

14ème législature

Question N° : 19594	De M. Hervé Féron (Socialiste, républicain et citoyen - Meurthe-et-Moselle)	Question écrite
Ministère interrogé > Économie et finances		Ministère attributaire > Économie et finances
Rubrique > marchés publics	Tête d'analyse > appels d'offres	Analyse > réglementation. offres anormalement basses. rejet.
Question publiée au JO le : 26/02/2013 Réponse publiée au JO le : 02/04/2013 page : 3583		

Texte de la question

M. Hervé Féron alerte M. le ministre de l'économie et des finances sur le problème de concurrence déloyale dont sont victimes les entreprises françaises du bâtiment et des travaux publics. Dans un contexte économique particulièrement tendu où les possibilités de chantiers sont en diminution, les entreprises locales doivent souvent faire face à des concurrents étrangers déposant des offres anormalement basses. Ces offres sont souvent rendues possibles par une rémunération plus basse que celle en vigueur dans notre pays, par un faible respect du code du travail, des obligations fiscales et sociales ainsi que par un mépris des droits des travailleurs. Il souhaite connaître les possibilités d'évolution législative pour endiguer ce phénomène ainsi que les outils disponibles, ou qui pourraient être créés ou renforcés, dans le cadre des marchés publics afin de dénoncer les offres anormalement basses et de privilégier la notion de « mieux-disant ».

Texte de la réponse

Le code des marchés publics (CMP) prévoit que les acheteurs publics doivent choisir l'offre économiquement la plus avantageuse, et non l'offre la plus basse ou la moins disante. Leur attention est régulièrement rappelée sur ce point. Pour identifier une telle offre, ils sont libres de choisir les critères de sélection à appliquer, sous le contrôle du juge. Cependant, le choix d'un seul critère, qui sera alors obligatoirement le prix, doit rester exceptionnel et être justifié par l'objet du marché. Exceptés les achats de fournitures ou de services standardisés, le fait de ne retenir que le seul critère du prix peut être contraire aux dispositions de l'article 53 du CMP (CE, 6 avril 2007, département de l'Isère, n° 298584). Il est ainsi recommandé aux acheteurs de choisir plusieurs critères de sélection des offres (point 15.1.1.1 de la circulaire du 14 février 2012 relative au guide de bonnes pratiques en matière de marchés publics). Pour autant, les prix des biens, produits et services sont librement déterminés par le jeu de la concurrence (article L. 410-2 du code de commerce). De plus, le droit de la concurrence n'interdit pas que, pour pénétrer des marchés nouveaux, des entreprises consentent des efforts en matière de prix et de services, éventuellement jusqu'à une marge nulle, voire négative, et répartissent les pertes et les profits qu'elles retirent de leur activité entre les différents marchés qu'elles obtiennent (avis du conseil de la concurrence n° 96-A-08 du 2 juillet 1996). Dès lors, un mécanisme d'exclusion automatique de ces offres sur la base de critères objectifs de référence ne pourrait être mis en place car il pourrait conduire l'acheteur public à écarter une offre concurrentielle établie dans des conditions particulièrement favorables, selon des procédés nouveaux ou originaux. En effet, une offre peut être moins élevée que celles des autres candidats car elle est réellement concurrentielle ou plus innovante grâce à la compétitivité que l'entreprise a établie, à la structure de ses coûts, à sa productivité, à sa compétence technique ou sa santé financière. Il n'en demeure pas moins que le maintien des capacités industrielles et de l'emploi en France est une priorité essentielle du Gouvernement. Il est en effet très sensible à la situation des opérateurs économiques français et

s'efforce d'encourager leur participation aux marchés publics, tout en tenant compte des exigences de mise en concurrence, ainsi que des règles communautaires. A cette fin, deux dispositifs permettent de lutter contre le dumping social. Le premier dispositif organise le contrôle par le pouvoir adjudicateur du respect par les opérateurs économiques de leurs obligations fiscales et sociales. En effet, tout candidat étranger, ressortissant d'un Etat membre de l'Union européenne (UE), auquel il est envisagé d'attribuer un marché public français doit, comme les soumissionnaires établis en France, prouver qu'il a satisfait à ces obligations (article 55 de la directive n° 2004/18/CE). Il doit ainsi fournir au pouvoir adjudicateur les pièces prévues aux articles D. 8222-7 et D. 8222-8 du code du travail et à l'article 46-II du CMP. Le formulaire NOTI 1 « information au candidat retenu » comporte une rubrique spécifique aux candidats établis ou domiciliés à l'étranger, rappelant tous les documents exigés de la part des opérateurs étrangers. Toutefois, un candidat qui ne serait pas ressortissant d'un Etat membre de l'UE, pourra invoquer l'application d'un droit du travail autre que le droit français pour justifier le caractère bas de son offre. Le dispositif de traitement des offres anormalement basses fournit un second levier pour lutter contre ces dérives. En effet, le non respect des obligations fiscales et sociales par un nombre croissant de sociétés, principalement étrangères, leur permet de pratiquer des prix de prédation. Ce second dispositif oblige le pouvoir adjudicateur à rejeter l'offre qu'il a qualifiée d'anormalement basse à l'issue d'une procédure écrite, préalable et contradictoire (article 55 du CMP et CJUE, 29 mars 2012, SAG ELV Slovensko, aff. C-599/10 ; CE, Ass. , 5 mars 1999, Président de l'Assemblée nationale, n° 163328). En l'absence de définition de l'offre anormalement basse, il appartient aux acheteurs d'apprécier la réalité économique des offres reçues, afin de différencier une telle offre d'une offre concurrentielle. Dès lors, une offre peut être qualifiée d'anormalement basse si son prix ne correspond pas à une réalité économique. Il relève donc de la responsabilité des pouvoirs adjudicateurs de procéder à une analyse détaillée de l'ensemble des offres remises et des circonstances dans lesquelles celles-ci ont été présentées. A cet égard, le guide des bonnes pratiques en matière de marchés publics expose en détail le dispositif de traitement des offres anormalement basses. Enfin, dans le cadre des travaux de révision des règles de la commande publique en cours au niveau de l'UE, les autorités françaises ont obtenu que les futures directives imposent le rejet des offres qui, ne respectant pas les obligations établies par la législation de l'UE et le droit international en matière de droit social et du travail, sont, en outre, anormalement basses.