



Liberté • Égalité • Fraternité

RÉPUBLIQUE FRANÇAISE

PRÉFET DE L' AISNE

Secrétariat général
Direction des relations avec
les collectivités territoriales
et des affaires juridiques

Bureau de la légalité
et de l'intercommunalité

Mél : pref-bureau-legalite@aisne.gouv.fr

Circulaire n°2016/37

Laon, le 21 octobre 2016

Le Préfet de l'Aisne

à

Monsieur le Sénateur-maire, Président de l'Union des maires
Monsieur le Président du conseil départemental
Mesdames et Messieurs les maires
Mesdames et Messieurs les Présidents des établissements publics de
coopération intercommunale

Monsieur le Président de l'Office public de l'habitat

Monsieur le Président du Service départemental d'incendie
et de secours

Monsieur le Président du centre de gestion de la fonction publique
territoriale de l'Aisne
(pour attribution)

Madame et Messieurs les Sous-Préfets d'arrondissement
Monsieur le Directeur départemental des finances publiques
Monsieur le Directeur départemental des territoires
(pour information)

OBJET : Marchés publics : Offre anormalement basse

REFER. : Ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015
Décret n° 2016-360 du 25 mars 2016

Il me semble utile d'appeler votre attention, en matière de commande publique, sur les offres anormalement basses.

La présente circulaire a pour objet de vous communiquer, en votre qualité d'acheteur public, des informations réglementaires qui permettent d'identifier et d'écarter une offre anormalement basse, dans le cadre d'une procédure de consultation engagée en application de l'ordonnance du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics et du décret du 25 mars 2016 relatif aux marchés publics

Plusieurs référentiels permettent au pouvoir adjudicateur d'appréhender la dimension économique des offres afin de distinguer une offre anormalement basse d'une offre concurrentielle (1). Dès lors qu'une offre est suspectée d'être anormalement basse, il lui appartient d'engager une procédure contradictoire prévue à l'article 60 du décret du 25 mars 2016 relatif aux marchés publics précité (2). Enfin, si l'acheteur public s'abstient d'écarter une offre anormalement basse, il s'expose à des risques opérationnels et juridiques (3).

.../...

1. Identifier une offre anormalement basse

Les acheteurs publics doivent donc apprécier la réalité économique des offres, afin de différencier une offre anormalement basse d'une offre concurrentielle. Cette vérification s'applique à l'ensemble de l'offre, y compris à la part du marché public que le candidat envisage de sous-traiter.

Plusieurs référentiels permettent d'apprécier la dimension économique des offres :

- Le prix de l'offre : la sous-évaluation financière des prestations constitue le premier indice évident de l'offre anormalement basse. Le caractère bas du prix doit être apprécié au vu de toutes les composantes de l'offre (exigences du cahier des charges, caractéristiques des offres remises) ;
- L'utilisation d'une formule mathématique afin de déterminer un seuil d'anomalie, en deçà duquel les offres sont suspectées d'être anormalement basse ;
- La comparaison des autres offres à partir du constat d'un écart significatif entre le prix proposé par un candidat et la moyenne des prix proposés par les autres candidats, en excluant éventuellement du calcul de cette moyenne les offres les plus hautes ;
- La comparaison avec l'estimation du pouvoir adjudicateur laquelle correspond aux disponibilités budgétaires de celui-ci ;
- La prise en compte des obligations sociales issues du code du travail et des conventions collectives notamment en matière de rémunération.

L'analyse des offres remises au vu de ces éléments permet au pouvoir adjudicateur de relever certains indices qui ne suffisent pas pour qualifier l'offre anormalement basse, mais qui justifient le déclenchement du dispositif prévu à l'article 60 du décret du 25 mars 2016 relatif aux marchés publics.

2. Procédure à suivre pour rejeter une offre anormalement basse

Après avoir identifié l'offre susceptible d'être anormalement basse, le pouvoir adjudicateur a l'obligation d'engager une procédure contradictoire en informant le candidat. Il lui appartient par la suite de fournir tout élément justifiant pleinement et utilement le caractère sérieux de son offre.

L'article 60 du décret précité prévoit une liste non exhaustive de justifications qui peuvent être prises en considération par le pouvoir adjudicateur :

- 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'État par le soumissionnaire.*

Après un examen attentif des éléments produits par le candidat, l'acheteur public peut requalifier l'offre de « normale », en reconnaissant son caractère particulièrement compétitif et l'inclure dans le processus d'analyse sur la base des critères d'attribution annoncés et de leur pondération. En revanche, en l'absence de réponse ou si les explications demandées ne permettent pas d'établir le caractère économiquement viable de l'offre eu égard aux capacités économiques, techniques et financières de l'entreprise et de démontrer que le marché ne peut être exécuté dans les conditions prévues, l'acheteur public (ou la commission d'appel d'offres) est tenu de la rejeter par décision motivée.

La motivation de la décision de rejet doit notamment permettre à l'auteur de l'offre de contester utilement devant un juge le rejet qui lui a été opposé.

Les motifs du rejet des offres anormalement basses doivent être mentionnées dans le rapport de présentation le cas échéant.

Ce dispositif permet de sanctionner essentiellement l'offre anormalement basse qui déséquilibre la compétition loyale entre les candidats et qui, si elle était retenue, risquerait de mettre en péril la bonne exécution du marché

3. Les risques encourus par l'acheteur public en retenant une offre anormalement basse

L'acheteur public qui décide de retenir une offre anormalement basse s'expose à des risques opérationnels et juridiques.

- **Risques opérationnels**

Risque financier : le titulaire est susceptible de présenter, en cours d'exécution, des demandes de rémunération complémentaires que l'acheteur public sera contraint d'accepter, sous peine de voir interrompre l'exécution des prestations. Ainsi, l'offre qui paraissait financièrement intéressante, peut s'avérer, au final, plus coûteuse et la conclusion d'avenants risque de bouleverser l'économie du marché et de remettre en cause les conditions de la mise en concurrence initiale

Risque de défaillance : une entreprise en difficulté financière peut être tentée de présenter une offre de prix très basse afin de remporter le marché. Dans l'hypothèse où elle ne serait pas capable d'assumer l'exécution des prestations, le pouvoir adjudicateur devrait alors gérer la défaillance du titulaire (rupture d'approvisionnement, arrêt de chantier....) et relancer une procédure pour la passation d'un marché de substitution.

Risque de mauvaise qualité des prestations exécutées : non respect des exigences techniques du cahier des charges et/ou en contravention avec les règles de sécurités du travail.

Risque de travail dissimulé : Afin de compenser le prix bas de son offre, le titulaire a recours, dans des conditions illégales, à la sous-traitance ou à l'emploi de salariés insuffisamment déclarés. Le pouvoir adjudicateur doit donc porter la plus grande attention à l'analyse des justifications et explications fournies par les soumissionnaires et apprécier, au cas par cas, les risques encourus.

- **Risques juridiques**

Le juge administratif exerce un contrôle restreint sur l'appréciation que le pouvoir adjudicateur fait du caractère anormalement bas d'une offre. Il exerce en revanche un contrôle complet sur le respect de la procédure.

Mes services ainsi que ceux des sous-préfectures sont à votre disposition pour toute information complémentaire.

Le Préfet,



Nicolas BASSELIER