

COMMENTAIRE - JDE N° 191 - 7/2012 - p. 218 - 15/09/2012 

Arrêt « Slovensko » : les exigences liées au débat contradictoire dans l'analyse des offres en droit des marchés publics [1]

Ann Lawrence DURVIAUX [2]

■

LA DIRECTIVE EUROPÉENNE GÉNÉRALE sur les marchés publics exige l'existence d'un débat contradictoire effectif entre le pouvoir adjudicateur et le candidat. Cette exigence permet d'éviter l'arbitraire et de garantir une saine concurrence entre les entreprises. Selon la Cour, en cas d'offre anormalement basse, le candidat doit pouvoir justifier le caractère sérieux de son offre. En revanche, le pouvoir adjudicateur n'est pas contraint de demander des clarifications en présence d'une offre imprécise ou non conforme.

■

La question

Dans quelle mesure les pouvoirs adjudicateurs, lorsqu'ils estiment, dans le cadre de la procédure d'appel d'offres, que l'offre d'un candidat est anormalement basse, imprécise ou non conforme aux spécifications techniques du cahier des charges, peuvent ou doivent demander des éclaircissements au candidat concerné, soit en application du droit dérivé, soit en vertu du principe d'égalité de traitement entre soumissionnaires ou de l'obligation de transparence ?

Telle est, en substance, la question centrale posée à la Cour de justice de l'Union européenne (ci-après « la Cour ») dans l'arrêt *Slovensko*, à l'occasion de l'attribution conflictuelle d'un marché public de service de perception de péages sur les autoroutes et certaines routes en Slovaquie.

Le contrôle d'une offre anormalement basse

Sans surprise compte tenu de sa jurisprudence antérieure [3] et du texte clair de l'article 55 de la directive 2004/18/CE [4], la Cour va rappeler quelques principes en matière de contrôle des offres anormalement basses. Le débat contradictoire entre un pouvoir adjudicateur qui estime qu'une offre est anormalement basse et le soumissionnaire, est imposé par l'article 55 précité. Ce débat doit être effectif et avoir lieu à un moment utile dans la procédure de comparaison des offres. Il doit permettre au soumissionnaire de démontrer que son offre est sérieuse [5]. À cette fin, la demande formulée par le pouvoir adjudicateur doit être claire et mettre les soumissionnaires en mesure de justifier le caractère sérieux de leur offre [6]. L'article 55 précise en outre que le pouvoir adjudicateur demande par écrit des précisions sur la composition de l'offre. Ces précisions pouvant porter, l'énumération de l'article 55 n'étant pas exhaustive [7], sur a) l'économie du procédé de construction, du procédé de fabrication des produits ou de la prestation des services; b) les solutions techniques adoptées ou les conditions exceptionnellement favorables dont dispose le soumissionnaire pour exécuter les travaux, pour fournir les produits ou les services; c) l'originalité des travaux, des fournitures ou des services proposés par le soumissionnaire; d) le respect des dispositions concernant la protection [de l'emploi] et les conditions de travail en vigueur au lieu où la prestation est à réaliser; e) l'obtention éventuelle d'une aide d'État par le soumissionnaire.

Le contrôle d'une offre imprécise ou non conforme

À l'opposé, ni la directive 2004/18/CE, ni le principe d'égalité des soumissionnaires, ni l'obligation de transparence n'impose au pouvoir adjudicateur d'interroger un soumissionnaire lorsqu'il estime que l'offre de ce dernier est imprécise ou non conforme [8]. La Cour va justifier cette interprétation au regard du principe d'interdiction de toute négociation entre le pouvoir adjudicateur et les soumissionnaires dans le cadre d'une procédure d'appel d'offres, la demande d'éclaircissement pouvant apparaître comme une négociation confidentielle en violation du principe d'égalité de traitement [9]. Les soumissionnaires ne peuvent s'en prendre qu'à eux-mêmes, aucune obligation ne pesant sur le pouvoir adjudicateur.

La Cour estime cependant que les mêmes dispositions ne s'opposent pas à ce qu'exceptionnellement, une offre puisse être « corrigée » ou « complétée », notamment, parce qu'elle nécessiterait à l'évidence une « simple clarification », ou « pour mettre fin à des erreurs matérielles manifestes », pourvu que cette modification n'aboutisse pas à proposer en réalité une nouvelle offre [10]. Ce pouvoir discrétionnaire du pouvoir adjudicateur doit s'exercer de manière égale et loyale à l'égard de tous les soumissionnaires [11]. À cette fin, une demande doit être adressée à tous les soumissionnaires se trouvant dans la même situation et doit porter sur tous les points imprécis ou non conformes sans que le pouvoir adjudicateur puisse alors écarter l'offre pour un manque de clarté qui n'a pas fait l'objet de la demande [12].

Critiques

La solution retenue par la Cour doit être saluée en ce qui concerne le contrôle d'une offre imprécise ou non conforme dans la mesure où toute autre solution déduite du principe d'égalité de traitement et en opposition au texte clair de la directive aurait conduit à une très grande insécurité juridique. La justification nous semble cependant reposer sur un système de pensée daté. La négociation n'est pas en soi un facteur de rupture d'égalité de traitement. Les contraintes procédurales imposées par le droit européen et la jurisprudence de la Cour dans le cadre d'une procédure négociée permettent d'offrir aux opérateurs économiques toutes les garanties en termes de transparence du processus décisionnel et de respect de l'égalité de traitement.

La solution retenue par la Cour en ce qui concerne le contrôle des offres anormalement basse reste classique et s'inscrit dans le prolongement d'arrêts antérieurs. Toutefois, le juge du litige au principal n'a pas entièrement compris les problèmes soulevés par la législation nationale, ne permettant pas à la Cour de se prononcer. En effet, à l'instar de la réglementation belge, la législation slovaque évoquait le contrôle de prix anormalement bas alors que la directive évoque le contrôle d'une offre anormalement basse. Or le contrôle d'un ou de plusieurs prix (démarche analytique poste par poste), n'implique pas la même démarche intellectuelle que la justification d'une offre (démarche plus synthétique, l'équilibre global pouvant également résulter de la compensation interne de certains prix). Si l'on comprend bien l'intérêt pour un pouvoir adjudicateur de s'assurer que l'offre telle qu'elle est remise doit permettre l'exécution du marché avec le niveau de qualité requis par le cahier spécial des charges, et si l'on comprend tout aussi bien le souci des entreprises de combattre une concurrence « déloyale » de certains de leurs concurrents, toute idée poussée au bout de sa logique présente souvent des effets pervers inattendus. À cet égard, puisque la notion de prix « normal » n'existe pas en économie, il importe de rester raisonnable dans l'appréciation des justifications remises pour le prix de certains postes d'une soumission lorsque l'équilibre globale de celle-ci reste dans une marge acceptable par rapport aux offres des autres concurrents. Le caractère acceptable de cet écart peut être apprécié par rapport à la moyenne des offres (en écartant la plus élevée pour éviter la remise d'offre n'ayant que pour seul but de tirer la moyenne à la hausse), mais également par rapport à l'offre classée en seconde position, et également par rapport à l'estimation initiale des travaux par l'auteur de projet. Telle n'est pas, pour l'instant, l'état, par exemple, du droit belge.

[1] C.J., 29 mars 2012, *SAG ELV Slovensko e.a.*, C-599/10, non encore publié au *Recueil*.

[2] L'auteur est professeur à l'Université de Liège (Belgique) et avocat au barreau de Namur. Elle peut être contactée à l'adresse suivante : AL.Durviaux@ulg.ac.be.

[3] Voy. notamment C.J., 27 novembre 2001, *Lombardini et Mantovani*, C-285/99 et C-286/99, *Rec.*, p. I-9233; C.J., 23 avril 2009, *Commission c. Belgique*, C-292/07, non encore publié au *Recueil*.

- [4] Directive 2004/18/CE du Parlement européen et du Conseil du 31 mars 2004 relative à la coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, de fournitures et de services, J.O. L-134, p. 114.
- [5] Point 29.
- [6] Point 31.
- [7] Point 30.
- [8] Point 35.
- [9] Points 36 et 37.
- [10] Point 40.
- [11] Point 41.
- [12] Point 43.

Copyright 2012 De Boeck Professionals - Conditions générales