

Les offres anormalement basses : état des lieux de la jurisprudence récente

Le Code de la commande publique n'a pas bouleversé les règles applicables en matière d'offres anormalement basses. La jurisprudence applique donc des principes bien éprouvés que ce soit au niveau du champ d'application, du modalité de traitement des offres et des critères d'identification.

À l'occasion de la refonte progressive du droit de la commande publique - matérialisée par l'adoption de l'ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015 et de ses décrets d'application, puis par l'entrée en vigueur, le 1^{er} avril 2019, du Code de la commande publique -, le régime juridique des offres anormalement basses, déjà largement dépeint ici⁽¹⁾, a subi un toilettage progressif. Sans révolutionner ni les notions ni les règles applicables, les nouveaux textes ont principalement eu pour objet de cristalliser les apports jurisprudentiels afférents aux modalités d'identification et de gestion des offres dites anormalement basses. Dans ce contexte, il n'est guère étonnant que les décisions rendues depuis, s'intégrant dans un moule juridiquement balisé, viennent, pour l'essentiel, appliquer des principes déjà connus et identifiés. L'occasion nous est donnée, au travers de l'analyse de cette actualité récente, de revenir sur i) les règles applicables en la matière et leur champ d'application, ii) les critères d'identification des offres anormalement basses, iii) les modalités de traitement de celles-ci.

Un cadre juridique spécifique aux marchés publics ?

En premier lieu, s'agissant du cadre juridique applicable, si les choses étaient claires pour les marchés publics, elles le sont désormais également, avec certaines réserves, pour les contrats de gestion déléguée.

Pour les marchés, le Code de la commande publique, après avoir rappelé qu'une « offre anormalement basse est une offre dont le prix est manifestement sous-évalué

Auteur

Hervé Letellier
Avocat associé,
SELARL Symchowicz-Weissberg et associés

Mots clés

Contrôle juridictionnel • Indices • Offre anormalement basse
• Prix

[1] H. Letellier et E. Tiar, « Offres irrégulières et offres anormalement basses : modifications réglementaires et premières solutions jurisprudentielles », *Contrats publics – Le Moniteur*, n° 180, octobre 2017, p. 57 ; H. Letellier, « Acheteur public : quelle attitude adopter face au risque d'offres anormalement basses ? », *Contrats publics – Le Moniteur*, n° 110, mai 2011.

et de nature à compromettre la bonne exécution du marché »^[2], recense précisément les contraintes juridiques applicables. Il impose ainsi aux acheteurs de « mettre en œuvre tous moyens permettant de détecter » lesdites offres, d'engager une procédure contradictoire de vérification de la pertinence des propositions douteuses^[3] et, *in fine*, d'écarter celles qui lui apparaissent comme anormalement basses^[4] sans possibilité de les faire régulariser^[5]. Ces obligations s'étendent également aux prestations sous-traitées dans les marchés publics autres que de défense ou de sécurité^[6]. Les choses, au moins sur le plan des principes, sont donc clairement posées.

La situation était en revanche plus incertaine pour les contrats, voisins, de gestion déléguée (délégations de service public / concessions). Car, si les textes afférents à ce type de conventions (Code de la commande publique et Code général des collectivités territoriales) ne prévoient pas de règles similaires – ce qui militait en faveur d'une non-transposition mécanique du régime applicable aux marchés publics – reste que les effets de possibles offres anormalement basses sur la qualité du service rendu et sur la situation concurrentielle sont loin d'être anodins^[7]. Pour les éviter, certaines juridictions (certes assez minoritaires) ont considéré que les principes généraux de la commande publique, en dépit de la gestion aux risques et périls inhérente à ces contrats, imposaient, pour ces derniers également, d'écarter toute offre anormalement basse^[8]. Par une décision récente, le Conseil d'État a toutefois remis en cause cette lecture en jugeant que « la prohibition des offres anormalement basses et le régime juridique relatif aux conditions dans lesquelles de telles offres peuvent être détectées et rejetées ne sont pas applicables, en tant que tels, aux concessions »^[9] et, si l'on étend la solution rendue, aux délégations de service public. Les règles régissant les offres anormalement basses seraient donc spécifiques aux marchés et non transposables aux contrats de gestion déléguée, ce qui, de prime abord, peut aisément s'expliquer par le fait qu'un contrôle de la pertinence économique d'une offre peu apparaît antinomique avec un dispositif contractuel qui fait peser le risque d'exécution sur le titulaire.

Est-ce à dire, pour autant, qu'aucun contrôle d'aucune sorte ne pourrait être exercé sur ce type de convention ?

Si la formule précitée peut, de prime abord, le laisser penser, la lecture intégrale de la décision (ainsi que des conclusions du rapporteur public) milite néanmoins en

faveur d'une position plus nuancée. Il peut, à cet égard, être observé que il c'est « en tant que tels » que les principes en cause ne seraient pas applicables (ce qui conduit certes à exclure une application mécanique mais pas forcément une application adaptée à la spécificité de ces contrats) ii) le Conseil prend la peine d'ajouter, après son considérant de principe (ce qui est peut être simplement surabondant mais qui a tout de même été évoqué), qu'en l'espèce les conditions financières de commandes des prestations ne compromettaient pas la « bonne exécution de la concession » iii) le rapporteur public a (lui ?) conclu, dans cette affaire, en faveur d'un contrôle des offres anormalement basses. Un examen certes nuancé, car la logique d'appréciation du prix n'a guère de sens pour les contrats de gestion déléguée (le prix n'ayant qu'un « rôle marginal dans l'équilibre économique du contrat et ne peut certainement pas, aussi bas soit-il, en compromettre la bonne exécution ») mais un examen tout de même, étendu à l'appréciation de l'équilibre économique globale du contrat^[10].

Dans ces circonstances, l'existence de tout contrôle économique ne nous semble pas forcément, et définitivement (sur le plan des principes du moins), exclue pour les contrats de gestion déléguée ; constat qui, dans les faits, devrait toutefois être dépourvu d'impact. Le contrôle juridictionnel, restreint, est en effet déjà suffisamment complexe à mettre en œuvre dans les marchés publics à l'aune de l'appréciation du (seul) prix pour imaginer qu'il puisse être véritablement appliqué s'il s'agit de prendre en considération l'ensemble de l'équilibre financier du contrat géré aux frais et risques^[11].

Les critères d'identification de l'offre anormalement basse

En deuxième lieu, il convient de s'attarder sur le cœur de la problématique, celle de la définition de l'offre anormalement basse ou, a minima, des indices qui permettent de la supputer. C'est précisément là que réside toute la difficulté, laquelle transparait à la seule lecture de la définition légale. Car si l'on sait désormais qu'une offre anormalement basse est une offre « dont le prix est manifestement sous-évalué et de nature à compromettre la

[2] CCP, art. L. 2152-5.

[3] CCP, art. L. 2152-6, R. 2152-3, R. 2352-2.

[4] CCP, art. R. 2152-4 et R. 2152-5.

[5] CCP, art. R. 2152-1 et R. 2152-2.

[6] CCP, art. L. 2193-8 et L. 2193-9.

[7] S. Nicinski, « L'offre anormale dans les délégations de service public », *AJDA* 2011, p. 867.

[8] Cf. par ex. TA Lyon, 2 avril 2010, SDEI, req. n° 100159 ; TA Grenoble, 15 novembre 2019, req. n° 1907101.

[9] CE 26 février 2020, Commune de Saint-Julien-en-Genevois, req. n° 436428, concl. Pélissier.

[10] « Pour le dire autrement, l'offre anormalement basse pour l'obtention d'une concession consisterait à proposer des prestations dont le coût pour l'opérateur est bien supérieur aux recettes de l'exploitation du service. Cette transposition de la notion au droit des concessions n'est ni impossible, au prix d'une certaine adaptation, nous venons de le voir, ni inutile, dans la mesure où les objectifs qu'elle poursuit, à savoir de garantir la bonne exécution du contrat, sont tout aussi prégnants lorsque c'est l'exploitation même d'un service qui est externalisée, voire davantage lorsque ce service est un service public dont la personne publique doit garantir à ses usagers la continuité et la qualité. Vous pourriez donc admettre qu'une autorité concédante ayant reçu une offre qui lui apparaît manifestement structurellement déficitaire demande à son auteur des justifications sur sa viabilité économique et puisse la rejeter si ses explications ne l'ont pas convaincu ».

[11] Cf. en ce sens concl. Pélissier précitées.

bonne exécution du marché »^[12] – et que deux éléments sont donc mis en avant pour la définir (l'absence de réalité économique laquelle empêcherait une exécution pérenne des prestations)^[13] – cette notion reste, en pratique, difficile à cerner. L'étude de la jurisprudence le démontre clairement, celle-ci étant marquée par une analyse très casuistique prenant en compte un certain nombre d'indices (prix proposé, prix de la concurrence, estimation de l'administration, contraintes techniques applicables...), lesquels ne suffisent pour autant pas à qualifier automatiquement et nécessairement l'offre d'anormalement basse^[14]. Bref, mais la logique économique explique cela, les juges, dont le contrôle se limite le plus souvent à celui de l'erreur manifeste^[15], sont contraints de faire avec des indices qui n'en sont parfois pas.

Les récentes décisions rendues en la matière ne dérogent guère à ce « tâtonnement », même si elles permettent de rappeler certains principes.

D'abord, si le prix proposé, et notamment les différences constatées entre les candidats, peut certes constituer un premier indice d'identification ou de soupçons qui pourrait (notamment) conduire à devoir enclencher un processus de vérification^[16], il n'existe pourtant pas de seuil d'identification en deçà duquel l'offre serait nécessairement anormalement basse ou susceptible de l'être (ce qu'avait pourtant envisagé un temps les directives communautaires). C'est ce principe que vient, par exemple, de rappeler la cour administrative d'appel de Douai en jugeant qu'une offre anormalement basse ne pouvait être caractérisée par le simple constat d'un écart de prix de l'ordre de 20 %^[17] ou encore son homologue de Marseille à propos d'une différence de 12 %^[18]. Cette solution avait déjà été admise en dépit d'écarts significatifs existants entre les offres des candidats^[19].

Ensuite, cette analyse économique, qui est donc centrale mais pas décisive, doit être réalisée de manière globale. L'existence d'un prix paraissant anormalement bas au sein d'une offre, pour l'une seulement des prestations

attendues, n'implique ainsi pas, à elle-seule, le rejet de la proposition, y compris lorsque cette prestation fait l'objet d'un mode de rémunération différent ou d'une sous-pondération spécifique au sein du critère du prix. Ce principe, récemment rappelé par plusieurs juridictions^[20], mérite toutefois d'être nuancé si l'on garde à l'esprit que les acheteurs sont également tenus d'opérer un contrôle des offres anormalement basses des sous-traitants et, le cas échéant, d'exclure l'offre déposée. Le caractère anormalement bas d'une partie de l'offre seulement ne peut donc conduire, de ce seul fait, à son éviction sauf si le prix en cause correspond matériellement à une prestation qui sera intégralement sous-traitée.

Enfin, si l'analyse à opérer est, avant toute chose, économique (l'existence d'une offre qui serait manifestement sous-évaluée) ce qui exclurait, selon certaines décisions, d'appréhender les autres aspects de l'offre dont, par exemple, les délais de réalisation proposés^[21] ou certains éléments extrinsèques tels que les défaillances constatées lors de l'exécution du précédent contrat^[22]. Si ce second point s'entend aisément – une offre ne pouvant être regardée comme anormalement basse qu'au regard de ses seules spécificités – le premier mérite d'être nuancé. Dès lors que l'identification d'une offre anormalement basse suppose l'existence d'un prix sous-évalué de nature (aussi) à compromettre la bonne exécution, l'analyse impliquera, d'une certaine manière, d'appréhender l'offre à l'aune de toutes ses composantes. Les prix dépendront en effet du temps passé, des quantités estimées, du nombre de personnel affecté (etc...) par le candidat au vu des exigences du cahier des charges. L'analyse est donc certes focalisée sur l'aspect financier mais n'exclut pas (elle impose même) une mise en perspective plus générale pour appréhender si le prix proposé, pour reprendre les critères mis en avant par le Conseil d'État dans sa décision *Département de la Corse du Sud*^[23], fait courir, pour l'acheteur, un risque de défaillance (ou d'avenants intempestifs). Analyse globale qui, précisément, fait toute la complexité du travail d'identification des offres anormalement basses.

Les modalités de traitement de l'offre douteuse

En troisième lieu, les juridictions administratives – tirant toutes les conséquences de l'obligation générale de contrôle des offres douteuses^[24] – sont venues rappeler que l'acheteur, quelle que soit sa décision finale (conser-

[12] CCP, art. L. 2152-5, définition reprenant la définition jurisprudentielle (cf. par ex. CE 1^{er} mars 2012, Département de la Corse du Sud, req. n° 354159, concl. Dacosta).

[13] CE 3 novembre 2014, Office national des forêts, req. n° 38241.

[14] Sur les méthodes d'identification et d'analyse cf. la fiche de la DAJ sur les offres anormalement basses https://www.economie.gouv.fr/files/files/directions_services/daj/marches_publics/conseil_acheteurs/fiches-techniques/mise-en-oeuvre-procedure/offre-anormalement-basse-2019.pdf.

[15] CE 15 avril 1996, Commune de Poindimie, req. n° 133171 ; CE 1^{er} mars 2012, Département de la Corse du Sud, req. n° 354159.

[16] CAA Paris 6 mai 2014, Association Frate Formation Conseil, req. n° 11PA01533 ; CAA Lyon 5 décembre 2013, Société AD Arnaud Démolition, req. n° 12LY01142.

[17] CAA Douai 3 juillet 2019, Société Voyages Dumont, req. n° 17DA00090.

[18] CAA Marseille 27 janvier 2020, Société XL Ingénierie, req. n° 18MA02886.

[19] CE 4 mai 2016, ADILE de Vendée, req. n° 39659 ; CAA Marseille 12 juin 2017, Collectivité territoriale de Corse, req. n° 16MA03346 ; CAA Nantes 6 octobre 2017, Société Lytec, req. n° 15NT03533.

[20] CE, 13 mars 2019, Société Sepur, req. n° 425191 ; CAA Marseille 27 janvier 2020, Société XL Ingénierie, req. n° 18MA02886 ; TA Montreuil 12 juillet 2019, Société X, req. n° 1907713.

[21] TA Rennes, 9 mars 2020, Société Marine Assistance, req. n° 2000630.

[22] CAA Douai 3 juillet 2019, Société Voyages Dumont, req. n° 17DA00090.

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

[24] CCP, art. L. 2152-6.

ver ou exclure l'offre), est dans l'obligation de mettre en œuvre une procédure contradictoire visant à vérifier la pertinence économique de l'offre douteuse. L'obligation est donc double.

D'une part, l'acheteur ne peut écarter une offre qu'il considère comme anormalement basse sans avoir mis l'opérateur concerné en mesure de démontrer le sérieux de sa proposition au regard, notamment, des justificatifs listés par l'article R. 2152-3 du Code de la commande publique (mode de fabrication des produits, modalités de la prestation, solutions techniques adoptées, originalité de l'offre, réglementation applicable, obtention éventuelle d'une aide d'État...). Ce principe, posé par les textes et la jurisprudence^[25], vient d'être rappelé, par exemple, par la cour administrative d'appel de Marseille qui, à l'occasion d'un recours indemnitaire engagé par un candidat évincé, a jugé que l'acheteur, s'il produisait bien une demande d'explication, n'attestait pas de sa transmission et de sa réception effective par l'entreprise, entachant ainsi d'irrégularité l'éviction contestée^[26]. Dans la même logique, il a été considéré que ne pouvait être opposé à une entreprise le fait que son offre aurait été anormalement basse dès lors que celle-ci n'avait pas été mise en mesure de justifier contradictoirement son niveau de prix lors de la mise en concurrence^[27].

D'autre part, l'acheteur, afin d'assurer l'égalité entre candidats, se trouve dans l'obligation d'enclencher une procédure de vérification dès lors que des éléments objectifs et concordants laissent à penser que l'offre pourrait être économiquement douteuse (quand bien même ne le serait-elle pas *in fine*). L'acheteur n'a donc pas seulement l'obligation d'écarter l'offre anormalement basse, il est aussi contraint, pour sécuriser sa procédure, de formaliser l'engagement d'un processus de détection^[28]. Ce principe est d'ailleurs souvent mis en avant par les juges du référé précontractuel pour annuler (au

moins partiellement) les procédures de dévolution, non pas tant au motif que les offres seraient effectivement anormalement basses (démonstration délicate à faire devant le juge du référé) mais parce que certains indices auraient dû a minima conduire l'acheteur à enclencher une vérification^[29]. La logique paraît en revanche quelque peu différente devant le juge du contrat (puisque le juge apprécie alors la régularité d'un contrat déjà conclu) et se trouve centrée, pour l'essentiel, sur la qualification effective d'offre anormalement basse : si la proposition ne peut être regardée comme telle, alors non seulement aucune obligation d'éviction ne s'imposait mais aussi, a fortiori, aucune obligation formelle de détection^[30].

Pour être complet, il sera rappelé que la mise en place de ce processus contradictoire impose une transparence à la fois du côté de l'acheteur, qui doit formuler précisément sa demande afin de permettre aux soumissionnaires concernés « de justifier pleinement et utilement le caractère sérieux de leur offre »^[31], mais aussi du côté du candidat qui doit y apporter toutes les réponses utiles et étayées^[32]. L'opérateur supporte ainsi la charge de prouver la viabilité de son offre à l'aide d'éléments pertinents tandis que l'acheteur s'expose à ne pas pouvoir régulièrement écarter une offre douteuse (et le cas échéant ne pas pouvoir régulièrement la conserver non plus) en cas de demande imprécise ou superficielle^[33].

[25] Cf. par ex. CJUE 29 mars 2012, SAG ELV Slovensko, aff. C-599/10.

[26] CAA Marseille 27 janvier 2020, Société XL Ingénierie, req. n° 18MA02886. Cf. également CAA Nancy 29 janvier 2019, M.B..., req. n° 18NC00017.

[27] CAA Nancy, 26 février 2019, Société PBTP et Démolitions, req. n° 18NC00064.

[28] CE 30 mars 2017, Région Réunion, req. n° 406224 ; CJUE 10 septembre 2019, Digital Solutions SA c/ Agence européenne de la sécurité aérienne, aff. T-741/17.

[29] TA Rennes ord., 24 avril 2014, Société Heude Bâtiment, req. n° 1401531 ; TA Strasbourg 3 octobre 2014, Société Axal SAS, req. n° 1404837 ; TA Toulouse 25 mai 2012, Société Veolia transport Midi-Pyrénées, req. n° 1202170 ; TA Toulouse 23 novembre 2010, Soc. FM projet, req. n° 1004555.

[30] CAA Bordeaux 9 octobre 2018, Département de la Creuse, req. n° 16BX04004, 16BX04192 ; CAA Douai 3 juillet 2019, Société Voyages Dumont, req. n° 17DA00090.

[31] CJUE 29 mars 2012, SAG ELV Slovensko, aff. C-599/10.

[32] CE 29 mai 2013, Ministre de l'intérieur, req. n° 366606 ; CE 25 octobre 2013, Département de l'Isère, req. n° 370573 ; CE 15 octobre 2014, Communauté urbaine de Lille, req. n° 378434 ; CE 4 mai 2016, Association Elise, req. n° 396590.

[33] CAA Marseille 20 mai 2019, Société C Propre, req. n° 18MA01161 – 18MA01291.