

PRÉFET DE L'AUBE

PRÉFECTURE
DIRECTION DES COLLECTIVITÉS ET DU
DÉVELOPPEMENT LOCAL

Troyes, le 29 MAI 2015

BUREAU DES COLLECTIVITÉS LOCALES
ET DE L'INTERCOMMUNALITÉ

La Préfète de l'Aube

Affaire suivie par Mmes Véronique MOULE / Carole SUZANNE
Tél : 03 25 42 35 52
Fax : 03 25 70 38 07
E-mail : pref-conseilcollectivites@aube.gouv.fr

à

Monsieur le Président du conseil départemental
de l'Aube
Mesdames et Messieurs les Maires du
département
Mesdames et Messieurs les Présidents des
établissements publics communaux et
intercommunaux
Messieurs les Présidents de l'Office Public de
l'Habitat « Aube Immobilier », de Troyes Habitat,
de la SiABA

Signé

En communication à :

Monsieur le Sous-Préfet de l'arrondissement de
Nogent-sur-Seine
Monsieur le Sous-Préfet de l'arrondissement de
Bar-sur-Aube

Objet : Offres anormalement basses et avenants dans les marchés publics.

PJ : Fiche 1 : Offres anormalement basses - Risques

Fiche 2 : Avenant – sujétions imprévues

Dans le cadre du contrôle de légalité qui m'est imparti dans le domaine de la commande publique, je remarque un recours régulier aux avenants dans le cadre de l'exécution des marchés publics.

Je souhaite vous rappeler que la passation d'un marché public nécessite au préalable une définition précise des besoins par le pouvoir adjudicateur, conformément à l'article 5 du code des marchés publics :

« I. - La nature et l'étendue des besoins à satisfaire sont déterminées avec précision avant tout appel à la concurrence ou toute négociation non précédée d'un appel à la concurrence en prenant en compte des objectifs de développement durable. Le ou les marchés ou accords-cadres conclus par le pouvoir adjudicateur ont pour objet exclusif de répondre à ces besoins.

II. - Le pouvoir adjudicateur détermine le niveau auquel les besoins sont évalués. Ce choix ne doit pas avoir pour effet de soustraire des marchés aux règles qui leur sont normalement applicables en vertu du présent code. »

La définition des besoins avant la passation d'un marché public est importante, et peut permettre d'éviter de retenir des offres anormalement basses qui par voie de conséquence peuvent conduire à un recours aux avenants. En effet, l'acceptation de ce type d'offres peut pénaliser votre collectivité, l'achat ou les travaux n'étant, par la suite, pas effectués dans les meilleures conditions économiques et étant source de surcoûts.

1) Les offres anormalement basses dans les marchés publics

« Les acheteurs doivent veiller à détecter les offres anormalement basses. Une offre peut être qualifiée d'anormalement basse, si son prix ne correspond pas à une réalité économique. Une telle offre est de nature à compromettre la bonne exécution du marché conclu sur sa base.

L'article 55 du code des marchés publics permet au pouvoir adjudicateur de rejeter une offre anormalement basse par décision motivée, après avoir demandé par écrit les précisions qu'il juge utiles et vérifié les justifications fournies.

Il revient toutefois aux pouvoirs adjudicateurs d'apprécier la réalité économique des offres, car ni le code ni les directives ne donnent de définition formelle de l'offre anormalement basse.

Le pouvoir adjudicateur doit donc demander des explications au candidat qui a déposé l'offre et raisonner au cas par cas.

Peuvent être prises en considération des justifications tenant notamment aux aspects suivants :

- 1° Les modes de fabrication des produits, les modalités de la prestation des services, les procédés de construction ;
- 2° Les conditions exceptionnellement favorables dont dispose le candidat pour exécuter les travaux, pour fournir les produits ou pour réaliser les prestations de services ;
- 3° L'originalité de l'offre ;
- 4° Les dispositions relatives aux conditions de travail en vigueur là où la prestation est réalisée ;
- 5° L'obtention éventuelle d'une aide d'État par le candidat.

Le pouvoir adjudicateur doit procéder à un examen attentif des informations fournies par l'entreprise pour justifier son prix. Si les éléments sont convaincants, le pouvoir adjudicateur peut qualifier l'offre de « normale ».

En revanche, 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, le pouvoir adjudicateur est tenu de la rejeter par **décision motivée**.

Le juge administratif exerce un contrôle de l'erreur manifeste d'appréciation sur la qualification d'offres anormalement basses ou sur leur omission (cf fiche 1 : offres anormalement basses).

À titre d'exemple, un candidat ne peut pas se contenter d'invoquer une longue expérience et sa qualité de précédent titulaire de marché pour justifier un prix largement plus faible que l'estimation du pouvoir adjudicateur et la moyenne des offres des autres candidats (CE, 15 octobre 2014, Communauté urbaine de Lille, n°378434).

En outre, l'absence de réponse du soumissionnaire à la demande d'explications du pouvoir adjudicateur permet d'exclure l'offre du candidat.

Cette obligation de rejet des offres anormalement basses repose sur l'objectif d'efficacité de la commande publique fixé par l'article 1^{er} du code des marchés publics.

Les acheteurs publics doivent donc veiller à la bonne utilisation des deniers publics et être conscients des risques, tant opérationnels que juridiques, auxquels ils s'exposent en retenant une offre anormalement basse. » (cf fiche 1 : offres anormalement basses)

Cependant, la seule circonstance que le prix proposé soit très inférieur à l'estimation de l'acheteur public ne suffit pas à justifier le rejet de l'offre. Celui-ci doit tenir compte des justificatifs fournis à sa demande par le candidat et si celles-ci ne sont pas dénuées de pertinence et ne font pas apparaître une sous-évaluation manifeste des prestations, l'offre ne peut être considérée comme anormalement basse. Par exemple, une entreprise de travaux peut proposer un prix qui semble anormalement bas, car elle exécute déjà un marché identique à proximité. Dans cette hypothèse, elle n'a donc pas les mêmes contraintes de déploiement de nouveaux équipements fixes de chantier, ce qui lui permet de réduire ses coûts.

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, même si les prix sur lesquels ont porté les demandes de précision représentaient une part substantielle du marché. Doit être suspectée d'anormalement basse, l'offre dont le prix ne correspond manifestement pas au taux horaire usuellement pratiqué dans un secteur d'activités et qui ne correspond d'ailleurs pas au taux horaire affiché par le candidat lui-même sur son site internet.

La première conséquence prévisible de sélection d'une offre anormalement basse est la conclusion d'avenants.

À cet égard, je vous rappelle ci-dessous les règles relatives à ces dispositifs.

II) Règles relatives aux avenants

L'article 20 du code des marchés publics dispose qu'un avenant ou une décision de poursuivre ne peut bouleverser l'économie du marché, ni en changer l'objet. La circulaire du 3 août 2006 portant manuel d'application du code des marchés publics précise qu'il y a lieu de considérer qu'une augmentation par avenant de 15 % à 20 % ou plus du prix d'un marché est susceptible d'être regardée par le juge administratif comme bouleversant l'économie du contrat.

J'attire votre attention sur le fait que, dans le cadre d'un contentieux, le juge apprécie le bouleversement ou non de l'économie du marché au cas par cas.

En effet, l'avenant est l'acte par lequel les parties à un contrat conviennent de modifier ou de compléter une ou plusieurs de ses clauses. Cette modification ne peut avoir ni pour objet, ni pour effet de substituer au contrat initial un autre contrat, soit parce que son économie en serait bouleversée, soit parce que son objet ne serait plus le même.

Ainsi, dans un arrêt du 19 juin 2008, *Pressetext Nachrichtenagentur GmbH contre Republik Österreich* (affaire C-454/06), la Cour de Justice des Communautés Européennes (CJCE) a précisé que la modification d'un marché public en cours de validité peut être considérée comme substantielle et ne peut donc être effectuée par avenant :

– lorsqu'elle introduit des conditions qui, si elles avaient figuré dans la procédure de passation initiale, auraient permis l'admission de soumissionnaires autres que ceux initialement admis ou auraient permis de retenir une offre autre que celle initialement retenue (point 35 de l'arrêt précité) ;

– lorsqu'elle étend le marché, dans une mesure importante, à des services non initialement prévus (point 36) ;

– lorsqu'elle change l'équilibre économique du contrat en faveur de l'adjudicataire du marché, d'une manière qui n'était pas prévue dans les termes du marché initial (point 37).

La seule exception à cette règle concerne les sujétions techniques imprévues : « En cas de sujétions techniques imprévues ne résultant pas du fait des parties, un avenant ou une décision de poursuivre peut intervenir quel que soit le montant de la modification en résultant. »

Toutefois la notion de sujétions techniques imprévues est d'interprétation stricte. La décision du Conseil d'État du 30 juillet 2003, commune de Lens n°223445 qualifie les sujétions techniques imprévues comme des **difficultés matérielles rencontrées lors de l'exécution du marché public ou de l'accord cadre, qui présentent un caractère exceptionnel, imprévisible lors de la conclusion du contrat, et dont la cause est extérieure aux parties.** (Cf fiche 2 : les sujétions techniques imprévisibles).

Sous les réserves précédentes, la modification résultant d'un avenant peut porter sur tous les engagements des parties au contrat (prestations à exécuter, calendrier d'exécution ou des sous-traitants).

L'avenant a également vocation à régir les changements qui peuvent affecter la personne publique contractante et les modifications affectant la personne titulaire du marché public ou de l'accord cadre (cession volontaire du marché, fusion de communes ou d'établissements publics, décès du cocontractant, disparition de l'entreprise...)

Enfin, tout projet d'avenant à un marché public ou à un accord cadre entraînant une augmentation du montant global du marché supérieur à 5 % doit être soumis pour avis à la commission d'appel d'offres lorsque le marché initial a lui-même été soumis à la commission d'appel d'offres.

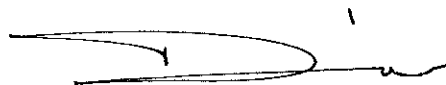
En revanche, un avenant à un marché passé selon la procédure adaptée (sans groupement de commandes) ne sera jamais soumis à avis de la commission d'appel d'offres, dans la mesure où cette commission n'existe pas officiellement dans ce type de procédure et si elle est effectivement réunie, son avis n'a aucune portée juridique.

Afin de ne pas fragiliser les procédures d'achat public et de réduire les risques de contentieux susceptibles d'entraîner votre collectivité dans de lourdes difficultés économiques et financières, je vous invite à accorder la plus vigilance à la définition préalable des besoins précis de la collectivité.

Les services de la préfecture restent évidemment à votre disposition pour vous fournir toute information complémentaire que vous jugerez utile.

Je compte sur votre vigilance.

la préfète,



Isabelle DILHAC

CIRCULAIRE OFFRE ANORMALEMENT BASSE ET AVENANT MARCHÉ PUBLIC

FICHE 1 : OFFRES ANORMALEMENT BASSES

I - Risques opérationnels

L'acheteur public qui décide de retenir une offre anormalement basse, risque d'être confronté à plusieurs situations de nature à compromettre la bonne exécution du marché.

1) 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 l'acheteur public sera contraint 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 et de remettre en cause les conditions de la mise en concurrence initiale.

2) Risque de défaillance :

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

3) Risque sur la qualité de la prestation :

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 allotés (planning bouleversé, répercussions sur les autres intervenants).

4) Risque de travail dissimulé ²⁶ :

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.

II - Risques juridiques

- Le juge administratif exerce un contrôle restreint sur l'appréciation que fait le pouvoir adjudicateur du caractère anormalement bas d'une offre, qu'il soit saisi du refus du pouvoir adjudicateur de rejeter une telle offre ou au contraire de la décision de ce dernier 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 ²⁷.

Il en est de même lorsque le pouvoir adjudicateur omet de mettre en œuvre la procédure contradictoire de l'article 55 du CMP alors que les offres présentaient manifestement un caractère anormalement bas. Un tribunal, saisi par un candidat évincé, a considéré dans cette situation que le pouvoir adjudicateur avait méconnu ses obligations de mise en concurrence et d'égalité d'accès aux marchés publics ²⁸.

- Le juge exerce un contrôle complet sur le respect de la procédure. Le pouvoir adjudicateur est tenu de suivre les étapes décrites par l'article 55 du CMP. S'il omet de demander des précisions à l'auteur de l'offre et la rejette, la décision d'attribuer le marché à un autre candidat est irrégulière ²⁹. L'entreprise pourra prétendre à être indemnisée si elle avait des chances sérieuses d'obtenir le marché ³⁰.

26 Une fiche technique sur le dispositif de lutte contre le travail dissimulé est disponible à l'adresse suivante : http://www.economie.gouv.fr/files/files/directions_services/daj/marches_publics/conseil_acheteurs/fiches-techniques/mise-en-oeuvreprocedure/mp-et-lutte-contre-travail-dissimule.pdf.

27 CE, 15 avril 1996, Commune de Poindimie, précité ; CE, 1er mars 2012, Département de la Corse du Sud, précité ;

CE, 29 janvier 2003, Département d'Ile-et-Vilaine, n° 208096 ; CE, 29 octobre 2013, Département du Gard, n°371233.

28 TA Cergy-Pontoise, ord., 18 février 2011, SCP Claisse et associés, n°1100716.

29 CE Ass., 5 mars 1999, Président de l'Assemblée nationale, n°163328.

30 CAA de Nancy, 7 novembre 2013, Société TST-Robotics, n° 12NC01498.

CIRCULAIRE OFFRE ANORMALEMENT BASSE ET AVENANT MARCHÉ PUBLIC

FICHE 2 : AVENANT

Sujétions techniques imprévues

La jurisprudence est stricte sur la notion de sujétions techniques imprévues :
Les trois conditions cumulatives suivantes doivent être remplies :

- lors de l'exécution du marché, vous devez rencontrer des difficultés matérielles qui présentent un caractère exceptionnel ;
- ces difficultés devaient être imprévisibles lors de la conclusion du contrat ;
- la cause de ses difficultés doit être extérieure aux parties contractantes.

Ont été considérées comme des "*sujétions techniques imprévues ne résultant pas du fait des parties*" :

- la présence de sols instables (CE, 13 octobre 1978, Département de la Vendée) ; de roches très dures pour la région (CE, 29 avril 1953, Commune de Moissac) ; de nappes d'eau (CE, 5 janvier 1944, Ville de Montpellier) ; d'un ouvrage enterré sur le lieu d'exécution des travaux (CE, 7 février 1962, Dame veuve Sutra) ;
- la survenance de pluies exceptionnelles au regard de la région et de la période d'exécution des travaux (CE, 13 mai 1987, Société Citra-France) ;
- la réalisation d'un ouvrage inutile en raison de l'incapacité de l'Administration à fournir, à remettre à l'entrepreneur un plan de canalisations (CE, 7 février 1962, Dame veuve Sutra).

Ne sont pas considérées comme des « *sujétions techniques imprévues ne résultant pas du fait des parties* » :

- un aléa contractuel normalement prévisible, tel la nécessité de mettre à jour et de corriger les études d'exécution à la suite de modifications apportées aux plans aux cours de la phase d'études, ne présente pas un caractère d'imprévisibilité (CAA Lyon, 22 octobre 2009, n° 07LY00556).
- des prestations complémentaires résultant du fait que l'acheteur public ne s'est pas donné les moyens de déterminer exactement la consistance des travaux qui étaient nécessaires pour satisfaire son besoin. La découverte de sujétions techniques imprévues ne doit pas découler d'un manque d'études du sol, par exemple (CE, 8 mars 1996, Commune de Petit-Bourg, n° 165075).