



L'erreur manifeste d'appréciation et l'OAB

Avocat au cabinet MCL, Antoine Woimant revient sur les règles que doivent suivre les acheteurs lorsqu'ils appliquent l'article 60 du décret de mars 2016, aussi bien pour demander à l'entreprise des précisions que pour qualifier son offre d'anormalement basse, en s'appuyant sur une récente décision d'un tribunal administratif.

L'erreur manifeste d'appréciation dans la qualification ou non du caractère anormalement bas d'une offre (OAB) est assurément le moyen récurrent soulevé par les requérants dans le cadre d'un référé précontractuel ou d'un recours en annulation, qu'ils aient vus leurs offres rejetées pour être anormalement basse ou écartées de la procédure par un attributaire qui aurait proposé une OAB non détectée par le pouvoir adjudicateur. L'article 60 du décret du 25 mars 2016 fixe les nouvelles dispositions afférentes aux OAB. À l'exception de la clarification sur les prestations sous-traitées et l'obligation de respecter la législation en droit du travail, ce qui en soit n'est pas une nouveauté, l'OAB issue du décret de 2016 est dans la continuité de l'OAB du Code des marchés publics. Le Conseil d'Etat a d'ailleurs rappelé très récemment qu'il fallait interpréter l'article 60 du décret comme l'ex article 55 du Code des marchés publics qu'il remplace. La Haute juridiction a ainsi précisé que :



« Considérant que le fait pour un pouvoir adjudicateur de retenir une offre anormalement basse porte atteinte à l'égalité entre les candidats à l'attribution d'un marché public ; qu'il résulte des dispositions précitées que, quelle que soit la procédure de passation mise en œuvre, 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 » (CE, 30 mars 2017, Région Réunion, req. n°406224)

Le prix ou le coût des prestations proposées peut-il « compromettre la bonne exécution du marché » ? C'est la question que doit se poser le pouvoir adjudicateur pour qualifier ou non le caractère anormalement bas d'une offre.

La présidente du tribunal administratif de Marseille a été amenée à répondre à cette question dans le cadre d'un référé précontractuel pour contrôler si un pouvoir adjudicateur, la ville de Marseille, n'avait pas commis une erreur manifeste d'appréciation (EMA) en qualifiant deux OAB d'une même entreprise portant sur deux lots à bons de commande pour les travaux d'entretien de peinture des bâtiments de la Ville. Par une ordonnance du 30 mars 2017, l'EMA du pouvoir adjudicateur dans la qualification des OAB de la requérante a été reconnue en faisant une stricte application de l'article 60 du décret et de la jurisprudence du Conseil d'Etat précitée. Sans revenir sur chacun des points soulevés par les parties et analysés par la présidente, l'ordonnance apporte une illustration intéressante d'une part sur la procédure d'instruction de l'OAB et, d'autre part, sur l'appréciation de l'OAB par le pouvoir adjudicateur.

Le prix ou le coût des prestations proposées peut-il « compromettre la bonne exécution du marché » ? C'est la question que doit se poser le pouvoir adjudicateur

Sur la procédure d'instruction de l'OAB

Le pouvoir adjudicateur a respecté la procédure de l'article 60 en ce qu'il a demandé des explications et/ou des précisions sur les offres de la requérante. Toutefois, la procédure n'a été, à notre sens, que partiellement respectée. En effet, le courrier de rejet des offres mentionne des temps de réalisation très inférieurs aux temps de référence, justifiant par cela notamment l'OAB de la requérante. Or, la lettre de demande d'explications et/ou de précisions ne fait nullement état des temps de réalisation des travaux. La requérante n'a donc pas été en mesure de s'expliquer dans la procédure d'appel d'offres sur ses délais prétendument trop courts puisqu'elle n'était pas informée que la suspicion portait notamment sur ce point. Ce n'est que dans le cadre de l'instruction du référé précontractuel que la requérante a pu apporter y apporter des précisions. Pourtant, la présidente du tribunal administratif a considéré que le pouvoir adjudicateur a bien respecté la procédure de l'article 60. En soit cela n'aurait pas été un motif d'annulation de la procédure. L'intérêt de la requérante n'a pas été lésé puisqu'elle a pu s'expliquer sur les temps de réalisation dans le cadre de l'instruction du référé. Mais le pouvoir adjudicateur a manqué de transparence en ne lui permettant pas de le faire pendant la procédure de mise en concurrence. L'ordonnance laisse ainsi la possibilité au pouvoir adjudicateur d'être flou dans la demande de précisions faites aux candidats au titre de l'article 60 du décret ou, en tout cas, de ne pas lier en totalité les précisions demandées avec les motifs de rejet.

La requérante n'a pas été en mesure de s'expliquer sur ses délais prétendument trop courts puisqu'elle n'était pas informée que la suspicion portait notamment sur ce point

Sur l'appréciation de l'OAB par le pouvoir adjudicateur

La demande de précisions du pouvoir adjudicateur ainsi que la lettre de rejet justifiant la qualification des offres de la requérante d'anormalement basse ne s'appuie que sur 7 prix du BPU alors que celui-ci en prévoit plus de 250. À cet égard, l'ordonnance vient confirmer que l'analyse et la qualification d'une

OAB ne peut se faire en s'appuyant sur une partie, marginale ou substantielle, de l'offre du candidat mais bien sur une appréciation globale du prix de l'offre. Il faut que le prix de l'offre compromette l'exécution du marché. Cela implique nécessairement une analyse globale de l'offre. La présidente du tribunal administratif de Marseille a fait en cela une stricte application de la jurisprudence du Conseil d'Etat, qu'elle a d'ailleurs reprise in extenso dans son ordonnance. Cela ne lui a pas empêché de contrôler ensuite, comme son office lui permet, si les offres globales de la requérante n'étaient pas anormalement basses. Mais elle a préalablement constaté que l'analyse initiale de l'OAB par le pouvoir adjudicateur était érronée car ne portant que sur une partie, en l'espèce marginale, de l'offre. La requérante n'avait pas été amenée à justifier le prix global de son offre puisqu'elle avait été interrogée par le pouvoir adjudicateur uniquement sur 7 prix du BPU. Au final, l'instruction du caractère anormalement bas des offres globales de la requérante ne s'est faite que dans le cadre du référé précontractuel sous le contrôle du juge et non dans le cadre de la procédure d'appel d'offres comme l'exige l'article 60 du décret.

L'ordonnance vient confirmer que l'analyse et la qualification d'une OAB ne peut se faire en s'appuyant sur une partie, marginale ou substantielle, de l'offre