



L'offre anormalement basse du sous-traitant

L'une des innovations de la réforme de la commande publique tient à l'extension du régime des offres anormalement basses à la proposition formulée par le sous-traitant. Cette nouvelle obligation de vérification imposée à l'acheteur est susceptible de poser quelques difficultés pratiques nouvelles et de générer un contentieux spécifique.

L'ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015 (« l'ordonnance ») et son décret d'application n° 2016-360 du 25 mars 2016 relatif aux marchés publics (« le décret ») ont confirmé le régime du traitement des offres anormalement basses déjà établi par les textes antérieurs. La réforme de la commande publique a innové dans cet encadrement en étendant ce régime à la proposition du sous-traitant.

L'idée qui sous-tend le régime des offres anormalement basses applicable aux marchés publics est que si les opérateurs économiques peuvent travailler leur prix au niveau le plus compétitif possible, leur offre doit permettre de couvrir les coûts nécessaires à une exécution correcte du marché dans le parfait respect des réglementations applicables, et notamment dans le respect des règles environnementales et sociales. Pour assurer une bonne utilisation des deniers publics et d'une concurrence loyale, c'est aux acheteurs qu'il revient de contrôler que le niveau du prix des offres qui leur sont remises s'inscrit dans le respect de ces principes. Cette obligation s'applique aux offres des soumissionnaires, mais aussi désormais aux prix proposés par leurs sous-traitants, que cette proposition soit formulée au moment de la remise de l'offre du soumissionnaire, pendant la passation du marché, ou au cours de l'exécution du marché.

Après avoir rappelé le régime général du traitement des offres anormalement basses, il conviendra d'étudier en détail les spécificités attachées à l'analyse de l'offre du sous-traitant à cet égard avant de s'interroger sur les conséquences contentieuses de cette innovation juridique.

Rappels sur le régime de l'offre anormalement basse

Les textes ne définissent pas ce qu'est une offre anormalement basse. Elle correspond concrètement à une offre dont le niveau de prix interroge et qui n'a pas pu être expliqué et justifié objectivement par l'opérateur économique qui l'a formulée.

Lorsque l'acheteur identifie une offre qui lui paraît anormalement basse, notamment parce qu'elle accuse un écart important avec son estimation du montant du

Auteur

Rachel Cattier
Avocate à la cour
AdDen Avocats

Mots clés

Appel d'offres • Négociation • Offres anormalement basses • Régularisation des offres • Sourcing



marché et/ou avec les offres des autres concurrents^[1], il doit interroger chacun des soumissionnaires dont l'offre pose question sur les raisons expliquant le niveau anormalement bas du prix.

L'article 60 du décret évoque une liste non exhaustive de raisons susceptibles de justifier le niveau bas d'une offre : il peut s'expliquer par le mode de fabrication des produits, les modalités de la prestation des services, le procédé de construction, 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, ou encore par l'originalité de l'offre ou la réglementation applicable en matière environnementale, sociale et du travail en vigueur sur le lieu d'exécution des prestations. Enfin, l'obtention éventuelle d'une aide d'État par le soumissionnaire peut expliquer le niveau bas d'un prix, à condition que le soumissionnaire établisse que cette aide est compatible avec le marché intérieur.

Tout soumissionnaire doit répondre à la demande de justification du niveau de son prix que lui adresse l'acheteur : le rejet d'une offre identifiée comme paraissant anormalement basse s'impose dès lors que les éléments fournis par le soumissionnaire ne justifient pas de manière satisfaisante le bas niveau du prix ou des coûts proposés, ce qui est mécaniquement le cas lorsque l'opérateur interrogé conserve le silence^[2]. Désormais, l'article 53 de l'ordonnance du 23 juillet 2015^[3] et l'article 60 du décret du 25 mars 2016^[4] formulent tous deux

sans ambiguïté une obligation de rejeter les offres dont le caractère anormalement bas est confirmé après que la procédure de vérification des motifs du niveau du prix ait été mise en œuvre, consacrant ainsi l'interprétation déjà retenue par le juge administratif sous l'empire des textes antérieurs. En effet, alors que l'article 55 de l'ancien Code des marchés publics évoquait une simple possibilité de rejeter une offre dont le caractère anormalement était établi^[5], le juge identifiait au contraire une obligation de les rejeter^[6].

Relevons que l'article 53 du décret exige expressément que l'offre soit rejetée lorsqu'elle est anormalement basse parce qu'elle contrevient aux obligations applicables dans les domaines du droit de l'environnement, social et du travail établies par le droit français, le droit de l'Union européenne, la ou les conventions collectives ou par les dispositions internationales en matière de droit de l'environnement, social et du travail figurant sur une liste publiée au *Journal officiel de la République française*^[7] – ce qui correspond également à la définition d'une offre irrégulière^[8]. Nous comprenons cette réaffirmation qui peut apparaître comme redondante (l'offre étant anormalement basse et irrégulière), comme une confirmation de l'interdiction d'utiliser les possibilités de régularisation offertes par l'article 59 du décret à de telles offres qui cumuleraient l'erreur de méconnaître les obligations législatives en matière sociale ou environnementale et celle de proposer un prix anormalement bas en conséquence de cette méconnaissance – étant précisé qu'en tout état de cause, les offres anormalement basses ne peuvent jamais être régularisées.

Les spécificités du traitement de l'offre anormalement basse du sous-traitant

Quelles méthodes d'identification de l'offre anormalement basse du sous-traitant ?

Pour présenter une demande de sous-traitance, que cette demande intervienne au moment du dépôt de l'offre

[1] Voir en ce sens la fiche DAJ relative à l'offre anormalement basse dans sa version du 21 novembre 2016. Ces indices d'identification ne sont cependant pas des critères certains d'identification : la CAA de Versailles a pu estimer qu'un écart de 27 % d'une offre avec celles des autres candidats ne permet pas d'identifier une apparence d'offre anormalement basse exigeant que l'acheteur sollicite des explications (CAA Versailles 10 mars 2016 Société DTP21, req. n° 13VE03423). Certaines méthodes mathématiques d'identification des offres paraissant anormalement basses peuvent être proposées et utilisées par les acheteurs.

[2] Voir pour un exemple récent : CE 30 mars 2017, GIP FCIP-GRETA Réunion, req. n° 406224 (deux offres identifiées comme anormalement basses, l'un des soumissionnaires répond à la demande de justification de l'acheteur, l'autre non, le marché est attribué au soumissionnaire ayant répondu, sans considération de la circonstance que son offre était 30 % moins chère que celle du soumissionnaire n'ayant pas répondu à la demande de justification).

[3] « 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. »

[4] « 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 ;

2° Lorsqu'il établit que celle-ci est anormalement basse parce qu'elle contrevient aux obligations applicables dans les domaines du droit de l'environnement, social et du travail établies par le droit français, le droit de l'Union européenne, la ou les conventions collectives ou par les dispositions internationales en matière de droit de l'environnement, social et du travail figurant sur une liste publiée au *Journal officiel de la République française*. »

[5] « 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. »

[6] CE 29 mai 2013, Ministre de l'intérieur c/ Société Artéis, req. n° 366606 (voir précédemment pour un contrôle de l'erreur manifeste d'appréciation commise en retenant une offre anormalement basse : CE 1^{er} mars 2012, Département de la Corse du Sud, req. n° 354159).

[7] Cette liste a été publiée au JORF du 27 mars 2016 en la forme d'un avis relatif à la liste des dispositions internationales en matière de droit environnemental, social et du travail permettant de rejeter une offre comme anormalement basse en matière de marchés publics (NOR: EINM1608173V)

[8] Article 59 du décret n° 2016-360 du 25 mars 2016.

ou de la proposition ou en cours d'exécution du marché, le soumissionnaire ou le titulaire du marché doit fournir, à l'acheteur, une déclaration identifiant le sous-traitant et décrivant notamment la nature des prestations sous-traitées, le montant maximum des sommes à verser au sous-traitant et les conditions de paiement prévues par le projet de contrat de sous-traitance^[9].

C'est donc *a priori* le montant maximum des sommes à verser au sous-traitant, mis en regard des prestations sous-traitées, qui va constituer l'offre que le pouvoir adjudicateur va devoir évaluer comme paraissant ou non anormalement basse. Mais en pratique, les acheteurs vont rencontrer plusieurs difficultés. D'abord, les déclarations de sous-traitance sont parfois peu étayées sur la nature et l'étendue exacte des prestations sous-traitées, alors que ces informations sont essentielles pour apprécier le caractère anormalement bas de la proposition. En outre, chaque soumissionnaire et chaque titulaire du marché peut librement définir ce qu'il confie à son sous-traitant, de telle sorte qu'il est possible que l'acheteur manque d'éléments de comparaison pour évaluer une proposition de sous-traitance : il se peut qu'un seul soumissionnaire parmi tous ceux ayant déposé une offre ait recours à la sous-traitance ou encore que le titulaire présente cette demande en cours d'exécution du marché, de telle sorte que l'acheteur ne pourra pas procéder à la comparaison du montant des prestations sous-traitées avec d'autres offres pour identifier une anomalie de prix. Par ailleurs, l'exercice d'identification du caractère anormalement bas du prix de la sous-traitance suppose également que le pouvoir adjudicateur dispose d'une estimation détaillée lot par lot du montant de son marché, ce qui pourrait ne pas correspondre à la réalité des estimations préparées par les services des acheteurs – ne serait-ce que parce que certains lots auront été estimés selon un découpage technique différent que celui que le soumissionnaire propose en organisant sa sous-traitance.

En pratique, il pourra donc s'avérer complexe de trouver des outils d'identification fiables du caractère anormalement bas d'une offre sous-traitée.

Une fois que l'offre du sous-traitant aura été identifiée comme présentant une apparence anormalement basse, l'acheteur doit interroger le soumissionnaire principal ou le titulaire du marché sur les justifications de ce niveau de prix proposé par le sous-traitant : les textes ne prévoient aucune communication directe entre le pouvoir adjudicateur et le sous-traitant. Cela suppose donc des échanges fluides entre les opérateurs, de telle sorte que le sous-traitant ait connaissance de la demande de justification, transmette les justificatifs et explications correspondants au soumissionnaire ou au titulaire et que ces éléments soient transmis par ce dernier à l'acheteur dans le délai imparti.

Si ces justifications sont insuffisantes pour expliquer le niveau bas du prix, l'offre du sous-traitant sera définitivement qualifiée d'anormalement basse par l'acheteur.

Quelles conséquences attachées au caractère anormalement bas de l'offre du sous-traitant ?

Les textes distinguent deux moments à l'occasion desquels le caractère anormalement bas de la proposition d'intervention que présente le sous-traitant peut être identifié par l'acheteur : pendant la passation du marché ou pendant l'exécution du marché. En fonction du moment de l'identification du caractère anormalement bas de l'offre de sous-traitance, les conséquences seront différentes pour le soumissionnaire principal ou le titulaire du marché.

● Au moment de la passation du marché

Si le caractère anormalement bas de l'offre du sous-traitant est révélé au moment de la passation du marché, il entraîne le rejet de l'entière offre présentée par le soumissionnaire principal. Ainsi, le texte de l'article 62 de l'ordonnance prévoit que « si, après vérification des justifications fournies par l'opérateur économique, l'acheteur établit que le montant des prestations sous-traitées est anormalement bas, il rejette l'offre lorsque la demande de sous-traitance intervient au moment du dépôt de l'offre ». Si l'offre dans sa globalité ne présente pas de caractère anormalement bas mais que le seul montant des prestations sous-traitées est, lui, anormalement bas, c'est donc, aux termes du texte, l'entière offre qui doit être rejetée. On aurait pu imaginer une possibilité offerte au soumissionnaire principal de proposer un autre sous-traitant – on peut relever par exemple que lorsqu'un sous-traitant ne satisfait pas aux interdictions de soumissionner à un marché public, l'acheteur doit inviter le soumissionnaire principal à présenter un nouveau sous-traitant satisfaisant ces conditions d'accès aux marchés publics^[10] : dès lors qu'une forme de souplesse est introduite sur ce point, on aurait pu envisager un traitement moins radical de l'offre de sous-traitance anormalement basse, en offrant au soumissionnaire la possibilité de changer de sous-traitant. Cependant, le montant de l'offre principale dépend en principe du montant proposé pour les prestations sous-traitées, de telle sorte qu'une nouvelle offre de prix du nouveau sous-traitant aboutirait à modifier le prix de l'offre entière, soit une caractéristique substantielle de l'offre.

Ce mécanisme invite donc les soumissionnaires à vérifier avec le plus grand sérieux le montant des prestations sous-traitées, sans quoi c'est leur entière offre qui est susceptible d'être écartée de la procédure d'attribution du marché.

● En cours d'exécution du marché

Si le caractère anormalement bas de l'offre du sous-traitant est révélé à l'occasion d'une demande d'agrément présentée en cours d'exécution du marché, les conséquences sont beaucoup plus mesurées, puisque l'acheteur doit alors simplement refuser d'agréer le

[9] Article 134 1° du décret n° 2016-360 du 25 mars 2016.

[10] Article 50-II du décret n° 2016-360 du 25 mars 2016.

sous-traitant, sans que le marché principal ne soit remis en cause. Ainsi, le texte de l'article 62 de l'ordonnance prévoit que « Si, après vérification des justifications fournies par l'opérateur économique, l'acheteur établit que le montant des prestations sous-traitées est anormalement bas, il [...] n'accepte pas le sous-traitant proposé lorsque la demande de sous-traitance est présentée après le dépôt de l'offre ».

L'attention des acheteurs doit être attirée sur la circonstance que le refus d'agrément du sous-traitant ne peut être qu'express, puisque le silence de l'acheteur gardé pendant 21 jours à compter de la réception de la demande d'agrément vaut acceptation du sous-traitant et agrément des conditions de paiement⁽¹¹⁾. Les acheteurs disposent ainsi d'un délai relativement court pour procéder aux vérifications du caractère anormalement bas du montant de l'offre du sous-traitant.

Finalement, les opérateurs économiques auront davantage intérêt à présenter leurs sous-traitants en cours d'exécution du marché plutôt qu'à l'occasion de sa passation, à condition bien sûr qu'ils n'aient pas besoin de se prévaloir du matériel ou de qualifications spécifiques de leur sous-traitant pour pouvoir être admis à remettre une offre et la formuler.

Les voies de recours à l'encontre d'une décision de rejet d'une offre de sous-traitance anormalement basse

Cette nouvelle exigence de contrôle du caractère anormalement bas de l'offre du sous-traitant pose la question des voies de recours dont celui-ci disposera pour contester la décision de l'acheteur qui écarterait son offre pour ce motif. En l'état des règles du contentieux administratif, le sous-traitant reste relativement dépendant du soumissionnaire principal pour faire valoir ses droits au moment de la passation du marché, tandis qu'aucun recours n'est ouvert pour l'instant si cette décision intervient en cours d'exécution du marché.

Si le rejet de l'offre du sous-traitant intervient pendant la passation du marché, il est possible que le soumissionnaire principal introduise un référé précontractuel de sa propre initiative, puisque c'est son offre entière qui sera rejetée pour ce motif. Mais si le soumissionnaire principal n'introduit pas un tel recours, le sous-traitant envisagé pourra-t-il pallier cette abstention ? Le référé précontractuel n'est en principe ouvert qu'aux personnes qui ont intérêt à conclure le contrat⁽¹²⁾, et certains juges des référés précontractuels ont pu refuser l'accès

du sous-traitant à leur prétoire pour ce motif⁽¹³⁾. Certes, le Conseil d'État a plus récemment considéré que le sous-traitant pouvait disposer d'un intérêt lésé de manière suffisamment directe et certaine par la conclusion d'un contrat pour en contester la validité, à condition que l'offre principale repose sur sa technologie⁽¹⁴⁾, mais cela ne confère pas pour autant au sous-traitant un intérêt à conclure le marché lui-même.

Si le rejet de l'offre du sous-traitant intervient pendant l'exécution du marché, les modalités de contestation seront encore plus complexes : rappelons que saisi par le titulaire du marché, le juge administratif n'a pas, en principe, les pouvoirs de prononcer l'annulation des décisions d'exécution du marché prises par l'acheteur, de telle sorte que même le titulaire du marché ne peut pas directement contester la décision par laquelle le maître de l'ouvrage refuse d'agréer un sous-traitant⁽¹⁵⁾. Et en principe, les tiers n'ont pas d'intérêt à agir directement à l'encontre d'une mesure d'exécution d'un marché auquel ils ne sont pas parties. Toutefois, le juge administratif a déjà accepté d'examiner le caractère fautif du refus d'agrément d'un sous-traitant à l'occasion d'un recours en responsabilité engagé par ce dernier à l'encontre de l'OPH commanditaire⁽¹⁶⁾.

L'extension du régime de l'offre anormalement basse aux offres présentées par le sous-traitant mérite sûrement que le juge clarifie les conditions dans lesquelles celui-ci pourra faire valoir ses droits en cas de rejet de son offre de sous-traitance pour ce motif.

[13] Voir en ce sens TA Marseille 23 décembre 2008, Assoc. Provence action service, cabinet liaisons humaines, société recherche et formation, req. n° 0808294, n° 0808522 et n° 0808531 – TA Saint-Denis de la Réunion 30 juin 2008, M. Ary Claude Caro, req. n° 0800833, cités in « Absence d'intérêt à agir en référé précontractuel d'un sous-traitant présenté pour la conclusion d'un marché public » par Joseph Andreani in *JCP A* n° 11-12, 9 Mars 2009, 2059.

[14] CE 14 octobre 2015, Région Réunion, req. n° 391183.

[15] CE 4 décembre 2002, Sté Eurovia Méditerranée, req. n° 244134, *BJDCP* 2003, n° 27, p. 154, concl. Le Chattelier.

[16] CAA Lyon 6 octobre 2016, Société Spurgin Leonhart, req. n° 15LY03881.

[11] Article 134 du décret n° 2016-360 du 25 mars 2016.

[12] CJA, art. L. 551-10 CJA : « Les personnes habilitées à engager les recours prévus aux articles L. 551-1 et L. 551-5 sont celles qui ont un intérêt à conclure le contrat ».