



#Newsletter 16

#Droit des contrats et marchés publics

Tout ce qu'il faut savoir (TCQFS) sur l'offre anormalement basse

Au sommaire :

- Définition
- Procédures concernées
- Démarches à suivre pour le pouvoir adjudicateur
- Eléments à fournir par l'entreprise dont l'offre est présumée anormalement basse
- Repères permettant de juger si une offre est ou non anormalement basse

Publiée le 19 mai 2020

Newsletter à destination des pouvoirs adjudicateurs et des entreprises soumissionnaires.
Toute reproduction partielle ou totale faite sans le consentement préalable de CELEXANSE est interdite

TCQFS sur l'offre anormalement basse

Définition

Code de la commande publique # Article L. 2152-5 :

Une offre anormalement basse est « *une offre dont le prix est manifestement sous-évalué et de nature à compromettre la bonne exécution du marché* ».

Mise en garde : Attention à ne pas confondre l'offre anormalement basse et l'offre concurrentielle. Autrement dit, le pouvoir adjudicateur doit veiller à apprécier au plus juste la réalité économique et financière de l'offre afin de différencier et d'identifier une offre anormalement basse d'une offre (simplement) concurrentielle.

Procédures de passation concernées

Toutes les procédures sont concernées

« Considérant, en quatrième lieu, que quelle que soit la procédure de passation mise en oeuvre, il incombe au pouvoir adjudicateur qui constate qu'une offre paraît anormalement basse de solliciter auprès de son auteur toutes précisions et justifications de nature à expliquer le prix proposé ; 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, sauf à porter atteinte à l'égalité entre les candidats à l'attribution d'un marché public »

CE, 5 février 2018, Métropole Nice Côte d'Azur, req. n°414508

« En dernier lieu, 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 (...) ". Il résulte de ces dispositions que, quelle que soit la procédure de passation mise en oeuvre, il incombe au pouvoir adjudicateur qui constate qu'une offre paraît anormalement basse de solliciter auprès de son auteur toutes précisions et justifications de nature à expliquer le prix proposé. »

CAA Nancy, 29 janvier 2019, M. B, req. n°18NC00017

Démarches à suivre pour le pouvoir adjudicateur

Le pouvoir adjudicateur doit préalablement demander au candidat de justifier son offre de prix s'il veut l'écartier régulièrement par la suite : c'est une obligation

« En dernier lieu, 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 (...) ". Il résulte de ces dispositions que, quelle que soit la procédure de passation mise en oeuvre, il incombe au pouvoir adjudicateur qui constate qu'une offre paraît anormalement basse de solliciter auprès de son auteur toutes précisions et justifications de nature à expliquer le prix proposé.

(...)

Il résulte de l'instruction que si M. B...a été informé, le 7 avril 2015, du rejet de son offre comme anormalement basse au regard des prix proposés dans son devis, la commune de Rosheim ne l'a pas mis en mesure de justifier du niveau de ces prix comme les dispositions précitées lui en faisaient pourtant obligation. Par voie de conséquence, M. B...est fondé à soutenir qu'il a été irrégulièrement évincé de la procédure d'attribution du marché public litigieux et à demander l'indemnisation du préjudice qui est en lien direct avec cette irrégularité. »

CAA Nancy, 29 janvier 2019, M. B, req. n°18NC00017

S'il s'abstient de le faire et déclare l'offre anormalement basse, sa décision est irrégulière.

« Il résulte de l'instruction que l'offre de la société Clair et net était de 128 130 euros alors que les offres des sociétés Net Bis, Sodex net et Guyanet étaient respectivement de 182 832 euros, 183 105 euros et 188 844,01 euros. Ainsi, la société Clair et Net a présenté une offre dont le montant était inférieur de 40% à celui des autres sociétés candidates. Par suite, en s'abstenant de demander à la société Clair et Net des justifications concernant le prix qu'elle avait proposé, afin, le cas échéant, de rejeter son offre comme irrégulière, le pouvoir adjudicateur a commis une erreur manifeste d'appréciation ».

CAA Bordeaux, 29 mars 2016, Sté Guyanet, req. n°14BX01574

« Il résulte de l'instruction que si M. B...a été informé, le 7 avril 2015, du rejet de son offre comme anormalement basse au regard des prix proposés dans son devis, la commune de Rosheim ne l'a pas mis en mesure de justifier du niveau de ces prix comme les dispositions précitées lui en faisaient pourtant obligation. Par voie de conséquence, M. B...est fondé à soutenir qu'il a été irrégulièrement évincé de la procédure d'attribution du marché public litigieux et à demander l'indemnisation du préjudice qui est en lien direct avec cette irrégularité. »

CAA Nancy, 29 janvier 2019, M. B, req. n°18NC00017

De plus, il doit laisser à l'entreprise dont l'offre est présumée anormalement basse un délai suffisant et raisonnable pour communiquer les éléments justifiant et précisant le ou les prix proposé(s)

« Considérant, en premier lieu, que dans les circonstances de l'espèce, alors même qu'il incluait deux jours non ouvrés, le délai de quatre jours qui a été laissé à l'association Frate Formation Conseil pour préciser les éléments de nature à justifier le prix qu'elle proposait était suffisant pour lui permettre de donner suite à la demande qui lui a été adressée par Pôle Emploi, s'agissant de précisions portant sur l'offre qu'elle venait d'élaborer et sur ses modalités de fonctionnement, et qui n'appelaient pas de réponses d'une particulière technicité ; que, d'ailleurs, l'association Frate Formation Conseil a adressé sa réponse dès le 6 juillet 2009, alors que le délai fixé n'expirait que le lendemain, sans jamais se plaindre auprès de Pôle Emploi de l'insuffisance du délai qui lui avait été fixé »

CAA Paris, 6 mai 2004, Frate Formation Conseil req. n°11PA01533

Eléments à fournir par l'entreprise dont l'offre est présumée anormalement basse

Code de la commande publique # Article R. 2152-3 :

« L'acheteur exige que le soumissionnaire justifie le prix ou les coûts proposés dans son offre lorsque celle-ci semble anormalement basse eu égard aux travaux, fournitures ou services, y compris pour la part du marché qu'il envisage de sous-traiter.

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

1° Le mode de fabrication des produits, les modalités de la prestation des services, le procédé de construction ;

2° Les solutions techniques adoptées ou les conditions exceptionnellement favorables dont dispose le soumissionnaire pour fournir les produits ou les services ou pour exécuter les travaux ;

3° L'originalité de l'offre ;

4° La réglementation applicable en matière environnementale, sociale et du travail en vigueur sur le lieu d'exécution des prestations ;

5° L'obtention éventuelle d'une aide d'Etat par le soumissionnaire ».

L'entreprise dont l'offre est présumée anormalement basse doit préciser et justifier son (ses) prix ou les coûts proposés dans son offre

Mise en garde : Attention, l'entreprise ne peut se contenter de communiquer de manière globale et générale des données chiffrées sans justifier, pièce comptable à l'appui, et sans expliquer le détail des prix proposés.

« Considérant, en dernier lieu, qu'il résulte de l'instruction que l'offre de l'association Frate Formation Conseil était inférieure d'environ 20 % à l'estimation de Pôle Emploi et au prix proposé, après négociation, par la société à laquelle le marché a été attribué ; que pour justifier cette offre, l'association s'est bornée à mettre en avant, de façon très générale, sans aucune précision chiffrée et sans aucune pièce justificative, notamment comptable, les locaux permanents, l'équipe de conseillers et les matériels et équipements dont elle disposait, sa structure juridique à but non lucratif, son expérience et le partage des coûts de gestion avec ses financeurs ; qu'il résulte de l'ensemble de ces éléments, qui n'ont été précisés ni devant les premiers juges ni devant le juge d'appel, que Pôle Emploi n'a pas, en écartant l'offre de l'association Frate Formation Conseil comme anormalement basse, commis une erreur manifeste d'appréciation »

CAA Paris, 6 mai 2004, Frate Formation Conseil req. n°11PA01533

Repères permettant de juger si une offre est ou non anormalement basse

Tout d'abord, une offre anormalement basse ne s'apprécie que par rapport au(x) prix et uniquement au(x) prix.

Rien que le(s) prix doi(ven)t être pris en considération.

Mise en garde : tout autre élément composant l'offre, autre que le(s) prix et de quelque nature qu'il soit (délais d'intervention ou de réalisation que le pouvoir adjudicateur pourrait jugé trop courts, volumes de matériaux proposés ou type de matériels que le pouvoir adjudicateur pourrait jugé insuffisants) ne peut être retenu pour déclarer une offre anormalement basse.

« il résulte des termes mêmes des dispositions de l'article L.2152-5 du code de la commande publique qu'une offre ne peut être soupçonnée d'être anormalement basse qu'au regard de son prix, et non de ses autres éléments, de sorte que la circonstance éventuelle que les délais proposés aient pu être largement insuffisants ne saurait rendre une offre anormalement basse ».

TA Rennes, ord. 9 mars 2020, Sté Marine Assistance, n°2000630

Ensuite, l'acheteur public doit apprécier l'offre au regard du prix global et non pas prix par prix ou poste par poste

« l'existence d'un prix paraissant anormalement bas au sein de l'offre d'un candidat, pour l'une seulement des prestations faisant l'objet du marché, n'implique pas, à elle-seule, le rejet de son offre comme anormalement basse, 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. Le prix anormalement bas d'une offre s'apprécie en effet au regard de son prix global. Il s'ensuit que le juge des référés du tribunal administratif de Dijon a commis une erreur de droit en se fondant, pour juger que la communauté d'agglomération du Grand Sénonais n'avait pas commis d'erreur manifeste d'appréciation en rejetant l'offre de la société Sepur comme anormalement basse, sur le seul motif que celle-ci proposait de ne pas facturer les prestations de collecte supplémentaire des ordures ménagères produites par certains gros producteurs ».

CE, 13 mars 2019, Sté SEPUR, req. n°425191

Puis, pour apprécier la dimension économique de l'offre et s'assurer qu'elle est sous-évaluée et de nature à compromettre l'exécution du marché, l'acheteur public ne doit pas se contenter du seul écart de prix entre les offres. Il doit aussi établir que non seulement le prix proposé est en lui-même manifestement sous-évalué ET que ce prix proposé est susceptible de compromettre la bonne exécution technique du marché.

« Considérant, d'autre part, que le juge du référé précontractuel commet une erreur de droit s'il se fonde, pour estimer que l'offre de l'attributaire était anormalement basse, sur le seul écart de prix avec celui des offres concurrentes, sans rechercher si le prix en cause était en lui-même manifestement sous-évalué et, ainsi, susceptible de compromettre la bonne exécution du marché ; que le second motif de l'ordonnance attaquée, tiré de ce que les offres de la société Proxiserve étaient susceptibles d'être regardées comme anormalement basses, se fonde exclusivement sur l'écart de prix de certaines prestations avec le prix proposé par la société STS ; que l'office est fondé à soutenir que ce motif est entaché d'erreur de droit »

CE, 18 juillet 2018, Partenord Habitat, req. n°417421

Mises en garde :

- une offre correspondant au prix d'achat des matériels, ne générant donc aucun bénéfice, ne peut être regardée sur cette seule circonstance comme manifestement sous-évaluée (n'est donc pas anormalement basse) et de nature à compromettre la bonne exécution du marché

« que pour établir que la commune a commis une erreur manifeste d'appréciation en retenant l'offre de la société CVELUM, dont il est allégué qu'elle est anormalement basse, la société Comptoir de négoce d'équipements se borne à soutenir que le montant de l'offre de la société CVELUM correspond au prix d'achat des matériels et ne lui permet pas de faire un bénéfice ; que cette seule circonstance n'est pas suffisante pour que le prix proposé soit regardé comme manifestement sous-évalué et de nature, ainsi, à compromettre la bonne exécution du marché »

CE, 22 janvier 2018, Commune de Vitry-le-François, req. n°414860

- une offre inférieure de 29% par rapport au prix estimatif n'est pas une offre anormalement basse (car elle n'est pas susceptible de rendre difficile l'exécution du marché)

« La société requérante soutient que le SIVM Sud a retenu au titre du lot n° 2 une offre anormalement basse dès lors que l'offre de la société Star Pacifique était inférieure de plus de 25 % à la moyenne des deux offres variantes examinées ainsi qu'à l'estimation du SIVM Sud, en violation de l'article 27-2 de la délibération n° 136/CP, et que le tribunal ne pouvait réduire l'écart entre l'offre suspecte et l'estimation en révisant artificiellement cette dernière. Si l'article 27 de la délibération précitée prévoit que la commission d'appel d'offres peut éliminer toute offre considérée comme anormalement basse si elle est cumulativement inférieure à la moyenne arithmétique de l'ensemble des offres des candidates après application d'un abattement à cette moyenne d'un coefficient de 25 % et inférieure à l'estimation retenue par le maître d'ouvrage après abattement, par application du même coefficient, la réunion de ces deux conditions ne lie pas le pouvoir adjudicateur. Si en l'espèce l'offre variante de la société Star Pacifique d'un montant de 150 347 350 francs CFP représente une différence de - 29 % par rapport à l'estimation confidentielle de 211 998 830 francs CFP du SIVM Sud, il ne résulte pas de l'instruction et n'est d'ailleurs pas allégué que l'offre retenue serait susceptible de rendre difficile l'exécution du marché ».

CAA Paris, 24 juin 2019, Sté Viva Environnement, req. n°17PA01649

Offre anormalement basse (OAB)



Définition : offre dont le prix est manifestement sous-évalué et de nature à compromettre la bonne exécution du marché

offre anormalement basse # offre concurrentielle.

Procédures de passation concernées : toutes

Démarches à suivre pour le pouvoir adjudicateur :

- obligation préalable de demander au candidat de justifier son offre et obligation de laisser un délai raisonnable pour se justifier
- si pas de demande de justification préalable, irrégularité de la déclaration de l'OAB

Éléments à fournir par l'entreprise dont l'offre est présumée anormalement basse :

Obligation de justifier, pièce comptable à l'appui, et d'expliquer le détail des prix proposés.

Repères permettant de juger si une offre est ou non anormalement basse :

- appréciation que par rapport au(x) prix et uniquement au(x) prix
- appréciation du prix global et non pas prix par prix ou poste par poste
- l'acheteur public doit être en mesure de démontrer que le prix proposé est en lui-même manifestement sous-évalué ET que ce prix proposé est susceptible de compromettre la bonne exécution technique du marché.