



Efficacité de la commande publique et offre anormalement basse.

Catherine Prebissy-Schnall

► **To cite this version:**

Catherine Prebissy-Schnall. Efficacité de la commande publique et offre anormalement basse.. Contrats concurrence consommation, LexisNexis, 2011. hal-01866701

HAL Id: hal-01866701

<https://hal-univ-paris10.archives-ouvertes.fr/hal-01866701>

Submitted on 3 Sep 2018

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

« Efficacité de la commande publique et offre anormalement basse : TA Lille, 25 janv. 2011, Sté Nouvelle SAE, req. n° 0800408 », *Contrats Concurrence Consommation* n° 4, avril 2011, comm. 97.

Catherine Prebissy-Schnall

En application de l'objectif d'efficacité de la commande publique et quelle que soit la procédure de passation mise en œuvre, il appartient au pouvoir adjudicateur qui se voit remettre une offre paraissant manifestement anormalement basse, d'une part, de solliciter de son auteur la communication de tous les éléments permettant d'en vérifier la viabilité économique, et, d'autre part, d'éliminer ladite offre si les justifications fournies par le candidat ne permettent pas d'établir cette viabilité.

[TA Lille, 25 janv. 2011, req. n° 0800408, Sté Nouvelle SAE](#) : [JurisData n° 2011-002358](#)

Note :

En l'espèce, la société nouvelle SAE a saisi le juge administratif d'un recours en contestation de la validité du marché relatif au traitement paysager du site la Gravière du Colombier à Virval. Ce marché a été passé sur appel d'offres restreint par l'établissement public foncier Région Nord-Pas-de-Calais. La société requérante considérait d'une part que sa candidature n'avait pas été correctement écartée en application des dispositions de l'[article 83 du Code des marchés publics](#) et d'autre part que le pouvoir adjudicateur n'avait pas détecté l'offre anormalement basse déposée par la société concurrente Naudet et cie.

Sur le premier moyen, le juge considère que « par son courrier de réponse du 12 décembre 2007, le président de l'Établissement public foncier Région Nord-Pas-de-Calais a indiqué à la Société Nouvelle SAE le nom de la société attributaire, ainsi que les notes obtenues par les deux candidats sur les critères et sous-critères d'appréciation prévus par le règlement de consultation ; qu'ainsi que le révèle le contenu de son mémoire initial, la Société Nouvelle SAE était en mesure de contester utilement avec ces seules informations le rejet de son offre devant le juge du référé précontractuel, sans que puisse y faire obstacle la circonstance que l'Établissement public foncier Région Nord-Pas-de-Calais lui ait indiqué que l'attributaire était la société « Naudet » et non la société « Naudet et Cie » ; que le moyen tiré de la méconnaissance de l'[article 83 du Code des marchés publics](#) doit donc être écarté ».

Concernant le caractère anormalement bas de l'offre de la société Naudet et cie (477 708, 79 euros TTC alors que l'estimation de l'administration était de 785 966, 95 euros TTC), le tribunal considère que « l'Établissement public foncier Région Nord-Pas-de-Calais, qui a demandé à la société Naudet et Cie de lui adresser ses sous-détails de prix pour mieux appréhender son offre de prix, fait [...] valoir à travers l'étude de son service technique en date du 5 mars 2008 que l'estimation du maître d'œuvre ne peut être considérée comme représentative car elle a été faite à partir des prix pratiqués par les entreprises de paysage soumises à une faible concurrence alors que la société attributaire appartient à la catégorie des entreprises de reboisement, qui sont plus compétitives sur des prestations de reverdissement de surfaces importantes comme celles qui font l'objet du marché litigieux ; qu'au vu des offres remises par l'ensemble des entreprises, l'estimation du maître d'œuvre était par ailleurs surévaluée d'au moins 70 000 euros HT ; que l'Établissement public foncier Région Nord-Pas-de-Calais fait valoir par ailleurs que la société Naudet et Cie est le premier pépiniériste de

France et a effectué des prestations de qualité dans le cadre de plusieurs marchés conclus par lui ; que les prix proposés par la société Naudet et Cie sont cohérents avec ceux qu'elle a pu déjà proposer dans le cadre de ces marchés ou de ceux conclus avec d'autres collectivités locales de la région ; que la Société Nouvelle SAEE ne conteste pas utilement ces affirmations ; que, dans ces conditions, il ne résulte pas de l'instruction que l'offre de la société Naudet et Cie présentait manifestement un caractère anormalement bas ».

L'intérêt du jugement rendu ne réside pas dans la motivation du rejet de la demande d'annulation du marché mais dans la rédaction d'un considérant de principe qui a pour originalité de combiner la lecture de l'[article 1er du Code des marchés publics](#) sur l'objectif d'efficacité de la commande publique et celle de l'article 55 du même code concernant l'offre anormalement basse (OAB). En effet, à travers une analyse économique de la notion d'offre anormalement basse, le juge administratif va confirmer le caractère obligatoire de la procédure de détection de ces offres (I) et indiquer que la vérification qu'une offre n'est pas anormalement basse doit également se faire dans le cadre d'une procédure adaptée dans un objectif d'efficacité de la commande publique et de protection des deniers publics (II).

I. – La procédure de détection des OAB de l'[article 55 du Code des marchés publics](#) est obligatoire. Le moyen tiré du caractère anormalement bas du prix de l'offre du candidat retenu est de plus en plus couramment invoqué en contentieux mais difficile à définir, à évaluer (l'offre peut être très basse sans que cela soit anormal. Mais cette offre peut aussi provenir d'entreprises fragiles, prêtes à tout). Aux termes de l'[article 55 du Code des marchés publics](#), « 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 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. [...] ». Même si le verbe utilisé est « pouvoir », il faut le lire comme « devoir ».

Sur ce point, le jugement du tribunal administratif de Lille n'est pas novateur puisqu'il s'inscrit dans un mouvement jurisprudentiel tant national qu'eupéen qui a pour but de préciser le régime juridique des offres anormalement basses. En effet, plusieurs jugements très récents sont venus confirmer la nécessité de déclencher la procédure de vérification des offres prévue par l'[article 55 du Code des marchés publics](#) (TA Lyon, 26 mars 2010, *Sté Chenil Service*, n° 10012936. – TA Lyon, 18 mai 2009, *Sté Albertazzi*, n° 0902595. – TA Lyon, 10 janv. 2011, *RDS c/ Cté d'agglomération Saint-Étienne Métropole*, n° 1007517). Une telle obligation de rejet des offres anormalement basses a également été posée par la jurisprudence européenne qui décompose son raisonnement en quatre temps pour identifier les offres anormales : détection ; demande des justifications par écrit ; appréciation de la pertinence des explications fournies ; décision de rejet de l'offre qui doit être motivée ou décision d'admission de l'offre (CJCE, 27 nov. 2001, *Impresa Lombardini*, aff. C-285/99). Le caractère obligatoire de la lutte contre les offres anormalement basses s'impose, en effet, au pouvoir adjudicateur pour au moins deux raisons fondamentales :

– Tout d'abord à cause du risque principal d'inexécution du marché (V. *Circulaire du Préfet de l'Allier*, 24 juill. 2009, « *Choix de l'offre économiquement la plus avantageuse dans les marchés publics* » : l'attribution d'un marché à une entreprise qui a sous-évalué le prix de la prestation peut avoir les conséquences dommageables suivantes 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 attributaire peut rencontrer des difficultés à respecter le cahier des charges et risque de se trouver en contentieux avec l'acheteur ; le jeu de la concurrence est faussé et les entreprises évincées qui auraient pu être en mesure de fournir une prestation de qualité pour un prix plus élevé se trouvent au final lésées »).

– Ensuite en raison de la responsabilité qui incombe au pouvoir adjudicateur de « bien acheter » : ce dernier doit avoir conscience de ses devoirs (devoir d'agir, devoir de ne pas être négligent, devoir d'accepter de supporter les conséquences de son acte) ce qui implique une conduite déterminée, commune aux uns et aux autres, en fonction des règles de la profession. L'instauration d'une telle culture de la sécurité juridique permet de donner une nouvelle impulsion à l'activité économique en incitant à un usage plus vigilant des deniers publics. Elle pousse les acheteurs publics à gérer l'argent public au plus près des besoins des collectivités, ce qui implique non seulement de respecter les règles prescrites par le Code des marchés mais aussi de mieux prendre en considération la question de l'analyse des offres reçues. Le jugement du tribunal administratif de Lille s'inscrit pleinement dans ce cheminement vers un meilleur dialogue interne et vers une meilleure prise en compte de l'objectif d'efficacité de la commande publique.

II. – Dans un objectif d'efficacité de la commande publique, la vérification obligatoire de la viabilité économique de l'offre concerne tous les marchés quelle que soit la procédure de passation. Principale pierre d'achoppement de la réforme du Code des marchés publics, la notion d'offre anormalement basse est spécifique aux marchés publics et ne saurait se confondre avec d'autres notions (comme la vente à perte, les prix prédateurs, les pratiques concertées). En l'absence de définition apportée par le droit des marchés publics, l'offre anormalement basse peut se définir comme une offre proposée par l'entreprise dont le montant ne reflète manifestement pas le coût réel de l'ouvrage à réaliser, ne correspond manifestement pas à une réalité économique. Aux termes de [l'article 55 du Code des marchés publics](#), pour détecter une offre anormalement basse « *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'État par le candidat [...]* ».

En application des dispositions de [l'article 55 du Code des marchés publics, le tribunal administratif de Lille](#) confirme que la vérification qu'une offre n'est pas anormalement basse doit se faire dans le cadre de toutes les procédures de passation des marchés et notamment dans le cadre d'une procédure adaptée. Mais il va plus loin en prenant en compte l'objectif d'efficacité de la commande publique fixé à l'article 1er du même code et donc de viabilité économique de l'offre : « Considérant qu'une offre anormalement basse est de nature à compromettre la bonne exécution du marché conclu sur sa base ; que dès lors, en application de l'objectif d'efficacité de la commande publique fixé par [l'article 1er du Code des marchés publics](#) et des dispositions précisées de l'article 55 du même code, et quelle que soit la procédure de passation mise en œuvre, il appartient au pouvoir adjudicateur qui se voit remettre une offre paraissant manifestement anormalement basse, d'une part, de solliciter de son auteur la communication de tous les éléments permettant d'en vérifier la viabilité

économique, et, d'autre part, d'éliminer ladite offre si les justifications fournies par le candidat ne permettent pas d'établir cette viabilité ».

À travers ce considérant le juge prend pleinement en compte le souci principal du pouvoir adjudicateur qui est l'efficacité de la commande publique et le bon usage des deniers publics. L'objectif n'est pas d'éliminer l'OAB mais de s'assurer que le marché sera exécuté jusqu'au bout et bien exécuté. L'Autorité de la concurrence considère, en effet, les offres anormalement basses comme acceptables et facteur d'une plus grande concurrence dès l'instant où elles permettent l'entrée sur le marché d'un nouveau concurrent, respectent le principe de la liberté des prix et n'ont pas le caractère d'offres prédatrices. Selon elle, « il n'existe aucun critère économiquement pertinent et juridiquement acceptable permettant... de distinguer une offre "anormalement basse" d'une offre "concurrentielle" ». Dès lors elles ne doivent pas être obligatoirement éliminées (*Cons. conc., avis n° 96-A-68, 2 juill. 1996 relatif aux propositions formulées dans le rapport Trassy-Paillogues portant sur la réforme du droit de la commande publique : Rev. Marchés publ. n° 1/1997*). Le Code des marchés publics (ou plutôt la lecture jurisprudentielle de l'article 55) rend obligatoire la détection des offres anormalement basses mais non leur élimination. Le tribunal administratif de Lille rend obligatoire la détection des offres qui compromettent la bonne exécution du marché et donc l'efficacité de la commande publique. Faut-il y voir la naissance d'une nouvelle qualification de l'offre anormalement basse par référence à sa capacité à compromettre la bonne exécution du marché ? Faut-il donc y voir une réduction du champ des OAB ? Dans l'attente d'une réponse du Conseil d'État sur cette nouvelle définition, l'entreprise dont l'offre est suspectée anormalement basse doit pouvoir justifier, par tous moyens (et pas seulement au regard du seul prix. Cf. *Circ. 29 déc. 2009 relative au guide de bonnes pratiques en matière de marchés publics, plus explicite dans son § 14 : « Une offre peut être qualifiée d'anormalement basse, si son prix ne correspond pas à une réalité économique »*), que son offre est économiquement viable. Le pouvoir adjudicateur ne pourra véritablement caractériser cette anomalie que lorsqu'il aura jugé insuffisantes les justifications fournies par le soumissionnaire expliquant le caractère particulièrement bas de son offre. Une analyse efficace n'est en réalité possible que si l'acheteur public a une très bonne connaissance du marché.

Deux situations peuvent alors se présenter :

– d'une part, l'exercice non conforme au Code des marchés publics de la pratique de détection des offres anormalement basses : le rejet de l'offre anormalement basse sans demander d'explication au candidat ne repose alors sur aucun fondement régulier et est sanctionné ;

– d'autre part, l'attribution d'un marché au candidat le moins-disant mais dont le prix est, en réalité, un prix anormalement bas. La décision d'un tel choix peut non seulement avoir pour effet de favoriser, en connaissance de cause, un candidat par rapport aux autres concurrents qui ont déposé des offres réalistes mais peut également conduire le pouvoir adjudicateur à commettre d'autres atteintes au droit des marchés publics susceptibles de tomber sous le coup de l'incrimination de l'[article 432-14 du Code pénal](#) (conclusion multiple d'avenants, recours abusif à la sous-traitance) pour pouvoir faire face aux conséquences de la mise en œuvre du projet économiquement non viable (mauvaise qualité des travaux, coûts supplémentaires pour dépassements des délais). La vérification obligatoire de la viabilité économique de l'offre concerne également les marchés à procédure adaptée. Et on peut se poser la question de savoir si la synthèse opérée par le tribunal administratif de Lille dans son considérant de principe a vocation à s'étendre aux autres contrats de la commande publique ou à rester bien spécifique à la seule matière des marchés publics.

Mots clés : Offre anormalement basse. - Efficacité de la commande publique. - MAPA