

L'OFFRE IRRÉGULIÈRE

et la jurisprudence depuis la réforme de la commande publique

Laurent RICHER

Professeur émérite à l'université Paris I

Avocat associé (Richer et Associés)

La directive 2014/24 donne la définition des offres non recevables, irrégulières et non appropriées (dir. 2014/24 : art. 26 et 35).

En ce qui concerne les offres irrégulières il est disposé que :

« Sont notamment considérées comme irrégulières les offres qui ne sont pas conformes aux documents de marché, qui sont parvenues tardivement, qui comportent des éléments manifestes de collusion ou de corruption ou que le pouvoir adjudicateur a jugées anormalement basses ».

Les offres anormalement basses (OAB) constituent ainsi une catégorie d'offre irrégulière.

Dans la jurisprudence intervenue depuis l'entrée en vigueur des nouveaux textes sur la commande publique, l'OAB a tenu une place nettement plus importante que l'offre irrégulière *stricto sensu*.

OFFRE IRRÉGULIÈRE *STRICTO SENSU*

La définition de l'offre irrégulière donnée par la directive 2014/24 rejoint en partie celle qui était donnée par le code des marchés publics de 2006¹ à son article 35 : *« Une offre irrégulière est une offre qui, tout en apportant une réponse au besoin du pouvoir adjudicateur, est incomplète ou ne respecte pas les exigences formulées dans l'avis d'appel public à la concurrence ou dans les documents de la consultation »*, mais elle en diffère sur deux points : dans la directive l'offre anormalement basse est un cas d'offre irrégulière et est introduite la notion d'offre comportant des éléments manifestes de collusion ou corruption. La définition de la directive est, au surplus, assortie d'un « notamment » qui ne figurait pas dans le code des marchés publics.

Le décret n° 2016-360 du 25 mars 2016 relatif aux marchés publics (art. 59) dispose qu' *« une offre irrégulière est une offre qui ne respecte pas les exigences formulées dans les documents de la consultation, notamment parce qu'elle est incomplète, ou qui méconnaît la législation applicable notamment en matière sociale et environnementale »*².

On voit que la transposition n'équivaut pas sur ce point à une reproduction de la directive, mais cela peut être justifié par l'adverbe « notamment » qui figure dans celle-ci.

¹ Les codes des marchés publics de 2001 et 2004 ne connaissaient que les « offres irrecevables ou inacceptables » (art. 35 des deux codes), la notion d'offre irrégulière a été introduite dans le code de 2006 (art. 35) en application de la directive 2004/18 dont l'article 30 permettait le recours à la procédure négociée avec publication d'un avis de marché « en présence d'offres irrégulières ou en cas de dépôt d'offres inacceptables au regard des dispositions nationales ». La directive ne définissait pas la notion.

² Comme précédemment, l'offre irrégulière est distinguée de l'offre inacceptable et de l'offre inappropriée : *« Une offre inacceptable est une offre dont le prix excède les crédits budgétaires alloués au marché public tels qu'ils ont été déterminés et établis avant le lancement de la procédure »* et *« une offre inappropriée est une offre sans rapport avec le marché public parce qu'elle n'est manifestement pas en mesure, sans modification substantielle, de répondre au besoin et aux exigences de l'acheteur formulés dans les documents de la consultation »*.

Le décret s'écarte aussi de la directive en ce que, comme précédemment le code des marchés publics, il ne fait pas de l'offre anormalement basse un cas d'offre irrégulière mais la traite séparément, en application de l'ordonnance (article 53 de l'ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics ; art. 60 du décret).

En ce qui concerne les concessions le décret n° 2016-86 du 1er février 2016 relatif aux contrats de concession n'utilise que la notion d'offre inappropriée (art. 11) mais la jurisprudence antérieure, qui ne devrait pas être remise en cause, a introduit les notions d'offre irrégulière³ et d'offre anormalement basse⁴ par analogie avec le régime des marchés publics.

Les nouveaux textes n'apportent, en fin de compte, pas de modification fondamentale en ce qui concerne la notion et le régime de l'offre irrégulière ; ils innovent toutefois quelque peu en prévoyant expressément une possibilité de régularisation.

Régularisation de l'offre

Le principe d'égal accès à la commande publique impose d'écarter les offres qui ne sont pas conformes aux exigences du pouvoir adjudicateur et singulièrement au règlement de la consultation, dont l'application et l'interprétation occupent une place centrale dans le contentieux de la régularité de l'offre⁵.

Le soumissionnaire qui a remis une offre irrégulière doit être écarté et l'auteur d'une offre irrégulière est irrecevable à former un recours contre l'attribution du contrat, sauf si son éviction repose sur un motif (notamment une disposition du règlement de consultation) qu'il argue d'illégalité (ex. : CE 2 octobre 2013 Dép. du Lot et Garonne : « *un candidat dont la candidature ou l'offre est irrégulière n'est pas susceptible d'être lésé par les manquements qu'il invoque sauf si cette irrégularité est le résultat du manquement qu'il dénonce* »).

La notion et les effets de l'irrégularité ne devraient guère être affectés par la réforme. En revanche, des modifications ont été apportées en ce qui concerne la possibilité de régularisation de l'offre irrégulière.

Cette question de la régularisation est une bonne illustration des contradictions qui peuvent exister entre égalité et efficacité, ainsi que l'a souligné l'Autorité de la concurrence dans un avis relatif au problème de la régularisation des offres :

« En effet, les règles encadrant la régularisation des offres « non conformes » tendent, par un formalisme plus ou moins strict selon le type de procédure considéré, à garantir l'égalité d'accès des candidats et ainsi à prévenir les situations de discrimination, voire de favoritisme.

Cependant, ces règles, si elles étaient excessivement strictes, seraient susceptibles de conduire à une élimination importante du nombre de candidats et donc à l'effectivité de la mise en concurrence alors que les procédures de mise en concurrence ont précisément pour objet de faire jouer des pressions concurrentielles existantes sur les marchés»⁶.

En matière de marchés publics l'équilibre entre égalité et efficacité a été modifié par le décret de 2016.

Dans le cadre des appels d'offres le code des marchés publics ne prévoyait pas la possibilité de régulariser une offre, sauf pour compléter un dossier ou rectifier une erreur matérielle (art. 59-I). En revanche dans le cas de marché négocié l'article 66-V du code, ne prévoyait l'élimination initiale que des offres inappropriées, ce qui laissait place, dans certains cas, à la possibilité de rendre l'offre régulière à l'issue de la négociation.

³ ex. : CAA Marseille 4 juillet 2016 Sté Corsica Ferries, req. 15MA02101

⁴ Ex. : CAA Lyon 12 juin 2014 Sté SEMERAP, req. 13LY01340

⁵ Cf. L. Richer « Le règlement de consultation » in *Mélanges en l'honneur de Didier Truchet*, Dalloz, 2015

⁶ Autorité de la concurrence Avis n° 16-A-05 du 15 février 2016 relatif à la demande d'avis de la commune de Saint-Germain-en-Laye en ce qui concerne la conformité du traitement des offres « non conformes » en matière de commande publique au regard des règles de concurrence.

L'article 59 du décret du 25 mars 2016 a consacré expressément cette possibilité en l'étendant aux autres procédures, y compris l'appel d'offres. L'acheteur peut toujours autoriser la régularisation des offres irrégulières (et, quand il s'agit d'un marché négocié, les offres inacceptables) à condition qu'elles ne soient pas anormalement basses et que cela ne modifie pas les caractéristiques essentielles du marché. L'acheteur peut le faire, mais il n'est pas obligé de permettre la régularisation⁷.

En matière de concession la régularisation est possible dans les mêmes conditions que pour les marchés négociés⁸.

Ces dispositions doivent être appliquées en tenant compte de l'article 56 § 3 de la directive 2014/24, qui, à la suite de la CJUE, ne permet que de « *demandeur aux opérateurs économiques concernés de présenter, compléter, clarifier ou préciser les informations ou les documents concernés* »⁹. Ainsi que l'a relevé un auteur, cette règle est plus restrictive que celle de l'article 59, car « *les modifications ou compléments apportés, alors même qu'ils ne porteraient pas sur ses caractéristiques substantielles, peuvent en effet transformer l'offre, qui n'incorporait pas certains éléments et ainsi apparaître comme étant nouvelle, notamment dès lors que sans eux elle était irrégulière* » (P. Devillers, obs. *Contrats et Marchés publics*, 2017, n° 7, Juillet 2017, comm. 184).

Irrecevabilité et régularisation

Une ordonnance du juge du RPC du tribunal administratif de Nîmes fait application des nouvelles dispositions sur la régularisation, tout en marquant une continuité avec la jurisprudence antérieure (TA Nîmes 13 janvier 2017 SAS Faurie, req. 1603881).

L'offre de la SAS Faurie, candidate à un marché de travaux d'assainissement passé en procédure adaptée, a été rejetée après avoir été classée en quatrième rang en raison de ses insuffisances et non conformités techniques. La société ayant déposé un recours l'acheteur oppose l'absence d'intérêt lésé à raison de l'irrégularité de l'offre ; il procède donc à une substitution de motifs, dont le principe a été admis par le Conseil d'État¹⁰.

Cette substitution de motifs est admise par l'ordonnance : « *si une substitution de motif ne peut avoir pour objet ni pour effet de permettre au pouvoir adjudicateur d'effectuer une nouvelle évaluation d'une offre litigieuse, il résulte de l'instruction que le motif tiré de l'irrégularité de l'offre ne procède pas d'une nouvelle analyse de ses caractéristiques dès lors que la non-conformité en cause ressort du rapport d'analyse des offres du 17*

⁷ Voir en ce sens CJUE 29 mars 2012, SAG ELV Slovensko a.s. et autres (aff. C-599/10) : « *il ne ressort ni de l'article 2, ni d'aucune autre disposition de la directive 2004/18, ni du principe d'égalité de traitement, non plus que de l'obligation de transparence que, dans une telle situation, le pouvoir adjudicateur serait tenu de prendre contact avec les candidats concernés. Ceux-ci ne sauraient, d'ailleurs, se plaindre de ce qu'aucune obligation ne pèse à cet égard sur le pouvoir adjudicateur, dès lors que l'absence de clarté de l'offre ne résulte que d'un manquement à leur devoir de diligence dans la rédaction de celle-ci, auquel ils sont soumis comme les autres candidats* » (point 38) ; voir aussi

⁸ Article 25 du décret n° 2016-86 du 1^{er} février 2016 relatif aux contrats de concession : « *Les offres inappropriées ou qui ne respectent pas les conditions et caractéristiques minimales indiquées dans les documents de la consultation sont éliminées* ».

Est inappropriée l'offre qui est sans rapport avec l'objet de la concession parce qu'elle n'est manifestement pas en mesure, sans modifications substantielles, de répondre aux besoins et aux exigences de l'autorité concédante spécifiés dans les documents de la consultation ».

⁹ « *Lorsque les informations ou les documents qui doivent être soumis par les opérateurs économiques sont ou semblent incomplets ou erronés ou lorsque certains documents sont manquants, les pouvoirs adjudicateurs peuvent, sauf disposition contraire du droit national mettant en œuvre la présente directive, demander aux opérateurs économiques concernés de présenter, compléter, clarifier ou préciser les informations ou les documents concernés dans un délai approprié, à condition que ces demandes respectent pleinement les principes d'égalité de traitement et de transparence* » (article 56, paragraphe 3, de la directive n° 2014/24). La directive reprend sur ce point la jurisprudence (v. p. ex. : CJUE 29 mars 2012, SAG ELV Slovensko a.s. et autres, aff. C-599/10 et récemment : CJUE 11 mai 2017 Archus, aff. C-131/16).

¹⁰ CE 15 mars 2004 Commune de Villasavary, req. 261130.

novembre 2016, antérieur à l'avis de la commission d'appel d'offres et à la décision de rejet du pouvoir adjudicateur du 25 novembre 2016 ».

La société avait, cependant, soutenu que la substitution de motifs la privait d'une garantie contrairement à la règle posée par l'arrêt Commune de Villasavary qui pose la « *condition que la substitution demandée ne prive pas le requérant d'une garantie procédurale liée au motif substitué* ».

En l'espèce, il s'agissait d'une procédure avec négociation, ce qui permet, on l'a vu de régulariser en cours de procédure et donc ne permet pas d'écarter d'emblée une offre irrégulière. À cela il est objecté par le juge des référés que le règlement de la consultation prévoyait que la négociation éventuelle ne serait engagée qu'avec les trois premiers candidats, si bien que, de toute façon, la société n'aurait pas été admise à la négociation.

OFFRE ANORMALEMENT BASSE

La définition de l'OAB a été élargie par le décret sur les marchés publics en application de la directive, qui distingue deux cas d'OAB, selon que le bas prix résulte d'une sous-évaluation des coûts non justifiée ou du non respect d'obligations sociales ou environnementales ; mais, alors que l'article 69 de la directive n'impose d'écarter l'OAB que dans le cas où le bas prix tient à la méconnaissance des obligations sociales et environnementales, l'article 60 du décret rend le rejet obligatoire dans tous les cas¹¹.

Le juge administratif rappelle régulièrement que « *le fait, pour un acheteur, de retenir une offre anormalement basse porte atteinte à l'égalité entre les candidats à l'attribution d'un marché public* » (CE 30 mars 2017 GIE FCIP, req. 406224 ; TA Nantes 11 avril 2017, n°1702581) et il est appelé de plus en plus souvent à vérifier la bonne application de l'interdiction de retenir une O.A.B.

Cette irrégularité se particularise en ce que, avant, comme après la réforme, l'acheteur doit respecter une procédure contradictoire, qui a constitué une sorte de préfiguration des mécanismes de *self cleaning* mis en place par la directive.

L'article 60, qui est applicable « *quelle que soit la procédure de passation mise en œuvre* » (TA Marseille 30 mars 2017, n°1701536) prévoit que lorsqu'il détecte une OAB l'acheteur doit demander au soumissionnaire des justifications tenant à divers aspects de son offre qui sont énumérés à l'article 60 de manière non exhaustive (« notamment ») et que l'acheteur est tenu de rejeter 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.(..) ».

La décision d'écarter, une fois prise, est susceptible de recours tout comme celle de ne pas écarter une offre qui d'après un concurrent est anormalement basse.

Dans une compétition qui est très rude dans certains secteurs il peut être difficile de détecter le caractère anormalement bas d'une offre.

¹¹ Auparavant, le Conseil d'État (CE 1^{er} mars 2012, Département de la Corse du Sud, 354159, *BJCP*, 2012, n° 82, p. 177, concl. Dacosta,) et la Cour de justice (CJUE 29 mars 2012, SAG ELV Slovensko a.s. et autres, aff. n° C-599/10) ont jugé ce rejet obligatoire, le Conseil d'État précisant que cette exigence s'imposait « *quelle que soit la procédure de passation mise en œuvre* » (CE 29 mai 2013, Ministre de l'intérieur c/ Société Artéis, 366606, *Ctts et MP* 2013, comm. 187, note W. Zimmer ; *JCP A* 2013, n° 2284, obs. F. Linditch).

Détection de l'anomalie

La jurisprudence a toujours affirmé et elle le confirme dans les décisions récentes, que ni l'acheteur, ni le juge ne peuvent se fonder sur le seul écart de prix pour estimer que l'offre est ou n'est pas anormalement basse (CE 30 mars 2017 GIE FCIP, req. 406224 ; TA Nantes 11 avril 2017, n°1702581). En revanche, au stade préliminaire de la détection c'est bien évidemment l'écart par rapport au prix des autres concurrents ou à l'évaluation faite par la collectivité qui va déclencher la vérification. À cet égard l'arrêt du Conseil d'État précité (CE 30 mars 2017 GIE FCIP, req. 406224) considère avec faveur l'application de la charte pour la détection des OAB signée par la Région Réunion. En l'espèce l'anomalie avait consisté en un écart manifestement important entre l'offre en question et la moyenne pondérée des offres valables reçues.

Demande de justification

L'écart de prix important pouvant être expliqué par des motifs économiquement rationnels, il convient de laisser à l'entreprise la possibilité de justifier son prix dans un délai raisonnable. Si l'entreprise ne donne pas suite aux demandes d'explications, son offre doit être rejetée et ce alors même que le marché a été attribué à un candidat qui a proposé des prix plus bas (CE 30 mars 2017 GIE FCIP, req. 406224, consid. 14).

Recours contre la décision de rejet de l'OAB

Si les justifications n'ont pas été fournies ou ne sont pas convaincantes, l'offre doit être rejetée ; mais la décision ainsi prise peut être contestée, notamment par un référé précontractuel.

Le requérant ne peut en ce cas se fonder sur le seul écart de prix, c'est-à-dire que l'attribution du marché à un candidat moins-disant que lui ne prouve pas que l'offre n'était pas anormalement basse (CE 30 mars 2017 GIE FCIP, req. 406224, consid. 14).

Il lui incombe d'établir que l'acheteur a commis une erreur manifeste d'appréciation dans l'analyse des justifications. Compte tenu de ce que la censure du juge n'intervient que dans le cas d'erreur manifeste d'appréciation¹², il est rare qu'elle intervienne.

Une telle erreur a été admise par le juge du RPC du tribunal administratif de Marseille (TA Marseille 30 mars 2017, n°1701536). Cette ordonnance juge, comme cela a déjà été fait précédemment¹³ que le caractère anormalement bas de l'offre doit être apprécié au regard de l'ensemble de ses éléments et non pas d'une partie d'entre eux seulement, alors surtout que dans le cas d'espèce le caractère anormalement bas ne concernait que sept références d'un bordereau qui en comportait 150.

Recours contre la décision d'attribution

En ce cas le recours émane d'une entreprise évincée qui soutient qu'a été retenue irrégulièrement une OAB.

Une formule revient couramment dans la jurisprudence et est reprise par les décisions récentes (CE 30 mars 2017 GIE FCIP, req. 406224, consid. 6 ; TA Marseille 30 mars 2017, n°1701536) : une offre est anormalement basse lorsque son prix est « *manifestement sous-évalué et de nature, ainsi, à compromettre la bonne exécution du marché* » (ex. : CE 29 mai 2013, Ministère de l'intérieur c/ Société Arteis, req. n°366606). La référence à la bonne exécution du marché met l'accent sur la

¹² CE, 29 janv. 2003, n° 208096, Dépt d'Ille-et-Vilaine, BJCP 2003, p. 243; CAA Bordeaux, 17 nov. 2009, n° 08BX01571, SICTOM Nord, Contrats-Marchés publ. 2010, comm. 70, obs. Llorens).

¹³ TA Versailles, ord., 18 nov. 2008, n° 08-10317, Stés EGS et SPELCO : Contrats-Marchés publ. 2009, comm. 38, note Ph. Rees et comm. 45, obs. Llorens

protection de l'acheteur, plus que sur l'aspect anti-concurrentiel des OAB. Il ne s'agit pas seulement d'une justification théorique de l'exclusion des OAB ; sur un plan pratique le juge administratif tend à n'admettre le caractère anormal du faible montant que si le requérant établit que du fait de ce montant insuffisant l'exécution du contrat peut être compromise.

En témoignage, par exemple, la rédaction de l'ordonnance du juge du RPC de Nantes du 11 avril 2017 concernant un marché de service de diagnostic technique (TA Nantes 11 avril 2017, n°1702581). Le marché a été attribué à une association dont l'offre (33.620 euros TTC) était inférieure de 238 % au montant de l'offre de la société requérante (113 652 euros TTC). La requête est rejetée au motif « *qu'il n'est pas soutenu par la société requérante que les caractéristiques de l'offre de l'association attributaire, qui a déjà réalisé des missions du même type dans le cadre des prestations à caractère commercial qu'elle réalise indépendamment de son objet statutaire principal, dédié à la recherche en matière de risques, ne garantiraient pas la bonne exécution des prestations faisant l'objet du marché, le prix proposé ne peut, en l'espèce, être regardé comme manifestement sous-évalué et, ainsi, susceptible de compromettre la bonne exécution dudit marché* ».

Cependant, cette notion de bonne exécution n'intervient plus lorsque la discussion porte sur l'éventuelle violation du droit du travail ou de l'environnement.

Une application a été faite de la disposition relative aux offres qui sont anormalement basses à raison de la méconnaissance des obligations sociales par la décision de référé rendue en formation collégiale par le tribunal administratif de Paris sur le recours formé par la société Decaux contre l'attribution du service Vélib au groupement Smoovengo (TA Paris 4 mai 2017 Soc. J.-C. Decaux France, req. 1706139). La requérante soutenait que l'offre retenue était sous-évaluée parce qu'elle ne tenait pas compte des coûts liés au transfert du personnel affecté à l'activité, qui devait être repris en application de l'article L. 1224-1 du code du travail. La requête est rejetée au motif que si le personnel doit être repris, ce n'est pas nécessairement pour l'exécution du marché en question. Les justifications en discussion ne sont donc pas ici d'ordre économique, mais de caractère juridique ; le juge administratif du référé examinant en l'espèce un problème de droit du travail, qu'il n'est pas forcément le mieux qualifié pour résoudre.