

Offres anormalement basses : l'appréciation des explications fournies par le candidat

L'analyse de la jurisprudence révèle que l'acheteur public doit, lors de l'examen des justifications fournies par le candidat, déterminer si l'offre est susceptible de nuire à la bonne exécution du marché. En outre, le juge administratif n'exerce qu'un contrôle restreint s'agissant de l'analyse effectuée par l'acheteur public des réponses apportées par le candidat.

L'article 55 du Code des marchés publics impose au pouvoir adjudicateur, avant de rejeter une offre comme anormalement basse, de demander par écrit les précisions qu'il juge utiles puis de vérifier les justifications fournies par le soumissionnaire. Le caractère contradictoire de la procédure est une obligation, protégée tant par le juge communautaire que par le juge administratif⁽¹⁾. Dans la perspective de l'élimination d'une offre anormalement basse, cette procédure contradictoire constitue en effet une garantie essentielle, et pour le candidat dont l'offre ne peut être rejetée sans qu'il ait eu l'opportunité de se justifier, et pour l'acheteur public, qui doit être mis en mesure de faire le départ entre l'offre particulièrement avantageuse et celle anormalement basse. Le pouvoir adjudicateur ne peut se contenter d'indices, il doit vérifier concrètement les justifications produites par le candidat.

Or, le Code des marchés publics ne renseigne guère sur la portée et les limites de cette vérification. Et la jurisprudence reste encore partielle. Elle montre toutefois que les explications fournies par le soumissionnaire doivent permettre au pouvoir adjudicateur d'apprécier si le niveau de prix est suffisant pour ne pas compromettre la bonne exécution du marché. Elle indique également que le juge administratif n'entend pas contrôler directement les justifications données par le candidat, mais qu'il vérifie uniquement si la position prise par le pouvoir adjudicateur n'est pas entachée d'erreur manifeste.

L'appréciation, par l'acheteur public, des justifications fournies par le soumissionnaire

Selon la Cour de justice, le droit communautaire exige « du pouvoir adjudicateur qu'il vérifie la composition des offres

Auteur

Xavier Bigas et Jérôme Léron
Avocats à la Cour
SCP Lyon-Caen & Thiriez

Mots clés

Écart de prix • Égalité de traitement • Erreur manifeste d'appréciation • Justifications

(1) CE, Ass. 5 mars 1999, Président de l'Assemblée nationale, req. n° 163328 ; CJCE 18 juin 1991, Dona Alphonso et figli, aff. C-295/89, Rec. p. 2697 ; CJCE 29 mars 2012, SAG ELV Slovensko a.s. et autres, aff. C-599/10.

présentant un caractère anormalement bas en lui imposant à cet effet l'obligation de demander aux candidats de fournir les justifications nécessaires pour prouver que ces offres sont sérieuses »^[2]. La jurisprudence a permis de préciser ce qu'il faut entendre par le caractère sérieux de l'offre et la nature des éléments susceptibles d'être pris en compte par le pouvoir adjudicateur pour en justifier.

L'offre peut-elle nuire à la bonne exécution du marché ?

Lorsqu'il analyse les justifications apportées par le soumissionnaire, l'acheteur public doit être guidé principalement par la question suivante : l'offre est-elle, compte tenu du niveau des engagements présentés et notamment de son prix, susceptible de nuire à la bonne exécution du marché ?

Le Conseil d'État rappelle de manière constante que « si les précisions et justifications apportées ne sont pas suffisantes pour que le prix proposé ne soit pas regardé comme manifestement sous-évalué et de nature, ainsi, à compromettre la bonne exécution du marché, il appartient au pouvoir adjudicateur de rejeter l'offre »^[3]. C'est bien parce que l'offre présente des risques pour la personne publique, en termes de qualité des prestations et de risque de défaillance du soumissionnaire, qu'elle doit être considérée comme anormalement basse. Par conséquent, le pouvoir adjudicateur doit estimer la pertinence des explications fournies par le candidat en appréciant si elles lèvent le doute sur ses capacités à exécuter le marché dans de bonnes conditions. L'appréciation du pouvoir adjudicateur doit porter uniquement sur la réalité économique de l'offre proposée par le soumissionnaire en cause.

Pour cette raison, le seul écart de prix avec les concurrents ne suffit pas à qualifier une offre d'anormalement basse^[4], même en cas de faible marge^[5]. L'acheteur public ne peut davantage écarter une offre au seul motif qu'une composante mineure du prix est inférieure au coût de revient^[6]. Cette conception paraît plus réductrice que celle retenue en droit communautaire, la Cour de justice incluant dans son analyse du caractère anormalement bas d'une offre l'atteinte à la concurrence qu'une politique inférieure aux coûts risque de développer^[7]. En droit interne, en l'état

actuel de la jurisprudence, l'administration ne peut se placer pas sur ce terrain du droit de la concurrence pour retenir la qualification d'offre anormalement basse.

Les justifications susceptibles d'être prises en compte

Pour apprécier les caractéristiques de l'offre au regard de sa bonne exécution, l'article 55 du CMP liste les justifications « susceptibles d'être prises en considération ».

Il s'agit :

- des modes de fabrication des produits, des modalités de la prestation des services et des procédés de construction ;
- des conditions exceptionnellement favorables dont dispose le candidat pour exécuter les travaux, pour fournir les produits ou pour réaliser les prestations de services ;
- de l'originalité de l'offre ;
- des dispositions relatives aux conditions de travail en vigueur là où la prestation est réalisée ;
- de l'obtention éventuelle d'une aide d'État par le candidat.

On aurait pu croire que ces éléments sont les seuls susceptibles d'être pris en compte par le pouvoir adjudicateur dans son appréciation du caractère anormalement bas d'une offre. Mais, sous l'impulsion du juge communautaire^[8], l'article a été lu comme permettant à l'acheteur public d'en retenir d'autres, et même des éléments que l'administration peut se procurer elle-même^[9]. Cela permet également au pouvoir adjudicateur d'adapter ses demandes, en fonction des spécificités tenant aux caractéristiques du marché ou même au candidat, par exemple lorsque l'offre est proposée par une personne publique^[10]. Les justifications doivent permettre au soumissionnaire de faire valoir les optimisations pratiquées justifiant son prix peu élevé. Ainsi, l'absence de couverture des charges effectivement exposées par le candidat ne permet pas à elle seule de caractériser une offre anormalement basse dès lors que, dans ses explications, la société a pu justifier les caractéristiques économiques de son offre par son organisation, la réduction de ses marges et l'optimisation de sa gestion^[11]. Mais il faut que les explications portent sur toutes les composantes de l'offre. Ainsi, des délais d'exécution brefs supposent des moyens techniques importants qui doivent se retrouver dans le prix proposé^[12]. Par ailleurs, plus le prix est bas et plus les explications doivent être fournies. Face à un écart de prix important,

[2] CJCE 29 mars 2012, SAG ELV Slovensko a.s. et autres, aff. C-599/10.

[3] CE 29 mai 2013, Ministre de l'Intérieur, req. n° 366606, *CP-ACCP*, n° 135, septembre 2013, p. 70, note E. Lanzarone et H. Braunstein. Cf. également TA Lille 25 janvier 2011, Sté nouvelle SAEE, n° 0800408 ou CAA Nancy 7 novembre 2013, Sté TST-Robotics, req. n° 12NC01498.

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

[5] CAA Marseille 3 avril 2008, SARL Mariani Frères, req. n° 06MA01331.

[6] Le juge administratif sanctionne le pouvoir adjudicateur pour avoir écarté une offre dont la composante anormalement basse ne représentait que moins de 1 % du montant global de l'offre : TA Versailles 18 novembre 2008, Sté EGS et Spelco, *Contrats et marchés publics* 2009, comm. 38.

[7] CJCE 27 novembre 2001, Impresa Lombardi SpA, aff. C-285/95.

[8] CJCE 27 novembre 2001, Impresa Lombardi SpA, aff. C-285/95.

[9] Cf. pour une étude technique : TA Lille, 25 janvier 2011, Sté Nouvelle SAEE, précité.

[10] Des justifications particulières doivent pouvoir être valorisées pour expliquer le prix : cf. E. Lanzarone et H. Braunstein, « Analyse des offres : les explications que le pouvoir adjudicateur peut/doit demander », *CP-ACCP*, n° 122, juin 2012, p. 89. Pour un exemple d'analyse d'une offre présentée par une personne publique : CE 20 février 2013, Sté Laboratoire Biomnis, req. n° 363656.

[11] CE 25 octobre 2013, Département de l'Isère, req. n° 370573.

[12] CAA Lyon 5 décembre 2013, Sté AD Arnaud Démolition, req. n° 12LY01142.

eu égard à la moyenne des propositions des autres candidats ou aux estimations de la personne publique, le pouvoir adjudicateurs ne peut se satisfaire d'une explication uniquement centrée sur l'expérience du candidat ou le contexte économique difficile^[13].

Enfin, on notera le sort réservé aux bénéficiaires d'aides d'État. Le caractère anormalement bas d'un prix peut résulter du bénéfice, pour le soumissionnaire, d'une aide d'État. Dans ce cas, la seule justification à apporter concerne la légalité de l'octroi de l'aide. Si elle a été légalement accordée, à savoir notifiée à la commission européenne et déclarée compatible avec le droit communautaire, alors le pouvoir adjudicateur ne peut se fonder sur le caractère anormalement bas, en raison de cet avantage, pour écarter l'offre.

L'appréciation de l'acheteur public

Une fois les éléments produits par le candidat au regard des risques pesant sur l'exécution du marché analysés, la marge d'appréciation de l'acheteur public sur le sort à réserver à l'offre est singulièrement réduite. Soit les explications sont considérées comme suffisantes et il est alors procédé à l'analyse de l'offre dans les mêmes conditions que celles des autres concurrents. Dès lors qu'elle ne met pas en péril la bonne exécution du marché, il est logique qu'elle soit examinée. Elle sera simplement particulièrement compétitive. Soit les clarifications apportées sont impropres à expliquer le prix proposé par le candidat et présente un risque pour l'exécution du marché. Le caractère anormalement bas de l'offre est alors établi et le pouvoir adjudicateur, ou la commission d'appel d'offres^[14], est tenu de rejeter cette offre par une décision faisant apparaître les motifs du rejet.

La question du caractère obligatoire du rejet a été débattue en doctrine, dès lors que les termes de l'article 55 indiquent seulement que le pouvoir adjudicateur « peut » écarter une offre anormalement basse. En réalité, l'acheteur public paraît contraint par son analyse des explications données. C'est d'ailleurs ce qu'il ressort des formules des arrêts récents du Conseil d'État, lequel estime que « si les précisions et justifications apportées ne sont pas suffisantes pour que le prix proposé ne soit pas regardé comme manifestement sous-évalué et susceptible de rendre difficile l'exécution du marché, il appartient au pouvoir adjudicateur de rejeter l'offre »^[15]. Reste le cas de l'absence de toute réponse par le soumissionnaire. La jurisprudence indique que ce silence pouvait légitimement conduire l'administration à rejeter l'offre^[16]. Est-ce pour autant une obligation ? Le juge n'a pas encore

tranché cette question. Mais la logique de l'article 55 du CMP est plutôt en ce sens : si le pouvoir adjudicateur a mis en œuvre la procédure contradictoire, c'est qu'il disposait d'indices forts lui permettant de suspecter l'existence d'une offre anormalement basse. Or, l'absence de réponse à ses interrogations ne peut que le conduire à conforter sa première appréciation.

Mais la décision du pouvoir adjudicateur est soumise au contrôle du juge administratif, lequel a évidemment un rôle majeur à jouer en cas de recours. Ainsi, en cas d'offre anormalement basse retenue par l'acheteur public, le candidat évincé pour ce motif peut être amené à critiquer la décision prise qui l'a évidemment lésé. Mais rien n'empêche par ailleurs un concurrent évincé, au vu des informations collectées (motifs détaillés du rejet de son offre et caractéristiques financières de l'offre retenue...), de soutenir qu'une offre anormalement basse a été irrégulièrement retenue. En effet, le fait de retenir une offre anormalement basse porte à l'évidence atteinte à l'égalité de traitement. Le juge administratif, notamment en référé, peut être alors amené à « examiner l'examen » effectué par l'administration.

Le contrôle juridictionnel de l'analyse effectuée par l'administration

Un contrôle restreint

Le juge administratif se livre à une recherche de l'erreur manifeste d'appréciation en matière d'offre anormalement basse^[17].

La recherche de l'erreur manifeste d'appréciation, auquel se livre le juge administratif, quant à l'analyse effectuée par l'acheteur public des réponses apportées par le candidat, révèle l'application d'un contrôle restreint. Couramment pratiqué par le juge administratif dans de nombreuses matières^[18], l'application d'un tel contrôle est souvent utilisée en matière contractuelle et, plus généralement, en matière de gestion de services publics locaux. Ce contrôle restreint du juge touche ainsi à la gestion des services publics locaux par les personnes publiques^[19] et est également exercé pour apprécier les mérites d'une offre jugée satisfaisante dans le cadre d'une procédure d'attribution d'un marché public^[20].

[13] CE 29 octobre 2013, Département du Gard, req. n° 371233.

[14] Selon l'article 55 du CMP, 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, c'est la commission d'appel d'offres qui rejette par décision motivée les offres dont le caractère anormalement bas est établi.

[15] CE 25 octobre 2013, Département de l'Isère, req. n° 370573.

[16] CAA Bordeaux 17 novembre 2009, SICTOM Nord, req. n° 08BX01571.

[17] CE 29 mai 2013, Ministre de l'Intérieur, req. n° 366606 ; CAA Marseille 12 juin 2006, SARL Stand Azur, req. n° 03MA02139 ; CAA Bordeaux 17 novembre 2009, SICTOM Nord, req. n° 08BX01571.

[18] En matière de contrôle des motifs de la suppression du service public : CE 16 janvier 1991, Fédération nationale des usagers des associations d'usagers de transports, nos 116212 116224, *Rec. CE*, p 14 ; sur le contrôle d'une décision de dissoudre un établissement public : CE 5 juillet 1989, Saubot et autres, req. n° 87188, *Rec. CE*, p. 1591.

[19] Sur la tarification du service public de distribution d'eau potable : CE 31 juillet 2009, SA Les Sables d'or et autres, req. n° 303876.

[20] CE 14 janvier 1998, Sté Martin-Fourquin, req. n° 168688, *Rec. CE*, p. 12.

Une telle solution est logique : le juge administratif ne saurait se prononcer, de quelque manière que ce soit, sur l'opportunité du choix opéré^[21]. Ainsi, il est couramment admis que le juge administratif ne saurait substituer son appréciation à celle de l'administration et, par exemple, comparer les mérites respectifs des offres^[22]. À ce titre, l'« examen de l'examen » des justifications apportées, par le juge des référés précontractuels n'avait rien d'évident, dès lors que ce dernier ne saurait se substituer à l'administration^[23]. Mais l'analyse de l'offre anormalement basse est effectué en amont et renvoie à la conformité de l'offre, à sa régularité, que le juge des référés peut examiner, plus qu'à l'appréciation, en aval, de ses qualités^[24].

Le contrôle peut porter sur la décision de l'acheteur public d'accepter une offre anormalement basse^[25] ou, situation inverse, une décision du pouvoir adjudicateur excluant une offre en raison de son caractère anormalement bas^[26], voire même sur la décision d'entamer, ou non, une vérification en ce sens^[27]. Sur le fondement de ce contrôle, le juge administratif ne saurait rechercher si les précisions apportées par la société étaient suffisantes pour démontrer la viabilité économique de son offre : le juge administratif doit seulement vérifier si l'acheteur public, en retenant l'offre ou en l'écartant après analyse, a entaché sa décision d'une erreur manifeste dans l'appréciation des explications données^[28]. L'examen de l'analyse effectuée par l'acheteur public porte plus sur sa réalité que sur son bien-fondé, hors erreur d'une particulière gravité.

C'est donc un contrôle restreint auquel se livre le juge administratif lorsqu'est en cause l'analyse menée par la personne publique des justifications apportées par le candidat, en matière d'offres anormalement basses.

Justifications du contrôle restreint

Les raisons d'une telle limitation du contrôle du juge à la recherche des erreurs grossières sont nombreuses. L'application d'un tel type de recours s'explique bien évidemment par les limitations du pouvoir du juge en

matière contractuelle et à l'impossibilité pour lui de se substituer à l'administration.

Mais la spécificité de l'analyse des justifications apportées par le candidat suspecté d'avoir transmis une offre anormalement basse n'y est pas étrangère non plus. En effet, l'administration ne saurait analyser le prix dans toutes ses caractéristiques et rechercher s'il est prédateur. Ainsi qu'il a déjà été expliqué, l'acheteur public doit se limiter à examiner si le prix proposé permet une exécution correcte du marché. C'est « seulement » la garantie d'une exécution correcte du marché qui est recherchée. En ne dérogeant pas à cette règle, le juge des marchés publics se limite à garantir la continuité du service public, plus qu'à exercer une véritable analyse économique et concurrentielle de l'offre et du secteur économique concerné, nécessairement plus approfondie et plus ardue.

Un contrôle non marginal

Le rôle du juge administratif, lorsqu'il contrôle l'analyse par l'acheteur public des justifications apportées par le candidat, ne saurait pour autant se limiter à la portion congrue.

Certes, il va, lors de la recherche d'une éventuelle erreur manifeste d'appréciation, se limiter à l'erreur d'analyse grossière. Le contrôle peut ainsi apparaître minimal, tant dans des affaires où l'acheteur public, a estimé, au vu des explications fournies, que l'offre était bien anormalement basse que dans des affaires où, au contraire, l'acheteur public estime que, en définitive, le caractère anormalement bas de l'offre n'est pas établi et les justifications apportées sont satisfaisantes. Les exemples d'annulation, par le juge, de l'appréciation effectuée par l'administration, sans être inexistantes, sont rares.

De même, au stade de la cassation, l'erreur du juge des référés qui ne s'est pas limité à rechercher l'erreur manifeste d'appréciation doit être sanctionnée : garant de la portée du contrôle du juge administratif, le Conseil d'État sanctionne ainsi le contrôle trop approfondi^[29].

Mais le juge administratif va bien évidemment rechercher si les principes et méthodes d'analyse sus-évoquées ont bien été respectés. La Haute juridiction a ainsi déjà sanctionné, sur le fondement d'une erreur de droit, le juge qui avait estimé que l'offre anormalement basse de l'attributaire découlait du seul écart de prix avec la concurrence, sans rechercher si le prix était sous-évalué et risquait d'entraver la bonne exécution du marché^[30].

Le juge administratif exerce donc un contrôle minimal qui, pour autant, n'est pas anodin. Surtout, il contrôle si les principes de l'examen effectué par l'acheteur public respectent l'objectif de la recherche de l'offre anormalement basse : prémunir l'administration contre un cocontractant déficient et garantir, ainsi, la continuité du service public.

[21] M. Long, P. Weil, G. Braibant, P. Delvolvé, B. Genevois, *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, 15^e éd. P. 182.

[22] CE 29 juillet 1998, Syndicat mixte du transport en commun de l'agglomération Clermontoise, req. n° 194412 ; CE 25 juillet 2001, Syndicat des eaux de l'Iffernet, req. n° 231319 ; CE 19 novembre 2004, Cne d'Auxerre, req. n° 266975.

[23] CE 24 juin 2011, Sté SANEF, req. n° 347720.

[24] O. Févrot, « Offre anormalement basse, obligations des pouvoirs adjudicateurs et contrôle du juge », *CP-ACCP*, n° 122, juin 2012, p. 84.

[25] CE 1^{er} mars 2012, Département de la Corse du Sud, req. n° 354159.

[26] CE 29 janvier 2003, Département d'Ille et Vilaine, req. n° 208096.

[27] TA Paris, ord. réf., 16 décembre 2010, C.C. surv. Sécu., *Contrats-Marchés publics* 2011, comm. 143.

[28] CE 25 octobre 2013, Département de l'Isère, req. n° 370573.

[29] CE 25 octobre 2013, Département de l'Isère, req. n° 370573.

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