

Détection d'une offre anormalement basse : définition et procédure.

En République gabonaise, les prix des biens et services sont, en règle générale, librement déterminés par le jeu de la concurrence. Cependant, la Personne Responsable du Marché (PRM), assistée par la Cellule de Passation des Marchés Publics (CPMP) et la Commission d'Evaluation des Offres (CEO) peut être amenée à faire face, dans l'exécution de sa mission, à des offres dont le prix est manifestement sous-évalué et de nature à compromettre la bonne exécution du marché.

Cet article propose une démarche dans le processus de détection des offres anormalement basses et les justificatifs susceptibles d'être présentés par les soumissionnaires.

Par M. Raphaël EDZANG,
Responsable de Cellule de Passation des Marchés Publics

Qu'est-ce qu'une offre anormalement basse ?

Selon les dispositions de l'article 2 du décret n°00027/PR/MEPPDD du 17 janvier 2018 portant code des marchés publics (CMP), une offre anormalement basse est une « *offre financière proposée par un candidat qui contraste fortement avec l'estimation confidentielle, la situation économique de certains secteurs d'activité et/ou avec celles proposées par les autres candidats à un appel à la concurrence, susceptible de compromettre ainsi la bonne exécution du marché* ».

La détection par l'autorité contractante d'une offre anormalement basse (OAB) est consacrée par les dispositions de l'article 115 du même code.

Les autorités contractantes (AC) ou les personnes responsables de marchés (PRM) doivent apprécier la réalité économique des offres afin de différencier une offre anormalement basse d'une offre concurrentielle. Une offre anormalement basse nuit à la **concurrence loyale** entre les candidats.

Le rejet d'une offre anormalement basse n'est possible que si une procédure contradictoire avec le candidat concerné a été déclenchée au préalable. Ce dispositif permet de ne pas sanctionner l'offre basse mais seulement l'offre anormale qui nuit à la concurrence loyale entre les candidats et qui, si elle était retenue, risquerait de mettre en péril la bonne exécution du marché public ou de conduire à la conclusion d'avenants en cours d'exécution dudit marché.

Dès lors, et quelle que soit la procédure de passation mise en oeuvre, il appartient à l'AC qui se voit remettre une offre paraissant anormalement basse, dans un premier temps, de solliciter de son auteur la communication de tous les éléments permettant d'en vérifier la viabilité économique, et, dans un second temps,

d'éliminer cette offre, si les justifications fournies par le candidat ne permettent pas d'établir cette viabilité (Article 115 du Code des marchés publics).

Cette exigence de contrôle concerne également l'offre anormalement basse du sous-traitant, au moment du dépôt de l'offre mais aussi lorsque la demande est présentée après ce dépôt.

La détection d'une offre anormalement basse peut s'avérer complexe, d'autant plus qu'aucune méthode y relative n'est précisée, ni dans le Code des marchés publics, ni dans les directives officielles d'application des partenaires techniques et financiers du Gabon. Aucun texte ne permet donc de déterminer quand une offre est anormalement basse. C'est à la PRM qu'il revient d'apprécier la réalité économique des offres en s'appuyant sur certains critères et indices.

Les critères « qualité »

La prise en compte uniquement du prix pour la détection d'une offre anormalement basse, sans la prise en compte des critères « qualité » est inopérante. En effet, il n'est pas judicieux de comparer une offre peu onéreuse au niveau de qualité acceptable le plus bas, avec une offre au haut niveau de qualité, mais avec un prix plus élevé.

De même, une offre peut être moins élevée que celles des autres candidats simplement parce qu'elle est réellement concurrentielle, car établie dans des conditions particulièrement favorables, selon des procédés nouveaux ou originaux, ou plus innovants.

Les écarts de prix de ces différentes offres peuvent être conséquents, sans faire apparaître forcément des offres anormalement basses.

La lutte contre le «dumping»

Le dumping est une pratique qui consiste à vendre des biens et services en dessous de leurs prix de revient.

Afin de lutter plus efficacement contre **cette pratique**, les directives internationales rappellent l'obligation de rejeter une offre anormalement basse qui ne respecterait pas les obligations ~~applicables établies par les dispositions internationales~~ en matière de droits environnemental, social et du travail (~~article 60 du décret n°2016-360 du 25 mars 2016 relatif aux marchés publics~~).

~~La PRM doit être garant de la **solidité des offres** pour une bonne exécution du marché.~~

Les indices de détection d'une offre anormalement basse

La détection d'une offre anormalement basse peut s'appuyer sur un faisceau d'indices notamment :

- incohérence du prix par rapport aux prescriptions du marché ;
- incohérence du prix de l'offre par rapport aux estimations de l'AC ;
- incohérence du prix de l'offre par rapport aux autres offres reçues ;
- incohérence des moyens mis en œuvre par rapport aux prescriptions du marché.

Ces indices peuvent être couplés avec l'application d'une formule d'identification des offres potentiellement anormalement basses.

La méthode de la double moyenne

La méthode suivante, dite de la double moyenne, validée par la jurisprudence (CAA de Nantes, 1^{er} décembre 2015, req. n°13NT03408) est la plus utilisée :

- **Étape 1** : Calculer la moyenne des offres (M1)
- **Étape 2** : Les offres se situant 20 % au-dessus de cette moyenne sont identifiées et exclues du calcul suivant
- **Étape 3** : Calculer une nouvelle moyenne (M2)
- **Étape 4** : Sont suspectées d'être anormalement basses les offres inférieures à $0,9 \times M2$

Cette formule couplée à l'utilisation de celle concernant la méthode de notation de prix permet à l'AC d'appliquer la transparence et l'équité dans le processus d'attribution du marché.

La suspicion d'une offre anormalement basse ne constitue pas un motif d'exclusion automatique du processus d'analyse des offres. L'AC est tenue d'interroger les entreprises, dont les offres sont suspectées d'être anormalement basses, afin d'obtenir des précisions et des justifications (article 115 du Code des marchés publics).

L'autorité contractante ne peut **rejeter une offre anormalement basse** que si **elle a invité le soumissionnaire à lui présenter par écrit, les éléments justificatifs du prix de son offre.**

Dans la pratique, les autorités contractantes déclenchent la mise en œuvre de l'article 115 du CMP quand l'offre est inférieure de **25% à la moyenne des offres.**

Comment se matérialise l'invitation du soumissionnaire à justifier son offre?

La PRM adresse un courrier au soumissionnaire et exige qu'il fournisse des **précisions** et justifications sur le montant de son offre.

Si, après vérification de ces justifications, la PRM établit que l'offre est anormalement basse, il la rejette dans les conditions fixées par le Code des marchés publics.

Si les justifications fournies sont pertinentes, la PRM procède à l'analyse de l'offre et à son classement.

~~La PRM peut également adresser un courrier au soumissionnaire après négociation si son offre semble anormalement basse dans le cadre des marchés conclus avec négociations (ex. marché de prestations intellectuelles).~~

Comment le soumissionnaire formule-t-il sa réponse ?

Le soumissionnaire doit expliquer la composition de ses prix. Le soumissionnaire doit confirmer également que les exigences du cahier des clauses techniques particulières (CCTP) et l'ensemble des spécifications techniques ont été comprises et prises en compte dans l'établissement du prix. La réponse doit parvenir dans le délai indiqué par le courrier de la PRM sous peine de rejet de l'offre. **Elle ne doit être qu'une précision ou un justificatif sur les éléments fournis. Aucun complément d'offre ne peut être apporté.**

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 ;
- **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 de l'État par le soumissionnaire.

Une obligation **nouvelle porte également sur la partie sous-traitée**

Lorsque le montant des prestations sous-traitées semble anormalement bas, la PRM exige que l'opérateur économique lui fournisse des précisions et justifications sur le montant de ces prestations.

Si, après vérification des justifications fournies par l'opérateur économique, l'autorité contractante 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 ou n'accepte pas le sous-traitant proposé lorsque la demande de sous-traitance est présentée après le dépôt de l'offre, dans les conditions fixées par le Code des marchés publics.

~~Un courrier à prendre au sérieux par le soumissionnaire~~

~~Quand vous recevez ce type de courrier, il convient de le traiter avec le plus **grand sérieux** et de justifier la **composition du prix**, la **teneur de l'offre**. Il faut donc démontrer que vous ne faites pas de dumping social et écologique.~~

~~L'autorité contractante doit être assurée que la prestation se déroulera conformément aux attentes.~~

~~Pour mémoire, il est rappelé que les offres en procédure d'appel d'offres sont **intangibles**.~~

~~Votre réponse ne doit être qu'une précision ou un justificatif sur les éléments fournis. Aucun complément d'offre ne peut être apporté.~~

Quels sont les risques ~~à retenir~~ d'une offre anormalement basse ?

~~L'AC est libre d'apprécier les justifications fournies et de considérer que l'offre suspectée originellement d'être anormalement basse, est finalement celle qui est économiquement la plus avantageuse.~~

Retenir une offre anormalement basse fait peser le risque majeur d'une mauvaise exécution du marché public. La PRM 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 opérationnels

~~La PRM qui décide de retenir une offre anormalement basse, risque d'être confrontée à plusieurs situations de nature à compromettre la bonne exécution du marché public.~~

Risque financier

~~Le prix proposé est sous-estimé au vu des prestations décrites dans le cahier des charges. Le titulaire présentera en cours d'exécution, des demandes de rémunération complémentaires que la PRM sera contrainte d'accepter, sous peine de voir interrompre l'exécution des prestations. Ainsi, l'offre qui paraissait financièrement intéressante, s'avère, au final, plus coûteuse et la conclusion d'avenants risque de bouleverser l'économie du marché public et de remettre en cause les conditions de la mise en concurrence initiale.~~

Risque de défaillance

~~L'entreprise, en difficulté financière, présente une offre de prix très basse afin de remporter le marché public. Cette stratégie ne lui permet pas d'assumer l'exécution des prestations et conduit à la résiliation du contrat. L'AC doit alors gérer la défaillance du titulaire (rupture d'approvisionnement, arrêt de chantier...) et relancer une procédure pour la passation d'un marché public de substitution.~~

~~Risque de qualité~~

~~Le prix ne correspondant pas à la réalité économique des prestations demandées, les prestations exécutées seront de mauvaise qualité et ne rempliront pas les exigences techniques du cahier des charges. Les délais peuvent être dépassés et les conditions de sécurité non respectées. Les conséquences seront d'autant plus gênantes sur des chantiers allotis (planning bouleversé, répercussions sur les autres intervenants).~~

~~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.~~

Risques juridiques

- ~~— Le contrôleur à savoir la DGMP, l'ARMP ou plus après le juge administratif exerce un contrôle restreint sur l'appréciation que fait la PRM du caractère anormalement bas d'une offre, qu'il soit saisi du refus de l'AC de rejeter une telle offre ou au contraire de la décision de cette dernière d'écarter une offre pour ce motif. Ce n'est que si cette appréciation est manifestement erronée qu'elle sera sanctionnée. Le juge s'en tient donc à un contrôle de l'erreur manifeste d'appréciation.~~

~~Il en est de même lorsque la PRM omet de mettre en œuvre la procédure contradictoire alors que les offres présentaient manifestement un caractère anormalement bas. Une institution de recours, saisi par un candidat évincé, peut considérer dans cette situation que l'AC avait méconnu ses obligations de mise en concurrence et d'égalité d'accès aux marchés publics.~~

- ~~— Le contrôleur exerce un contrôle complet sur le respect de la procédure. L'AC est tenue de suivre les étapes de la procédure contradictoire. S'il omet de demander des précisions à l'auteur de l'offre et la rejette, la décision d'attribuer le marché public à un autre candidat est irrégulière. L'entreprise pourra prétendre à être indemnisée si elle avait des chances sérieuses d'obtenir le marché public.~~

~~En définitive, quelle que soit la procédure de passation mise en œuvre, il appartient à la PRM qui se voit remettre une offre paraissant manifestement anormalement basse :~~

- ~~• de solliciter par écrit la communication de tous les éléments permettant d'en vérifier la viabilité économique,~~
- d'éliminer ladite offre si les justifications fournies ne permettent pas d'en établir la viabilité.