

Contentieux et existence d'une OAB : la preuve impossible ?

A propos de l'auteur

Mlle Emmanuelle Maupin

[Voir les articles de cet auteur](#)

S'appuyant sur un jugement rendu au mois de novembre, David Hasday, avocat associé au cabinet HDLA – Avocats, s'interroge sur l'intérêt pour les candidats de soulever au contentieux le moyen tiré de l'existence d'une offre anormalement basse. Selon lui, ce moyen ne présenterait que peu d'utilité puisque la preuve de l'existence d'une telle offre s'avère régulièrement mission impossible.



L'article 55 du CMP sur l'offre anormalement basse (OAB) a-t-il une quelconque utilité au contentieux ? Un récent jugement du TA de Paris, rendu sur la base du recours Tropic, a amené l'avocat parisien David Hasday à se poser cette question. En effet, la preuve de l'existence d'une offre anormalement basse devant le juge administratif peut s'avérer pour l'entreprise requérante, puisque c'est sur ses épaules que tout repose, difficile voire impossible. « Dans ses décisions, le CE ne s'est jamais prononcé sur la manière de déterminer une offre anormalement basse. Suite à une question du sénateur Jean-Louis Masson qui souhaitait la fixation de critères objectifs de référence pour la détermination d'une telle offre, le ministère de l'Intérieur a estimé que de tels objectifs s'avèreraient contre-productifs. A quoi sert l'article 55 du code ? s'interroge l'avocat. Si on suit le jugement du TA de Paris, qui se situe dans la mouvance de la jurisprudence actuelle, il faut, pour établir l'existence d'une OAB, justifier d'un risque pour l'exécution du marché. Or, en l'espèce, le TA estime qu'il n'y a aucune anomalie dans l'exécution et relève qu'aucun avenant n'a été passé. Si on prend seulement en compte le risque que l'OAB ferait peser sur l'exécution du marché, cela peut poser problème. En effet, le pouvoir adjudicateur n'est pas doué de prescience. Au moment de la passation du marché, il ne peut pas savoir s'il y aura ou non une difficulté lors de l'exécution pour la simple et bonne raison que le marché n'a pas encore été exécuté », observe David Hasday. Mais alors, comment faire ?

Prendre en compte l'atteinte à l'égalité de traitement des candidats

Selon lui, le problème de l'OAB doit également être regardé par rapport au principe d'égalité de traitement des candidats. « Si on se fonde seulement sur le risque, le candidat ne peut pas utilement l'invoquer devant le juge du référé précontractuel car c'est un élément futur. Lors d'un contentieux TROPIC, si le risque n'est pas constitué, il faut pouvoir également analyser l'OAB au regard du principe d'égalité de traitement. Une telle offre, poursuit-il, exclut de la procédure de passation les candidats qui remettent une offre avec un prix « normal ».

Le rapporteur public, Bertrand Dacosta, sous l'arrêt du CE dans un arrêt du 1er mars 2012, département de la Corse, avait estimé dans ses conclusions, qu'en rejetant une telle offre, la personne publique peut se priver de la possibilité de réaliser une bonne affaire. C'est également un moyen pour la société de se faire connaître de la collectivité. Une telle stratégie n'est pas illégitime. Ce qui serait illégitime c'est de pratiquer des prix prédateurs (article L.420-5 du code de commerce) », rappelle l'expert. Au regard des principes généraux de la commande publique, et notamment de l'égalité de traitement des candidats, un prix à zéro fausse la concurrence dès lors que les autres candidats remettent un prix viable. « C'est au regard de ce principe qu'il faut analyser l'OAB. Si on s'inspire des principes dégagés par l'article L.420-5 du code de commerce et si le prix a pour objectif d'éliminer la concurrence, l'OAB est constituée », estime le spécialiste.

le problème de l'OAB doit également être regardé par rapport au principe d'égalité de traitement des candidats

Quels éléments pour prouver l'OAB ?

La charge de la preuve de l'existence d'une OAB repose sur le requérant. Mais comment peut-il prouver que l'offre est anormalement basse s'il n'est pas en possession de l'offre attributaire ? Le juge peut enjoindre à la collectivité de communiquer l'offre de l'entreprise. « En l'espèce, le tribunal parisien a constaté une différence de prix conséquente. Le pouvoir adjudicateur a demandé une explication à l'attributaire, qui a fourni des explications générales, reprend maître Hasday.

Le TA constate une différence de prix mais il estime que c'est seulement un faisceau d'indices qui n'est pas suffisant pour rapporter la preuve de l'OAB et pour passer le stade de l'injonction ». De quels éléments disposent le requérant, puisque les preuves sont dans les mains du pouvoir adjudicateur et de l'attributaire et que le juge est réticent à se faire communiquer l'offre de prix ? « C'est un cercle vicieux qui empêche le candidat de soulever utilement le moyen de l'OAB, remarque-t-il. Pour moi, il ne faut pas se cantonner à un risque pour l'exécution du marché. Il faut également se fonder sur l'égalité de traitement des candidats. Si on ne rejette pas une OAB, il y a atteinte à la transparence et à l'égalité de traitement des candidats ».

La charge de la preuve de l'existence d'une OAB repose sur le requérant

Nullité du contrat et modulation des pouvoirs du juge

En Tropic, le juge dispose d'une large palette de pouvoirs qui lui permet de moduler la sanction en fonction de la gravité de l'irrégularité commise. Pour préserver la stabilité des relations contractuelles, il va essayer de faire vivre le contrat, sauf en cas de vice d'une particulière gravité, sanctionné par l'annulation, la résiliation ou la résolution. Dans la présente affaire, le juge considère que l'offre de la

société est en réalité une variante. Or les documents du marché interdisaient aux candidats de présenter des variantes.

« L'offre est donc irrégulière. Si elle avait été écartée, l'entreprise n'aurait jamais été attributaire. Il s'agit d'un vice grave, relève David Hasday. Le juge a utilisé sa palette de pouvoir pour tempérer la sanction. Il a réduit la durée de l'accord-cadre à 3 ans. Il interdit donc la reconduction. Pour faire perdurer le contrat, le juge se fonde sur le fait que la bonne exécution n'a pas été compromise. Mais un tel élément ne doit pas entrer en considération pour déterminer la sanction, estime l'expert. Le juge semble dire que la variante n'a pas eu pour effet de constituer une OAB, laquelle aurait pu avoir pour conséquence la mauvaise exécution du marché. Il pondère la gravité. Cette offre unique ne pouvait pas être acceptée, continue l'avocat. Le candidat ne pouvait pas être attributaire. La gradation de la sanction ne doit pas être analysée au regard de la bonne exécution du contrat. Ce n'est pas parce qu'il y a irrégularité que le contrat va de fait être mal exécuté. L'annulation de la seule phase de reconduction conduit ainsi à ce qu'une personne publique exécute un contrat entaché de nullité. Tel est le risque du pouvoir de modulation », ajoute maître Hasday.

Pour faire perdurer le contrat, le juge se fonde sur le fait que la bonne exécution n'a pas été compromise