



PREFET DE L'ARDECHE

Préfecture
Secrétariat général
Direction des libertés publiques,
de la légalité et des collectivités locales
Bureau des collectivités locales
Réf. : Circulaire n ° 2010-3
Affaire suivie par : Mr Beserovac
Tel. : 04.75.66.51.61

Privas le, 1^{er} octobre 2010

Le Préfet de L' Ardèche

A

Monsieur le Président du Conseil général
Mesdames et Messieurs les Maires
Mesdames et Messieurs les Présidents d'EPCI
et de Syndicats Mixtes
Monsieur le Président du conseil d'administration du SDIS
Monsieur le Président de l'Office Public de l'Habitat

En Communication :

Monsieur le Sous-Préfet de Largentière
Monsieur le Sous-Préfet de Tournon sur Rhône
Monsieur le Directeur Départemental des Territoires
Monsieur le Directeur Départemental de la Cohésion
Sociale et de la protection des populations

Objet : Marchés publics – Choix de l'offre économiquement la plus avantageuse

Dans le contexte économique actuel, les marchés publics représentent un enjeu considérable pour les entreprises, car ils représentent une part significative de leur volume d'activité.

Certaines entreprises sont conduites à proposer des prix volontairement bas, dans le but d'augmenter leur chance d'obtenir des contrats.

J'appelle votre attention sur les risques encourus, en tant qu'acheteur public, à attribuer un marché à une entreprise qui aura sous-évalué le prix d'une prestation. Ces risques sont susceptibles de conduire notamment à :

- une qualité des prestations fournies qui ne correspond pas aux attentes de l'acheteur ;
- des risques de malfaçons pouvant menacer la sécurité ultérieure des usagers et des salariés ;
- une inexécution partielle du ou des marchés ;
- un risque de contentieux qui allonge les délais de livraison ;
- une atteinte aux principes fondamentaux de la concurrence et qui lèserait les entreprises les mieux à même de répondre aux besoins de l'acheteur.

Dans le but d'éviter toutes conséquences dommageables pour l'ensemble des acteurs économiques, il apparaît nécessaire que les collectivités territoriales et les établissements publics, définissent avec le plus grand soin les critères qui vont conduire au choix de l'offre économiquement la plus avantageuse. Il me paraît également primordial, une fois le choix arrêté, d'effectuer la mise en œuvre du paiement, dans les délais les plus brefs de manière à ne pas mettre en difficulté les entreprises.

Par vous guider dans cette démarche, il m'apparaît utile de vous rappeler les principales dispositions du code des marchés publics à appliquer.

1 – Le choix de l'offre économiquement la plus avantageuse

La définition de critères du jugement des offres est imposée par l'article 53 du code des marchés publics. Ce choix est la conséquence d'un processus qui repose sur la définition préalable de critères et de leur pondération ainsi que du rejet des offres anormalement basses.

Le conseil d'Etat a rappelé, en outre, que la définition de tels critères s'imposait également dans le cadre de marchés passés en procédure adaptée (*CE, sect, 30 janvier 2009, agence nationale pour l'emploi, n° 2902236*).

Pour choisir l'offre économiquement la plus avantageuse, le pouvoir adjudicateur se fonde :

- 1° « soit sur une pluralité de critères non discriminatoires et liés à l'objet du marché, notamment la qualité, le prix, la valeur technique, le caractère esthétique et fonctionnel, les performances en matière de protection de l'environnement, les performances en matière d'insertion professionnelle des publics en difficulté, le coût global d'utilisation, la rentabilité, le caractère innovant, le service après-vente et l'assistance technique, la date de livraison, le délai de livraison ou d'exécution. D'autres critères peuvent être pris en compte s'ils sont justifiés par l'objet du marché ».

- 2° « soit, compte-tenu de l'objet du marché, sur un seul critère, qui est celui du prix »

A ce propos, la circulaire du 29 décembre 2009, relative au guide des bonnes pratiques, en matière de marchés publics précise que *“l’offre économiquement la plus avantageuse n’est pas assimilable au prix le plus bas”* et que l’acheteur public doit *“être en mesure d’apprécier la performance globale du marché et porter une attention particulière à la qualité des prestations fournies, ainsi qu’au respect, tant par les fournisseurs que par les utilisateurs, des modalités d’exécution du marché”*.

La règle à suivre est donc le choix du mieux-disant plutôt que du moins disant car le prix n’est qu’un critère parmi les autres critères possibles indiqués à l’article 53 du code des marchés publics.

Il est de ce fait indispensable que les critères définis soient en parfaite adéquation avec l’objet du marché.

Par ailleurs, l’acheteur public peut avoir recours au critère unique du prix, uniquement dans le cas où l’objet du marché le justifie.

Cependant le Conseil d’Etat a été amené à considérer que cette possibilité ne s’offre que dès lors qu’il s’agit d’acquérir des prestations simples ou standardisées et que le degré de complexité du marché imposait une pluralité de critères (*CE, 28 décembre 2005, Syndicat inter-hospitalier de Mangot Vulcin, n° 2479866 / CE, 6 avril 2007, département de l’Isère, n° 298584*).

2 – La détermination de l’importance de chacun des critères

L’article 53-II du code des marchés publics dispose que *“pour les marchés passés selon une procédure formalisée autre que le concours et lorsque plusieurs critères sont prévus, le pouvoir adjudicateur précise leur pondération”*.

En ce qui concerne les procédures adaptées, le conseil d’Etat a considéré que le pouvoir adjudicateur devait porter à la connaissance des candidats les *“conditions de mise en œuvre”* des critères de jugement des offres.

Une fois les critères et leur pondération ou leurs modalités de mises en œuvre portés à la connaissance des candidats potentiels, aucune modification de la pondération ou du classement n’est permise.

Il est donc essentiel que l’acheteur public veille à ce que la pondération des critères soit en adéquation avec la définition de ses besoins, car l’application de ces mêmes critères doit aboutir au choix de l’offre se rapprochant le plus possible des besoins exprimés dans le cahier des charges.

Ainsi si le critère prix est prépondérant, l’acheteur public peut se retrouver en présence d’une entreprise fournissant des prestations insuffisantes. A contrario, si le critère prix est insuffisant, l’acheteur se retrouve dans une situation où l’offre dépasse ses besoins et se révèle trop onéreuse.

3 – Le rejet des offres anormalement basses

Dans le but de déjouer des pratiques de sous-évaluation manifeste de la valeur du marché, l'acheteur public à la possibilité d'écarter les offres jugées anormalement basses.

Cependant, le cas échéant le maître d'ouvrage doit demander par écrit aux candidats concernés de justifier leur prix, lorsque celui-ci est considéré comme anormalement bas et le maître d'œuvre doit constater le caractère de ces offres et le signaler dans son rapport d'examen des offres (*art.55 du CMP – CE, 29 janvier 2003, Département de l'Ille et Vilaine, n° 208096 / CE, 5 mars 1999, Assemblée nationale, n° 163328*).

J'attire tout particulièrement votre attention sur les dangers que présentent ces dérives, à savoir qu'une entreprise qui a présenté une offre particulièrement basse peut récupérer ses pertes par divers moyens (*avenants, marchés complémentaire*) et ce au détriment de l'acheteur.

De telles pratiques sont susceptibles de relever de la notion d'exploitation abusive d'une position dominante, prohibée à l'article L.420-2 du code du commerce.

Vous êtes donc invité, pour la passation de vos futurs marchés, à la plus grande circonspection dans le choix des prestataires, dans le respect des dispositions réglementaire.

Je vous informe que mes services chargés du contrôle de légalité seront particulièrement vigilants au respect de ces dispositions et à la passation abusive de prestations additionnelles.

Mes services se tiennent à votre disposition pour tous renseignements complémentaires.

le Préfet

Signé

Amaury de Saint Quentin