

OAB : le juge botte Montcuq

Auteur

Mlle Emmanuelle Maupin

Pour rejeter une offre sur le fondement de l'article 55 du CMP, le pouvoir adjudicateur doit, lorsqu'il soupçonne une offre d'être anormalement basse, demander des justifications à l'entreprise. Si elles ne sont pas suffisantes, il pourra alors rejeter l'offre. La communauté de communes du canton de Montcuq s'est fait sanctionner par le juge du référé précontractuel pour ne pas avoir mis en oeuvre ce mécanisme et retenu une OAB.

« Si une offre paraît anormalement basse, le pouvoir adjudicateur peut la rejeter par décision motivée après avoir demandé par écrit les précisions qu'il juge utiles et vérifié les justifications fournies ». La procédure de rejet d'une offre anormalement basse décrite à l'article 55 du CMP comporte deux phases successives : l'identification des offres suspectes, qui doit conduire à déclencher la procédure de vérification et l'appréciation des justifications fournies. La communauté de communes du canton de Montcuq s'est pris les pieds dans le tapis sur les deux aspects de cette disposition, ce qui lui a valu l'annulation partielle de la procédure de passation du marché de maîtrise d'oeuvre pour la réalisation d'une crèche intercommunale et d'un relais d'assistantes maternelles. Boris Burzio, dont l'offre a été classée 7ème, a saisi le juge du référé précontractuel au motif que l'offre de l'attributaire, l'agence Gachet, aurait dû être regardée comme anormalement basse et de nature à compromettre la bonne exécution du marché. Pour faire droit à la demande de la société, le juge du référé précontractuel s'est fondé sur l'arrêt du CE de mai 2013, ministère de l'Intérieur, qui donne une grille de lecture de l'article 55 du CMP. En l'espèce, le coût prévisionnel des travaux était de 650.000 euros HT. L'offre de prix de l'attributaire pour la maîtrise d'oeuvre était de 31.200 euros, ce qui correspondait à un taux de rémunération de 4,8%. « Le juge a analysé la situation pour déterminer si la communauté de communes devait ou non déclencher la procédure de l'article 55 du CMP. Se fondant sur les arguments de la requérante, il relève que les offres des candidats étaient distribuées selon une courbe de Gauss dont la médiane se situait à 59.395 euros alors que l'offre de l'attributaire était de 31.200 euros, explique Antoine Woimant, avocat associé au cabinet MCL avocats. A ce prix là, son offre était non seulement la moins chère mais était également inférieure de 13% à l'offre du candidat arrivée en seconde position sur le critère prix. Cette situation aurait dû alerter la personne publique, estime l'avocat. De ces éléments, le juge a estimé que la CC a commis une erreur manifeste d'appréciation (EMA) en ne sollicitant pas des informations sur le prix. De manière général, le prix de l'offre ne doit pas être le seul élément déclenchant de la procédure de l'article 55. Mais, en l'espèce, il était suffisant. C'est pourquoi le juge se fonde uniquement sur cet aspect de l'offre de l'attributaire pour sanctionner l'EMA dans la phase de détection de l'AOB ». « Pour déclencher le mécanisme de l'article 55, il faut qu'il y ait une suspicion d'offre anormalement basse. Pour cela, le pouvoir adjudicateur peut comparer le montant de l'offre avec sa propre estimation, avec la moyenne des offres reçues et examiner le contenu du prix par rapport à l'objet du marché, explique Emmanuelle Roll, avocat au cabinet Lyon-Caen & Thiriez. Or ici le juge s'est limité à un seul indice, celui de la comparaison avec les autres offres, pour sanctionner l'absence de mise en oeuvre de l'article 55. Ce qui est intéressant car relativement rare c'est que, sur la base de ce seul indice, le magistrat caractérise l'existence d'une EMA au stade amont, c'est-à-dire au moment de déclencher le mécanisme de vérification ».



Un taux de rémunération anormalement bas

Chacune des parties à l'audience a fourni des éléments destinés à convaincre le juge du caractère anormalement bas ou non de l'offre retenue. « Au regard des informations, le magistrat a estimé qu'aucun des arguments ne permettait de contredire la position du requérant », observe Maître Woimant. Ainsi, l'attributaire pour justifier le montant de son offre indique qu'elle a déjà mené à bien d'autres marchés dans des conditions similaires. Or pour le juge, « les marchés dont elle se prévaut font apparaître des taux de rémunérations supérieurs ». Ainsi, pour un marché identique dans son objet mais dont le montant des travaux s'élevaient à 560.000 euros (650.000 euros en l'espèce), sa rémunération représentait un taux de 6%. La communauté de communes n'a pas fait mieux. Aucun des marchés de maîtrise d'oeuvre, pour des prestations identiques, passés par d'autres collectivités ne présentait de taux de rémunération proche de celui de l'agence Gachet. Emmanuelle Roll estime que justifier son prix en faisant référence à d'autres marchés similaires n'est pas toujours un argument pertinent. Le CE, dans l'arrêt département du Gard d'octobre 2013, a été confronté à ce type de justifications et a considéré, a considéré qu'une « longue expérience dans le domaine et le contexte économique difficile » ne sont pas des justifications suffisantes. « Plus que les références extérieures sur d'autres marchés, ce sont des informations précises sur la décomposition du prix, sur ses caractéristiques intrinsèques qui permettront à l'entreprise de justifier les choix faits », observe Maître Roll.

En revanche, le magistrat se fonde sur un guide de la Mission interministérielle pour la qualité des constructions publiques (MIQCP), à l'intention des maîtres d'ouvrage publics pour la négociation de la maîtrise d'oeuvre, qui établit pour ce type de prestation un taux de rémunération de 9,1% pour un coefficient de complexité de 0,7. « Avec un taux de 4,8%, l'offre est donc inférieure de plus de moitié au taux fixé par la MIQCP », constate Maître Woimant. « Cette ordonnance confirme que le guide établi par la MIQCP reste la base sur laquelle les maîtres d'ouvrage doivent se fonder pour le calcul du taux de rémunération par rapport au montant du marché, ajoute Emmanuelle Roll. Le CE dans son arrêt département du Gard y a d'ailleurs fait référence. Ce document est donc la référence normative de la profession admise par le juge ». Le juge considère que l'offre ne peut être regardée que comme manifestement sous-évaluée et

**Avec un taux de 4,8%,
l'offre est donc inférieure de
plus de moitié au taux fixé
par la MIQCP**

comme susceptible de compromettre la bonne exécution du marché. « *Contrairement à la première phase de la procédure de l'article 55 du CMP, le magistrat ne fait pas ici référence à l'EMA. Il se fait sa propre analyse du montant de l'offre. Or le CE a récemment sanctionné le fait, pour le juge du référé précontractuel de substituer son appréciation à celle du pouvoir adjudicateur, au lieu de se contenter de la recherche d'une EMA (voir CE, 25 octobre 2013, Département de l'Isère), remarque Maître Roll. Il semble que le juge ait fait en l'espèce, ce que la décision département de l'Isère sanctionne* ». Pour éviter toute difficulté, au moindre doute sur une offre, il est préférable de déclencher la procédure de l'article 55 du CMP. « *Quand la collectivité est confrontée à une offre qui « semble limite », il faut déclencher la phase de détection. D'autant que le juge du référé contrôle l'opportunité de la mise en œuvre des dispositions du CMP. En matière d'OAB, il ne faut pas avoir de certitude. Il faut demander au candidat d'expliquer la construction de son prix* », conseille Antoine Woimant.

Un candidat classé 7ème peut-il être lésé ?

Maître Roll considère enfin que l'ordonnance suscite quelques interrogations quant à l'appréciation de la lésion.

« *Retenir une OAB porte atteinte à l'égalité de traitement. Mais qu'en est-il de la lésion d'un candidat classé en 7ème position ? Si on écarte une offre comme anormalement basse, quid de sa situation? Le CE a jugé, en avril 2012, en présence d'une candidature irrégulière, que « ni la recevabilité de la candidature de la Société hospitalière d'assurances mutuelles, ni le caractère approprié, régulier et acceptable de son offre ne sont contestés ; que le choix d'une offre présentée par un candidat irrégulièrement retenu est dès lors susceptible de l'avoir lésée, quel qu'ait été son propre rang de classement à l'issue du jugement des offres ». Il a réitéré sa position dans une décision du 3 octobre 2012, rappelle-t-elle. Or ici l'ordonnance reste légère sur ce point car elle ne répond pas précisément au moyen tel qu'il avait été soulevé. Il aurait au moins fallu indiquer, si l'on suit le raisonnement du CE, que ni la recevabilité de la candidature du requérant, ni le caractère approprié, régulier et acceptable de son offre n'étaient contestés* ».

Si on écarte une offre comme anormalement basse, qu'en est-il de la lésion d'un candidat classé en 7ème position ?