offre ne peut pas être mathématiquement anormalement basse, dans la mesure où l'anormalité est révélée par la globalité de l'offre, et non simplement par son montant financier ;
- ce qui relève de la normalité ou de l'anormalité. Si cette offre ne révèle pas une entreprise qui aurait particulièrement étudié son offre, proposé une méthode ou une organisation mieux adaptée donc moins coûteuse. Si l'offre ne traduit pas la découverte par le soumissionnaire d'une technique innovante, voire révolutionnaire. Si le soumissionnaire n'a pas baissé ses marges afin de s'introduire sur un nouveau

marché pour lui.

Détection des offres anormalement basses

La personne publique peut recourir à un faisceau d'indices afin de reconnaître une offre anormalement basse.

- comparer le montant de l'offre concerné à l'estimation que la personne publique acheteuse avait faite du marché lors de l'estimation préalable de ses besoins.

Attention ! le montant de l'offre suspecte ne la rend pas anormalement basse du seul fait qu'il est inférieur à l'estimation de la personne publique acheteuse (une offre ne peut pas être mathématiquement anormalement basse puisque l'anormalité se déduit de la globalité de l'offre). Ainsi la CJCE a jugé qu'« il résulte d'une jurisprudence constante de la Cour que l'article 29 § 2 de la Directive n°71/305 interdit aux Etats membres de mettre en place des dispositions qui prévoient l'exclusion d'office des marchés de travaux publics de certaines offres déterminées selon un critère mathématique » (CJCE, 27 novembre 2001, Lombardini et Montovani, Rec. I-9233, point 45).

- comparer l'offre suspecte avec les autres offres déposées : cela permet de déterminer un niveau de l'offre anormalement basse pour chaque marché en fonction de l'objet spécifique que constitue sa prestation.

Attention ! l'offre de l'entreprise dont le montant est inférieur à toutes les autres offres pourrait être la seule à ne pas avoir participé à une entente. Par conséquent, une offre ne saurait être considérée comme anormalement basse du seul fait que son montant est inférieur à ceux des autres offres (sauf à ce que la différence soit trop importante).

- analyser les éléments intrinsèques de l'offre suspecte: peut permettre de soupçonner qu'une bonne exécution technique du marché est impossible ou que l'entreprise ne pourra retirer une rémunération de sa prestation.

Attention ! l'étude intrinsèque de l'offre nécessite un important travail d'analyse de cette offre par la personne publique acheteuse.

Conséquence

Le cumul de ces différents indices ne peut permettre à la personne publique acheteuse que de détecter les offres suspectes.

En aucun cas elle ne peut les rejeter automatiquement: la personne publique doit respecter la procédure idoine.

BONNES PRATIQUES

Dès lors qu'a été détectée une offre anormalement basse, la personne publique acheteuse doit respecter une procédure contradictoire.

Adresser une demande écrite préalable

En application du droit communautaire (les articles 55 de la directive 2004/18/CE et 57 de la directive 2004/17 reprennent sur ce point les directives de 1992 et 1993) comme du droit interne (article 55 du CMP), la personne publique acheteuse doit demander au soumissionnaire qui a produit une offre suspecte de la justifier.

Attention ! La personne publique acheteuse ne peut se contenter des justificatifs fournis au moment du dépôt de l'offre.

Cette obligation s'impose même si :

- l'offre est manifestement anormalement basse ;
- la personne publique n'a aucun doute sur ce caractère anormalement bas.

Exemple : « alors que l'offre litigieuse était de plus de 60 % moins chère que celle qui sera finalement retenue et que la commission d'appel d'offres considérait que son choix entraînerait probablement différentes difficultés à venir, cette dernière avait l'obligation de demander par écrit des explications au candidat concerné » (TA Rennes, 19 janvier 1994, SARL Pierre Renou et Fils).

Modalités :

- Ces demandes de justifications doivent être demandées par écrit (permet d'étayer un contrôle a posteriori du respect de la procédure contradictoire) ;
- La demande est effectuée par :
 - le pouvoir adjudicateur pour l'Etat, pour les établissements publics de santé et les établissements publics sociaux ou médico-sociaux ; et
 - la commission d'appel d'offres pour les collectivités territoriales.

La personne publique acheteuse doit ménager au soumissionnaire un délai raisonnable pour fournir les justifications qu'elle a requises.

Attention ! le non-respect de cette procédure peut caractériser le délit d'octroi d'avantage injustifié (article 432-14 du Code pénal).

Décision

Dès lors qu'elle a obtenu les justifications requises, la personne publique doit vérifier si l'offre suspecte est véritablement anormalement basse.

Dans cette perspective, elle peut utiliser, en application de l'article 55 du CMP, les justifications suivantes :

- les modes de fabrication des produits, les modalités de la prestation des services, les procédés de construction
- le caractère exceptionnellement favorable des conditions d'exécution dont bénéficie le candidat ;
- l'originalité du projet.
- Décision de rejet : elle doit être motivée au regard des éléments de l'espèce, c'est-à-dire être concrète au regard de l'offre considérée.

Attention ! la décision ne doit pas faire référence aux autres offres.

- Décision d'acceptation : la certitude qu'une offre est anormalement basse n'oblige pas la personne publique responsable à rejeter cette offre.
 - Conséquence : les deux parties sont engagées par le contrat :
 - l'attributaire doit l'exécuter au prix convenu ; et
 - la personne publique acheteuse ne peut refuser de payer les travaux qui se révéleraient indispensables au prétexte que l'attributaire avait volontairement minoré son offre.

Particularité : Le caractère anormalement bas de l'offre peut permettre de la considérer comme inacceptable et justifier une déclaration d'appel d'offres infructueux ;

LES PIEGES A EVITER

- Considérer qu'une offre est anormalement basse du seul fait que son montant est inférieur à l'estimation de la personne publique acheteuse ;
- Considérer qu'une offre est anormalement basse du seul fait que son montant est inférieur à ceux des autres offres ;
- Rejeter une offre suspecte automatiquement, sans respecter la procédure ;
- Ne pas respecter la procédure contradictoire quand l'offre est manifestement anormalement basse ou quand la personne publique n'a aucun doute sur ce caractère anormalement bas ;
- Demander des justifications concernant une offre suspecte par oral ;
- Ne pas ménager au soumissionnaire un délai raisonnable pour fournir les justifications requises ;
- Rejeter une offre anormalement basse en se référant aux autres offres.

achatpublic.info