

Conclusions de Céline Arquié
Rapporteur public de la IV^{ème} chambre du Tribunal administratif
de Toulouse

CONTRAT ADMINISTRATIF

Rejet d'une offre en raison de son caractère anormalement bas

Affaire : n°1703754 - SAS X

Audience du 10 octobre 2019

Lecture du 31 octobre 2019

L'affaire qui vient d'être appelée rappelle la procédure à suivre pour rejeter une offre comme anormalement basse et les précisions à apporter par l'entrepreneur, qui ne peuvent être implicites, en cas de demande de justifications par le pouvoir adjudicateur.

La commune Y a lancé, par avis d'appel public à la concurrence du 28 avril 2017, une consultation en vue de l'attribution d'un marché de travaux publics portant sur l'urbanisation d'une route « RD », selon la procédure adaptée ouverte.

La SAS X s'est portée candidate et a présenté une offre, mais par lettre du 9 juin 2017, la commune a informé la société du rejet de son offre au motif de son caractère anormalement bas. L'offre de la société Z, regardée comme la mieux disante, a été retenue.

Par la requête qui vient d'être appelée, la SAS X, qui en conteste la validité, demande d'annuler le marché public relatif à l'urbanisation de la route « RD » conclu entre la commune et la société Z.

Saisi par un tiers évincé d'un recours en contestation de la validité du contrat et en application de la *JP dépt Tarn et Garonne du 4 avril 2014 n° 358994*, il appartient au juge du contrat de vérifier que l'auteur du recours se prévaut d'un intérêt susceptible d'être lésé de façon suffisamment directe et certaine et que les irrégularités qu'il critique sont de celles qu'il peut utilement invoquer. S'il constate l'existence de vices entachant la validité du contrat, il doit alors en apprécier l'importance et les conséquences. Après avoir pris en considération la nature de ces vices, il lui appartient soit de décider que la poursuite de l'exécution du contrat est possible, soit d'inviter les parties à prendre des mesures de régularisation dans un délai que vous fixez, sauf à résilier ou résoudre le contrat. En présence d'irrégularités qui ne peuvent être couvertes par une mesure de régularisation et qui ne permettent pas la poursuite de l'exécution du contrat, il lui revient de prononcer, le cas échéant avec un effet différé, après

avoir vérifié que votre décision ne portera pas une atteinte excessive à l'intérêt général, soit la résiliation du contrat, soit, si le contrat a un contenu illicite ou s'il se trouve affecté d'un vice de consentement ou de tout autre vice d'une particulière gravité qu'il doit relever d'office, l'annulation totale ou partielle de celui-ci.

En l'espèce, la SAS X invoque des manquements aux règles applicables à la passation du contrat, en rapport direct avec son éviction, dès lors que le manquement invoqué est précisément la cause du rejet de son offre, à savoir une offre qui serait anormalement basse. Elle se prévaut ainsi d'un intérêt susceptible d'être lésé de façon suffisamment directe et certaine et les irrégularités qu'elle critique sont celles qu'elle peut utilement invoquer.

La SAS X soutient que la commune a commis une erreur manifeste d'appréciation en regardant son offre comme anormalement basse, dès lors que la collectivité devait procéder à une analyse des prix pour vérifier s'ils étaient manifestement sous évalués et de nature à compromettre la bonne exécution du marché. Elle précise que la commune ne pouvait se borner à une comparaison avec les offres concurrentes ou avec l'estimation de prix réalisés par le maître d'œuvre.

Dans le silence des textes nationaux aussi bien que communautaires, la jurisprudence a défini le contenu de la notion d'offre anormalement basse, jusqu'à ce que l'article L. 2152-5 du code de la commande publique, en vigueur à compter du 1 avril 2019, en livre une définition: « Une offre anormalement basse est une offre dont le prix est manifestement sous-évalué et de nature à compromettre la bonne exécution du marché. ». Il s'agit d'ailleurs de la reprise du considérant de principe de la décision CE, 29 mai 2013, *Min de l'intérieur c/ Société Artéis*, n°366606. Deux critères cumulatifs sont ainsi appliqués : sous-évaluation manifeste et risque pour la bonne exécution du marché, le second procédant du premier. Le rejet de l'offre anormalement basse doit permettre d'éviter à la personne publique de retenir un prestataire qui ne serait pas en mesure de satisfaire ses besoins et qui compromettrait ainsi la continuité du service public.

M. Dacosta souligne d'ailleurs, dans ses conclusions sur la décision CE 1 mars 2012, *Département de la Corse du Sud*, n° 354159, que « Pour que s'enclenche le mécanisme prévu par l'article 55, il faut que l'offre « paraisse » anormalement basse. Le pouvoir adjudicateur doit être confronté à une offre qui, au vu des éléments disponibles, semble fondée sur une sous-estimation significative du coût des prestations. Il peut s'appuyer, pour procéder à ce constat, sur le prix proposé, en valeur absolue, par rapport aux prestations demandées ; il peut le confronter à ses propres estimations et opérer une comparaison, le cas échéant, avec les autres offres reçues, en prenant garde au fait que celles-ci peuvent présenter des prix artificiellement élevés. Si tel est le cas, les justifications produites par l'entreprise permettent, dans un second temps, de confirmer ou d'infirmer l'analyse initiale. Ainsi éclairé, le pouvoir adjudicateur doit rejeter l'offre, dès lors qu'au vu des éléments dont il dispose, elle n'a pas un caractère économiquement viable et lui fait courir le risque que le marché ne puisse être exécuté dans les conditions prévues. (...) L'offre anormalement basse est donc une offre dont il est évident qu'elle n'est pas économiquement viable. Le caractère anormalement bas d'une offre ne saurait découler de la seule circonstance que le prix proposé par un candidat est beaucoup plus bas que ceux des offres concurrentes ou que les estimations du pouvoir adjudicateur. De tels éléments sont seulement de nature à laisser penser que l'offre pourrait être anormalement basse, ce qui doit conduire le pouvoir adjudicateur à demander au candidat des explications. L'offre ne pourra

être regardée comme anormalement basse que si, malgré les justifications fournies, son prix apparaît toujours en lui-même manifestement sous-évalué ».

Le juge du contrat exerce sur cette décision un contrôle limité à l'erreur manifeste commise dans l'appréciation du caractère anormalement bas de l'offre (CE, 1er mars 2012, Département de la Corse du Sud, n° 354159,)

L'article 53 de l'ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics, applicable au marché en litige indique la procédure à suivre pour qualifier une offre d'anormalement basse : *« Lorsqu'une offre semble anormalement basse, l'acheteur exige que l'opérateur économique fournisse des précisions et justifications sur le montant de son offre. / Si, après vérification des justifications fournies par l'opérateur économique, l'acheteur établit que l'offre est anormalement basse, il la rejette dans des conditions fixées par voie réglementaire. / L'acheteur met en œuvre tous moyens pour détecter les offres anormalement basses lui permettant de les écarter. »* et l'article 60 du décret du 25 mars 2016 indique également que : *« I. - 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 public qu'il envisage de soustraire./ 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 (...)/ II. - L'acheteur rejette l'offre : / 1° Lorsque les éléments fournis par le soumissionnaire ne justifient pas de manière satisfaisante le bas niveau du prix ou des coûts proposés ; (...)* ».

En l'espèce, l'offre de la SAS X d'un montant de 137 313,50 euros hors taxes, était inférieure de 23,71% par rapport à l'estimation du maître d'œuvre des travaux, et de 20,75 % par rapport à l'offre financière des deux entreprises concurrentes. Elle peut ainsi paraître anormalement basse.

Le maître d'œuvre des travaux, a alors demandé la SAS X conformément à la procédure que nous venons d'indiquer, par un courriel du 29 mai 2017, de *« communiquer toute justification d'ordre financière et/technique susceptible d'expliquer ses prix en adéquation avec son bordereau de prix, et ce pour le prix 503 déblais de toute nature à évacuer, prix 508 grave 0/80 criblée, prix 522 couche de base en grave concassé 0/20, prix 543 couche de roulement en béton bitumeux semi grenu 0/10 ou 0/14, prix 628 : comblement couche de base en grave émulsion caniveaux, prix 718 confection de trottoir en grave 0/20+ enrobe végétal coloré miel, prix 809 remblaiement en grave ciment, prix 829 culotte de branchement phi 200, prix 829 construction de regard de visite préfabriqué phi 1000, classe prix 2400 signalisation verticale et enfin prix 2449, 2512, 2513, 2543, 2544, 2567. La lettre précise que « ces prix nous semble anormalement bas par rapport à notre estimation ainsi que la concurrence sur ce même chantier. Nous attirons votre attention qu'il vous est demandé de biens respecter le descriptif du BPU »*

Par une lettre du 31 mai 2017, jointe à un courriel du 1^{er} juin 2017, l'entreprise a répondu que son prix concurrentiel est le résultat d'une expérience de cinquante ans dans le domaine du bâtiment et des travaux publics. Elle invoque également l'acquisition d'une carrière de matériaux alluvionnaires et de plusieurs installations de concassage sises sur la commune de V et sur la commune de W, soit respectivement à moins de 30 kilomètres et à moins de

25 kilomètres du lieu d'exécution du marché. Elle indique également qu'elle participe à des chantiers d'envergure dans la région et qu'elle a conclu des partenariats lui permettant de bénéficier de tarifs préférentiels sur les matériaux nécessaires à la réalisation du marché en litige. La société joint à ses explications une note de présentation de son groupe accompagnée d'un sous-détail des prix des postes visés dans le courriel du 29 mai et des références concernant son sous-traitant pour la partie de la prestation relative à la signalisation. Est joint également le détail des prix unitaires pour l'ensemble des prix demandés et les références signalisation horizontales du sous-traitant.

Dans sa lettre du 9 juin 2017 de rejet de l'offre de la société, la commune a indiqué à cette dernière que la décomposition de son prix reste sommaire et n'a pas permis d'analyser le prix en toute objectivité. Elle précise que pour les marchés de travaux, le sous détail d'un prix unitaire donne le contenu du prix en indiquant 1 : les déboursés ou frais directs, décomposés en dépenses de salaires et indemnités du personnel, charges salariales, dépenses de matériaux et de matières consommables, dépenses de matériel, 2 les frais généraux d'une part les impôts et taxes, d'autre part exprimés par des pourcentages des déboursés ci-dessus 3 la marge pour risques et bénéfices exprimés par un pourcentage de l'ensemble des deux postes précédents.

Se ravisant toutefois, la collectivité indique en défense que la société X n'a pas apporté d'éléments justifiant l'expérience de près de cinquante ans dans le secteur du bâtiment et de travaux publics qu'elle revendique, ni d'éléments justifiant qu'elle soit propriétaire d'une carrière de matériaux et de plusieurs installations de concassage. Elle indique en outre que, en tout état de cause, ces éléments ne permettent pas d'expliquer l'écart de prix important observé entre l'offre de la SAS X et celles de ses concurrents. La commune fait valoir que, de la même manière, aucun justificatif n'a été apporté sur les tarifs préférentiels dont elle bénéficierait grâce aux partenariats qu'elle a conclus. Elle indique enfin que les seules références apportées sont celles son sous-traitant.

Si la commune, en réalité, remet en cause la valeur probante des affirmations de la société en ce qui concerne l'expérience de près de cinquante ans dans le secteur du bâtiment et de travaux publics qu'elle revendique, la propriété d'une carrière de matériaux et de plusieurs installations de concassage et les tarifs préférentiels dont elle bénéficierait grâce aux partenariats qu'elle a conclus, leur justification n'était pas induite par la demande du 17 mai 2017 de la commune. Mais la commune indique également que ces éléments ne permettent pas d'expliquer l'écart de prix important observé entre l'offre de la SAS X et celles de ses concurrents et il est vrai que la conséquence directe notamment de la propriété d'une carrière de matériaux, de plusieurs installations de concassage et des tarifs préférentiels dont elle bénéficierait et leurs liens avec les prix proposés n'est ni présentée, expliquée ou justifiée. Elle est implicitement suggérée.

Dans ces conditions, la commune a pu estimer, sans erreur manifeste d'appréciation et sans s'être bornée à une comparaison avec les offres concurrentes ou avec l'estimation de prix réalisée par le maître d'œuvre, que les éléments et justifications apportés ne sont pas suffisants pour que le prix proposé ne soit pas regardé comme anormalement bas et de nature à lui fait courir le risque que le marché ne puisse être exécuté dans les conditions prévues.

La société invoque ensuite trois autres moyens qui pourront être écartés

Elle soutient que la commune a commis une erreur manifeste d'appréciation en qualifiant le caractère anormalement bas de l'offre au regard de quinze prix sur les soixante-huit postes de

prix composant le bordereau de prix unitaire, s'abstenant ainsi de procéder à une appréciation du prix global de l'offre.

Le prix anormalement bas d'une offre s'apprécie en effet au regard de son prix global et un acheteur public ne peut de rejeter une offre comme anormalement basse au motif que le prix de l'une seulement des prestations faisant l'objet du marché paraît anormalement bas. (voyez en ce sens CE 13 mars 2019 Société Sepur n° 425191)

Toutefois, en l'espèce, la commune a identifié quinze postes de coûts pour demander à la société de préciser les modalités de son chiffrage et estimer qu'ils ne correspondaient pas à la réalité économique et a ensuite écarté l'offre de l'intéressée en raison du différentiel entre le prix global de cette offre et l'estimation réalisée par le maître d'œuvre et les offres concurrentes et non sur le seul fondement des faibles prix affichés pour ces quinze postes de coûts. Ce faisant, elle n'a pas entaché sa décision, d'une erreur manifeste.

Elle soutient ensuite que la commune ne pouvait exiger un détail de prix différent de celui prévu par le règlement de la consultation, des modèles de bordereau de prix unitaire et de détail estimatif des travaux.

Si la commune a effectivement exigé dans sa lettre du 9 juin 2017 de rejet de l'offre de la société un détail de prix différent de celui prévu par le règlement de la consultation, des modèles de bordereau de prix unitaire et de détail estimatif des travaux, elle a abandonné cette justification dans son mémoire en défense, ainsi que cela a déjà été indiqué.

De plus, il lui était loisible, en application de l'article 60 du décret du 25 mars 2016 de solliciter des éléments complémentaires pour justifier les prix qui lui paraissaient anormalement bas, de sorte qu'elle ne s'est pas bornée à une comparaison avec les offres concurrentes ou avec l'estimation de prix réalisés par le maître d'œuvre, conformément aux dispositions que nous avons rappelées.

Enfin, la SAS X soutient que la commune était tenue de mettre en œuvre la procédure de négociation prévue par l'article 3.5 du règlement de consultation avant de pouvoir rejeter son offre.

Toutefois l'article 3.5 du règlement de consultation du marché en litige stipule que: « *Le recours à la négociation suivant l'article 27 du décret marchés publics peut être appliqué. (...) Après une première analyse des offres sur la base des critères d'attribution, le pouvoir adjudicateur pourra appliquer le recours à la négociation (...)* ».

Vous le voyez, il résulte des termes mêmes de cet article que la procédure de négociation n'est qu'une faculté réservée à la discrétion du pouvoir adjudicateur, qui n'était pas tenu de la mettre en œuvre.

De l'ensemble de ces éléments il résulte que la commune n'a pas commis d'irrégularités entachant la validité du marché.

Par suite, sans qu'il soit besoin de statuer ni sur la recevabilité de la requête, ni sur les conclusions tendant à qu'il soit ordonné à la commune de produire le contrat en litige, vous pourrez rejeter les conclusions aux fins d'invalidation du contrat conclu entre la commune et la société Z, ensemble celles tendant à ce que des dépens soit mis à la charge de la commune et celles tendant à l'application des dispositions de l'article L 761-1 du code de justice administrative.

Vous pourrez mettre à la charge de la SAS X une somme de 1 500 euros en application des dispositions de l'article L 761-1 du CJA.

PCMNC

- Au rejet de la requête de la SAS X
- A ce qu'une somme de 1 500 euros soit mise à la charge de la SAS X en application des dispositions de l'article L 761-1 du CJA