PALMIER - BRAULT - ASSOCIÉS
Avocats en contrats publics

UNE OFFRE SUSPECTÉE D'ÊTRE ANORMALEMENT BASSE DOIT ÊTRE REJETÉE EN L'ABSENCE DE JUSTIFICATION !

Posté le 12 avril 2017 par Sébastien Palmier

Catégorie : Référé pré-contractuel & Contractuel

CE 30 mars 2017, Région Réunion, req.n°406224

La région Réunion avait lancé une procédure en vue de la passation d'un marché alloti portant sur des actions de formation. Une entreprise qui s'est porté candidate pour plusieurs lots a été informée que toutes ses offres étaient rejetées. Elle a saisi le juge des référés d'une demande tendant à l'annulation de la procédure de passation, ainsi qu'à la reprise de cette procédure au stade de l'analyse des offres. Cette demande ayant été accueillie par le juge des référés, la région Réunion a formé un pourvoi. Dans cet arrêt, le Conseil d'Etat apporte notamment des précisions sur l'appréciation des offres anormalement basses sous l'empire de l'ordonnance du 23 juillet 2015 et du décret du 25 mars 2016.

PALMIER - BRAULT - ASSOCIÉS
Avocats en contrats publics

Règle n°1 : Les effectifs non salariés doivent être pris en compte pour apprécier les moyens humains en l'absence de contre-indication du cahier des charges

Le juge des référés avait tout d'abord annulé la procédure en considérant que l'offre de la société attributaire du marché était irrégulière. Le CCTP stipulait que les soumissionnaires devaient disposer d'une équipe administrative chargée de gérer l'exécution du marché et d'une équipe pédagogique faisant intervenir trois formateurs minimum. Considérant que la société attributaire n'avait pour seuls moyens humains qu'une responsable de l'établissement de formation, le tribunal administratif a considéré que l'offre était irrégulière car elle ne respectait pas les exigences formulées dans les documents de la consultation. Le Conseil d'Etat censure cette solution, en observant que la liste publique des organismes de formation prévue par le Code du travail, qui avait été soumise au juge des référés, établissait que l'entreprise retenue disposait bien d'un effectif de trois formateurs, qui n'étaient pas salariés de celle-ci. Or, les documents de la consultation n'imposaient pas que les formateurs soient nécessairement des salariés de la société candidate. Le Conseil d'Etat considère donc que le juge des référés a dénaturé les pièces du dossier et annule l'ordonnance pour ce motif.

Règle n°2 : le pouvoir adjudicateur a l'obligation de rejeter une offre suspectée d'être anormalement basse en l'absence de justification

Par ailleurs, l'offre de la société requérante avait été écartée car elle avait été jugée anormalement basse. La région lui avait adressé une demande de justification, à laquelle elle n'avait pas répondu. Toutefois, le juge des référés a estimé que cette absence de réponse ne pouvait être prise en compte en l'espèce et a jugé que l'offre de la requérante n'était pas anormalement basse car elle était supérieure à celle de l'attributaire du marché. Le Conseil d'Etat censure ce raisonnement, en jugeant qu'en l'absence d'explication sur le prix proposé, la région avait l'obligation de rejeter l'offre de la requérante, en application des articles 53 de l'ordonnance du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics et de l'article 60 du décret du 25 mars 2016 relatif aux marchés publics. Il annule donc l'ordonnance du juge des référés pour ce second motif, en estimant que ce dernier avait commis une erreur de droit.

Règle n°3 : Retenir une offre inférieure à une offre suspectée d'être anormalement basse ne suffit pas à établir qu'elle est sous-évaluée

Enfin, la requérante prétendait que l'offre de la société attributaire était anormalement basse, en se bornant à observer qu'elle était inférieure au montant de sa propre offre, considérée par la région comme anormalement basse. Le Conseil d'Etat écarte ce moyen, en relevant que la requérante n'apportait aucune précision permettant d'établir que l'offre retenue était sous-évaluée. Il observe par ailleurs que la région avait également demandé à la société attributaire une justification de ses prix, qui avait apporté les informations sollicitées. En conséquence, le Conseil d'Etat estime que la région n'a pas commis une erreur manifeste d'appréciation en retenant une offre inférieure à celle de la requérante.

Pour se distraire un peu et voir la problématique de l'offre anormalement basse en film: c'est ici

---

Conseil d'État
N° 406224
5ème chambre

Lecture du jeudi 30 mars 2017

REPUBLIQUE FRANCAIS
AU NOM DU PEUPLE FRANCAIS

Vu la procédure suivante

Le groupement d'intérêt public Formation Continue Insertion Professionnelle (GIP FCIP) a saisi le juge des référés du tribunal administratif de la Réunion d'une demande tendant, d'une part, à l'annulation de la procédure de passation des lots n°s 4, 5, 6, 7 et 8 du marché public pour des actions de formation professionnelle continue relatives au programme de formations " Tertiaire et services 2016 " engagée par la région Réunion et, d'autre part, à la reprise de cette procédure au stade de l'analyse des offres. Par une ordonnance n° 1601084 du 14 novembre 2016, le juge des référés de ce tribunal a annulé, sur le fondement des articles L 551-1 et suivants du code de justice administrative, la procédure de passation du marché en ce qui concerne les lots n°s 4, 5, 6, 7 et 8 et enjoint la reprise de cette procédure au stade de l'analyse des offres.

Par un pourvoi et un nouveau mémoire enregistrés les 22 décembre 2016 et 6 février 2017 au secrétariat du contentieux du Conseil d'Etat, la région Réunion demande au Conseil d'Etat :

1°) d'annuler cette ordonnance ;

2°) statuant en référé, de rejeter la demande du GIP FCIP ;

3°) de mettre à la charge du GIP FCIP la somme de 5 000 euros au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Vu les autres pièces du dossier ;

Vu :

- le code du travail ;

- l'ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015 ;

- le décret n° 2016-360 du 25 mars 2016 ;

- le code de justice administrative ;

Après avoir entendu en séance publique :

- le rapport de M. Jean Sirinelli, maître des requêtes en service extraordinaire ,

- les conclusions de M. Olivier Henrard, rapporteur public.

La parole ayant été donnée, avant et après les conclusions, à la SCP Monod, Colin, Stoclet, avocat de la Région Réunion.

1. Considérant qu'aux termes de l'article L. 551-1 du code de justice administrative : " *Le président du tribunal administratif, ou le magistrat qu'il délègue, peut être saisi en cas de manquement aux obligations de publicité et de mise en concurrence auxquelles est soumise la passation par les pouvoirs adjudicateurs de contrats administratifs ayant pour objet l'exécution de travaux, la livraison de fournitures ou la prestation de services, avec une contrepartie économique constituée par un prix ou un droit d'exploitation, ou la délégation d'un service public (...)* " ; qu'aux termes de l'article L. 551-2 de ce code : " *I. Le juge peut ordonner à l'auteur du manquement de se conformer à ses obligations et suspendre l'exécution de toute décision qui se rapporte à la passation du contrat, sauf s'il estime, en considération de l'ensemble des intérêts susceptibles d'être lésés et notamment de l'intérêt public, que les conséquences négatives de ces mesures pourraient l'emporter sur leurs avantages. / Il peut, en outre, annuler les décisions qui se rapportent à la passation du contrat et supprimer les clauses ou prescriptions destinées à figurer dans le contrat et qui méconnaissent lesdites obligations.* " ;
2. Considérant qu'il ressort des énonciations de l'ordonnance attaquée que la région Réunion a lancé une procédure en vue de la passation, selon une procédure adaptée, d'un marché portant sur des actions de formation professionnelle continue relatives au programme de formations " Tertiaire et services 2016", divisé en huit lots ; que le groupement d'opérateurs économiques constitué du GIP FCIP et du GRETA Réunion, dont le GIP FCIP est le mandataire, s'est porté candidat pour l'attribution des lots

n°s 4, 5, 6, 7 et 8 de ce marché ; que le groupement a été informé le 28 septembre 2016 que ses offres n'étaient retenues pour aucun de ces lots ; que par l'ordonnance attaquée, le juge des référés du tribunal administratif de la Réunion, saisi par le GIP FCIP, a, sur le fondement de l'article L. 551-1 du code de justice administrative, annulé la procédure de passation de ce marché pour chacun de ces lots au stade de l'analyse des offres et enjoint à la région Réunion de relancer la procédure au stade de l'analyse des offres ; que la région Réunion se pourvoit en cassation contre cette ordonnance ;

3. Considérant, en premier lieu, qu'aux termes des dispositions de l'article 59 du décret du 25 mars 2016 relatif aux marchés publics : " *I. - L'acheteur vérifie que les offres qui n'ont pas été éliminées en application du IV de l'article 43 sont régulières, acceptables et appropriées. / 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 / ... II. - Dans les procédures d'appel d'offres et les procédures adaptées sans négociation, les offres irrégulières, inappropriées ou inacceptables sont éliminées. Toutefois, l'acheteur peut autoriser tous les soumissionnaires concernés à régulariser les offres irrégulières dans un délai approprié, à condition qu'elles ne soient pas anormalement basses* " ;
4. Considérant qu'il ressort des pièces du dossier soumis au juge des référés du tribunal administratif de la Réunion que, selon les stipulations de l'article XIII du cahier des clauses techniques particulières du marché en cause, les soumissionnaires doivent disposer d'une équipe administrative chargée de gérer l'exécution du marché et d'une équipe pédagogique faisant intervenir trois formateurs minimum ; que, toutefois, aucune disposition des documents de la consultation n'imposait que les formateurs soient nécessairement des salariés de la société candidate ; qu'en outre, les informations de la liste publique des organismes de formation prévue par l'article L. 6351-7-1 du code du travail, soumise au juge des référés, établissaient que l'entreprise BFAOI disposait d'un effectif de 3 personnes ; que, dans ces conditions, en énonçant que les moyens humains de l'entreprise BFAOI se limitaient à la seule personne d'une responsable d'un établissement de formation et en se fondant notamment sur cette circonstance pour juger que l'offre de l'entreprise BFAOI pour les lots n°s 4 et 5 aurait dû être rejetée comme irrégulière faute pour celle-ci de disposer d'une équipe administrative et d'une équipe pédagogique répondant aux conditions fixées par les documents de la consultation, le juge des référés a dénaturé les pièces du dossier ;
5. Considérant, en second lieu, qu'aux termes de l'article 53 de l'ordonnance du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics : " *Lorsqu'une offre semble anormalement basse, l'acheteur exige que l'opérateur économique fournisse des précisions et justifications sur le montant de son offre / 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* " ; que, selon les dispositions de l'article 60 du décret du 25 mars 2016 relatif aux marchés publics : " *I. - L'acheteur exige que le soumissionnaire justifie le prix ou les coûts proposés dans son offre lorsque celle-ci semble anormalement basse eu égard aux travaux, fournitures ou services, y compris pour la part du marché public qu'il envisage de sous-traiter / ... 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 ...* " ;
6. 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 oeuvre, 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;
7. Considérant que, pour juger que la région Réunion avait commis une erreur manifeste d'appréciation en écartant l'offre du groupement GIP FCIP-GRETA Réunion pour les lots n°s 6, 7 et 8 comme anormalement basse, le juge des référés a relevé que la circonstance que le groupement se soit abstenu de répondre à la demande de justification de la région ne pouvait être prise en compte en l'espèce et que le prix de son offre était supérieur à celui de l'offre de l'entreprise BFAOI, attributaire du marché ; qu'en se fondant ainsi, pour estimer que l'offre du groupement n'était pas anormalement basse, sur le seul écart de prix avec l'offre concurrente, alors au surplus qu'en l'absence de toute précision donnée par le groupement de nature à expliquer le prix proposé, il incombait à la région de rejeter son offre, le juge des référés a commis une erreur de droit ;
8. Considérant qu'il résulte de ce qui précède, et sans qu'il soit besoin d'examiner l'autre moyen du pourvoi, que la région Réunion est fondée à demander l'annulation de l'ordonnance attaquée ;

9. Considérant que, dans les circonstances de l'espèce, il y a lieu, en application des dispositions de l'article L. 821-2 du code de justice administrative, de régler l'affaire au titre de la procédure de référé engagée par le GIP FCIP ;

En ce qui concerne les lots n°4 et 5 :

10. Considérant, en premier lieu, qu'aux termes de l'article 55 du décret du 25 mars 2016 relatif aux marchés publics : " *I. - L'acheteur qui constate que des pièces ou informations dont la présentation était réclamée au titre de la candidature sont absentes ou incomplètes peut demander à tous les candidats concernés de compléter leur dossier de candidature dans un délai approprié et identique pour tous / II. - L'acheteur vérifie les informations qui figurent dans la candidature, y compris en ce qui concerne les opérateurs économiques sur les capacités desquels le candidat s'appuie. Cette vérification est effectuée dans les conditions suivantes / ... / IV. - Si un candidat ou un soumissionnaire se trouve dans un cas d'interdiction de soumissionner, ne satisfait pas aux conditions de participation fixées par l'acheteur ou ne peut produire dans le délai imparti les documents justificatifs, les moyens de preuve, les compléments ou explications requis par l'acheteur, sa candidature est déclarée irrecevable et le candidat est éliminé* " ;
11. Considérant que pour soutenir que la candidature de l'entreprise BFAOI aurait dû être écartée comme irrecevable faute pour cette entreprise de disposer de capacités techniques et économiques suffisantes, le GIP FCIP fait valoir qu'elle a effectué un faible nombre d'heures de formation pour l'année 2015 et qu'elle ne dispose ni d'une équipe administrative ni d'une équipe pédagogique ; que toutefois il résulte de ce qui a été dit au point 4 que les stipulations de l'article XIII du cahier des clauses techniques particulières du marché en cause, qui ne précisaient pas la composition de l'équipe administrative chargée de gérer l'exécution du marché, n'imposaient pas que les formateurs soient nécessairement des salariés de la société candidate ; qu'il résulte par ailleurs de l'instruction qu'en estimant, au vu notamment des informations de la liste publique des organismes de formation prévue par l'article L. 6351-7-1 du code du travail et de l'annexe relative à l'équipe pédagogique affectée à l'action produite par l'entreprise BFAOI, que l'entreprise BFAOI disposait de capacités techniques et économiques suffisantes, la région Réunion n'a pas commis d'erreur manifeste d'appréciation ;

12. ***Considérant, en second lieu, qu'il résulte des dispositions citées au point 5 que, quelle que soit la procédure de passation mise en oeuvre, 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*** ;

13. Considérant que pour établir que la région Réunion aurait commis une erreur manifeste d'appréciation en retenant pour l'ensemble des lots l'offre, dont il est soutenu qu'elle est anormalement basse, de l'entreprise BFAOI, le GIP FCIP se borne à comparer son montant avec le montant de sa propre offre, sans apporter de précision ou de justification de nature à justifier que l'offre de l'entreprise BFAOI, qui au demeurant avait répondu à la demande de justification des prix de son offre que lui avait adressée la région eu égard à leur bas niveau, puisse être regardée comme manifestement sous-évaluée et de nature, ainsi, à compromettre la bonne exécution du marché ; que, par suite, le GIP FCIP n'est pas fondé à soutenir que la région Réunion aurait commis une erreur manifeste d'appréciation en retenant une offre anormalement basse pour les lots n°s 4 et 5 du marché ;

En ce qui concerne les lots n° 6, 7 et 8 :

14. ***Considérant, en premier lieu, qu'il résulte de l'instruction que la région Réunion a, pour la détection des offres anormalement basses, utilisé une méthode de calcul préconisée par la charte pour la détection des offres anormalement basses et le choix de l'offre économiquement la plus avantageuse signée le 26 mars 2012 sous l'égide du Haut conseil de la commande publique, qui a permis de révéler un écart manifestement important***

> ***entre l'offre du groupement GIP FCIP-GRETA Réunion et la moyenne pondérée des offres valables reçues ; qu'au vu de ces résultats, la région a demandé au groupement GIP FCIP-GRETA Réunion ainsi qu'à deux autres entreprises soumissionnaires de justifier leurs prix en apportant une décomposition détaillée de différents postes, en apportant tout autre élément permettant de justifier les prix et en indiquant s'ils disposaient de conditions exceptionnellement favorables pour exécuter le présent marché; que le GIP FCIP s'est abstenu de répondre dans le délai raisonnable qui lui était imparti, ni même hors délai, à la demande du pouvoir adjudicateur ; que, pour contester le bien-fondé de la décision par laquelle la région Réunion a écarté son offre pour les lots n°s 6, 7 et 8 du marché comme anormalement basse, le GIP FCIP se borne à faire état de ce que les lots ont été attribués à un candidat dont les prix étaient inférieurs de plus de 30 % aux prix présentés par le groupement ; que le groupement requérant, qui ne se fonde que sur le seul écart de prix avec l'offre concurrente de l'entreprise BFAOI, n'apporte ainsi aucun élément de nature à justifier de manière satisfaisante le bas niveau du prix de sa propre offre ; qu'il résulte de l'ensemble de ces éléments que la région Réunion n'a pas, en écartant l'offre du groupement GIP FCIP-GRETA Réunion comme anormalement basse, commis une erreur manifeste d'appréciation** ;

15. Considérant, en second lieu, qu'il résulte de ce qui a été dit aux points 11 et 13 que la région Réunion n'a pas non plus commis d'erreur manifeste d'appréciation en n'écartant pas la candidature de l'entreprise BFAOI comme irrecevable et en ne rejetant pas l'offre de cette entreprise comme anormalement basse ;
16. Considérant qu'il résulte de tout ce qui précède, et sans qu'il soit besoin de statuer sur la fin de non recevoir soulevée par la région Réunion, que le GIP FCIP n'est pas fondé à demander l'annulation de la procédure de passation des lots n°s 4, 5, 6, 7 et 8 du marché en litige ;
17. Considérant que les dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative font obstacle à ce qu'une somme soit mise à ce titre à la charge de la région Réunion qui n'est pas, dans la présente instance, la partie perdante ; qu'il y a lieu, dans les circonstances de l'espèce, de mettre à la charge du GIP FCIP, au titre des mêmes dispositions, la somme de 3 500 euros à verser à la région Réunion, ainsi que la somme de 3 000 euros à verser à l'entreprise BFAOI au titre de la procédure suivie devant le tribunal administratif de la Réunion ;

D E C I D E :

Article 1er : L'ordonnance du 14 novembre 2016 du tribunal administratif de la Réunion est annulée.

Article 2 : La demande présentée par le GIP FCIP devant le tribunal administratif de la Réunion est rejetée.

Article 3 : Le GIP FCIP versera à la région Réunion une somme de 3 500 euros et à l'entreprise BFAOI une somme de 3 000 euros au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Article 4 : La présente décision sera notifiée à la région Réunion, au groupement d'intérêt public Formation Continue Insertion Professionnelle et à l'entreprise Bourbon Formation Avenir Océan Indien.

PALMIER - BRAULT - ASSOCIÉS
Avocats en contrats publics