

Les offres anormalement basses

Le contrôle de légalité des marchés publics effectué par les services du bureau du contrôle de légalité de la préfecture de l'Hérault révèle un certain nombre de difficultés en ce qui concerne la problématique des offres anormalement basses, préjudiciables tant pour les entreprises candidates que pour les collectivités territoriales et établissements publics, maîtres d'ouvrage publics.

Si le contexte économique actuel peut conduire certains prestataires à proposer des prix très bas afin d'augmenter leurs chances d'obtenir des contrats, l'attribution d'un marché à une entreprise qui a sous-évalué le prix de la prestation peut avoir des conséquences dommageables pour les différents acteurs économiques :

- La qualité des prestations fournies peut ne pas correspondre aux attentes de l'acheteur public et des défauts d'exécution peuvent être constatés. Dans les situations les plus extrêmes, le marché peut rester partiellement inexécuté ;
- L'entreprise retenue peut rencontrer des difficultés à respecter le cahier des charges et risque d'être en contentieux avec l'acheteur ;
- Le jeu de la concurrence est faussé et les entreprises évincées qui auraient été en mesure de fournir une prestation de qualité pour un prix plus élevé sont, au final, lésées.

Face à ce constat, il apparaît nécessaire que les collectivités territoriales et les établissements publics définissent avec soin les critères qui vont présider au choix de l'offre économiquement la plus avantageuse susceptible de répondre aux besoins définis dans le cahier des charges, tout en définissant les critères techniques gage d'une qualité attendue. Par ailleurs, lorsque le prix proposé par une entreprise est manifestement trop bas, il apparaît utile de rappeler que les acheteurs publics ont la possibilité de faire application des dispositions des articles R.2152-3 à R.2152-5 du Code de la commande publique (CCP) relatifs aux offres anormalement basses.

I. Le choix de l'offre économiquement la plus avantageuse

Conformément à l'article R.2152-7 du CCP, pour attribuer le marché au soumissionnaire qui a présenté l'offre économiquement la plus avantageuse, l'acheteur se fonde soit sur un critère unique qui peut être le prix ou le coût, soit sur une pluralité de critères, parmi lesquels figure le critère du prix ou du coût et un ou plusieurs autres critères comprenant des aspects qualitatifs, environnementaux ou sociaux.

Dans la pratique, les acheteurs utilisent fréquemment le critère du prix ainsi que celui de la valeur technique pour analyser les offres et choisir le meilleur candidat. Mais ces derniers n'indiquent pas toujours aux candidats sur quels éléments les offres sont analysées au titre du critère de la valeur technique, de sorte que lors du dépôt des offres, les éléments transmis, souvent trop généralistes et peu adaptés aux spécificités du marché, ne permettent pas toujours de départager les candidats. Dès lors, deux conditions sont essentielles afin de garantir du choix de l'offre économiquement la plus avantageuse :

1. La nécessaire connaissance des sous-critères pour apprécier les offres au titre de la valeur technique ainsi que la pondération retenue pour chacun des sous-critères

Les sous-critères sont indispensables non seulement pour l'acheteur, car ils permettront une analyse plus aisée des offres mais aussi pour les candidats, car c'est une garantie de transparence susceptible d'influer sur la présentation des offres. **La jurisprudence administrative impose notamment de les rendre explicites ainsi que la pondération appliquée :** *« Si le pouvoir adjudicateur décide, pour mettre en œuvre ces critères de sélection des offres, de faire usage de sous-critères également pondérés ou hiérarchisés, il doit porter à la connaissance des candidats la pondération ou la hiérarchisation de ces sous-critères dès lors que, eu égard à leur nature et à l'importance de cette pondération ou hiérarchisation, ils sont susceptibles d'exercer une influence sur la présentation des offres par les candidats [...] »*¹.

1 CE, 18 juin 2010, n°337377

2. Les offres doivent être correctement analysées dans une grille de notation

Concernant l'analyse des offres au regard des sous-critères annoncés, à la différence du critère du prix, peut laisser place à des pratiques irrégulières. Sont ainsi constatées des pratiques telles que celles qui consistent à :

- N'analyser les offres du point de vue de la valeur technique qu'à partir du moment où les offres de prix entre les candidats sont relativement proches ;
- Noter les offres du point de vue de la valeur technique en raison de la notoriété des candidats, des expériences passées entre ceux-ci et le maître d'œuvre ou de la proximité géographique des candidats ;
- Noter les offres du point de vue de la valeur technique non pas en fonction de leur valeur intrinsèque mais sur la base du seul fait que les éléments exigés ont été renseignés (exemple: un élément non renseigné conduira à attribuer la note de 0 alors qu'à l'inverse, un élément renseigné, même s'il n'est pas détaillé, conduira à attribuer la note maximale) ;
- Analyser très sommairement les offres du point de vue de la valeur technique (voire à ne procéder à aucune analyse) et attribuer volontairement la même note à tous les candidats, de sorte qu'en présence des deux critères du prix et de la valeur technique, cela revient à attribuer systématiquement le marché au candidat le moins disant.

Néanmoins, le juge administratif considère que s'il ne peut être exclu, par principe, que des candidats obtiennent la même note au titre d'un critère portant sur la valeur technique des offres, en revanche, l'obtention de cette même note par plusieurs offres suppose qu'elles ne se distinguent les unes des autres sur aucun des points faisant l'objet d'une appréciation². C'est pourquoi, afin de noter les offres du point de vue de la valeur technique, il est **indispensable de comparer qualitativement chaque offre par rapport aux autres afin de pouvoir les différencier et les noter de la manière la plus juste.**

Pour ce faire, il est recommandé d'établir une correspondance entre une gamme d'appréciation la plus diversifiée et une valeur chiffrée (en points) mesurant la qualité de l'offre. De plus, l'acheteur public peut pondérer le critère de l'offre dite « la moins disante » en établissant un cahier des charges précis, afin d'assurer une qualité suffisante attendue.

2 TA Saint-Denis, 23 juillet 2010, n°1000649

II. Le rejet d'une offre 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 constitue une obligation. L'article R. 2152-3 du CCP 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 R. 2193-9 du CCP précise à cet égard que les dispositions des articles R. 2152-3 à R. 2152-5 doivent également être mises en œuvre par l'acheteur lorsque le montant de la sous-traitance apparaît anormalement bas.

Ainsi, **le rejet d'une offre anormalement basse comporte trois étapes :**

1. L'acheteur doit mettre en demeure l'opérateur économique concerné de justifier le prix ou le coût proposé

La procédure contradictoire permet à l'acheteur de s'assurer que les prix proposés sont économiquement viables et que le soumissionnaire a pris en compte l'ensemble des exigences formulées dans le dossier de consultation. L'opérateur économique 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 les justifications qu'il jugera utiles. L'acheteur doit formuler clairement sa demande aux soumissionnaires concernés afin de permettre à ceux-ci « de justifier pleinement et utilement le caractère sérieux de leur offre ».

L'article R. 2152-3 du CCP énumère à titre illustratif **une liste des justifications susceptibles d'être produites**. 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 spécifiques, compte tenu du caractère illustratif des cas mentionnées à l'article R. 2152-3.

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

L'examen par l'acheteur des explications fournies par le soumissionnaire a pour objet à la fois :

- De déterminer le caractère cohérent ou non du prix bas au regard de la prestation exigée ;
- De déterminer quels sont les éléments de valorisation qui aboutissent à ce prix globalement bas (et vérifier que ces éléments techniques sont bien conformes au cahier des charges du marché public) ;
- De s'assurer que, si ce prix bas est cohérent, il ne repose pas sur l'irrespect de la législation sociale et environnementale applicable ou sur le bénéfice d'aides d'État incompatibles avec le marché intérieur européen (ce qui serait constitutif d'une concurrence déloyale).

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 les explications demandées ne permettent pas d'établir le caractère économiquement viable de l'offre, eu égard aux capacités économiques, techniques ou 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'offres, est tenu de la rejeter par décision motivée.

Les articles R. 2152-4 et R. 2152-5 du CCP précisent les hypothèses dans lesquelles l'acheteur est tenu de rejeter une offre anormalement basse. Il s'agit des situations où les éléments fournis par le soumissionnaire ne justifient pas de manière satisfaisante le bas niveau du prix ou des coûts proposés, ou lorsqu'il est établi que l'offre contrevient, en matière de droit de l'environnement, de droit social ou de droit du travail, aux obligations imposées, notamment par le droit français, ou encore que le soumissionnaire a bénéficié d'une aide d'État incompatible avec le marché intérieur au sens de l'article 107 du TFUE.

Cette obligation de rejet des offres anormalement basses repose sur l'**objectif d'efficacité de la commande publique** prévu par l'article L3 du CCP. 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. L'absence de réponse du soumissionnaire à la demande d'explications de l'acheteur permet à ce dernier d'exclure l'offre concernée.

Les offres jugées anormalement basses constituent toujours des offres irrégulières.

Elles sont en outre un cas particulier d'offre irrégulière dans la mesure où elles sont, par nature, non-régularisables. L'acheteur est tenu de les rejeter quelle que soit la procédure de passation, en application des articles L. 2152-5 et L. 2152-6 ainsi que R. 2152-1 et R. 2152-2 du CCP, du fait de leur caractère anormalement bas non justifié.

- **Si l'acheteur retient une offre anormalement basse, que risque-t-il ?**

Les risques opérationnels	Les risques juridiques
<p>Le risque financier : Le prix proposé est sous-estimé au vu des prestations décrites dans le cahier des charges. Le titulaire risque de présenter, en cours d'exécution du marché public, des demandes de rémunération complémentaires que l'acheteur s'estimera 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.</p>	<p>Le juge administratif exerce un contrôle complet sur le respect de la procédure, et notamment sur le fait que l'acheteur ait ou non décidé de solliciter des justifications de l'opérateur économique et que la procédure contradictoire prévue aux articles R. 2152-3 à R. 2152-5 du CCP a bien été mise en œuvre. Le juge administratif exerce un contrôle restreint sur l'appréciation que fait l'acheteur du caractère anormalement bas d'une offre à la suite des justifications apportées par l'opérateur économique. 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.</p>

<p>Le 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, voire à la faillite du titulaire. L'acheteur doit alors gérer la défaillance du titulaire (rupture d'approvisionnement, arrêt de chantier...) voire relancer une procédure pour la passation d'un marché public de substitution.</p>	
<p>Le risque de mauvaise qualité des prestations exécutées : Non respect des exigences techniques du cahier des charges et/ou en contravention avec les règles de sécurité du travail.</p>	
<p>Le risque de travail dissimulé ou de recours à la sous-traitance cachée : Afin de compenser le prix bas de son offre, le titulaire exécute le marché public en violant la législation du travail ou la législation sur la sous-traitance.</p>	

Que faut-il retenir ?

Bien que légale, l'offre dite du « moins disant » n'est pas systématique dans la mesure où l'acheteur public peut par son cahier des charges définir une offre répondant à des critères techniques et de qualité. Le rejet d'une offre anormalement basse est une obligation sous certaines conditions. Enfin, les risques sont de plusieurs natures : opérationnels et juridiques.