



PREFECTURE DE L'ARDECHE

Direction de la réglementation
Bureau des collectivités locales
Dossier suivi par : Slavko Beserovac
Tél : 04 75 66 5161
Fax : 04.75.64.61.36
Courriel : slavko.beserovac@ardeche.pref.gouv.fr

Privas, le 17 août 2009

Le Préfet de l'Ardèche

A

Monsieur le Président du Conseil Général
Mesdames et Messieurs les Mairies
Mesdames et Messieurs les Présidents d'EPCI
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 de
l'Équipement et de l'Agriculture

Objet : Choix de l'offre économiquement la plus avantageuse dans le cadre des marchés publics

Le contexte économique actuel est susceptible de conduire certaines entreprises candidates à des marchés publics à sous-estimer intentionnellement le prix de leurs prestations dans le but de décrocher plus aisément des contrats.

Dans ce contexte, il paraît utile de rappeler les conditions dans lesquelles doit se définir le choix de l'offre économiquement la plus avantageuse, mais également les incidences ultérieures de ce choix sur la pérennité de l'ouvrage et ses conséquences sur le contrôle de légalité.

I – Le choix de l'offre économiquement la plus avantageuse :

L'article 53 - 1° du Code de marchés publics stipule que pour déterminer l'offre économiquement la plus avantageuse, le pouvoir adjudicateur se fonde :"

- *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 ;*

- *Soit, compte tenu de l'objet du marché, sur un seul critère, qui est celui du prix*”.

La règle du choix du « mieux-disant » plutôt que du « moins-disant » est affirmée. Cette règle se traduit par le fait que le « critère prix » n'est qu'un critère parmi les autres critères de choix possibles indiqués à l'article 53. (*CE, 30 janvier 2009, ANPE, n° 290236 ; TA de Rennes, 11 janvier 2005, société Verres-Bennes-Services, n° 044631 ; TA de Grenoble, 5 décembre 2008, Préfecture de la Drôme c/commune de Chatuzange-le-Goubet, n° 0604546*)

L'offre économiquement la plus avantageuse n'est pas nécessairement assimilable au prix le plus bas, ce qui bien entendu ne doit pas conduire l'acheteur à minorer délibérément l'importance du critère prix dans l'analyse des offres.

L'acheteur public doit également être en mesure d'apprécier la performance globale du marché et porter une attention particulière à la qualité et la faisabilité des prestations fournies, ainsi qu'au respect, tant par les fournisseurs que par les utilisateurs, des modalités d'exécution du marché.

Les acheteurs doivent veiller à détecter les offres anormalement basses qui peuvent être qualifiées ainsi si le prix ne correspond pas à une réalité économique. Toutefois, l'acheteur ne peut rejeter des offres dont le prix semble anormalement bas sans avoir demandé, par écrit, des précisions sur le contenu de l'offre et en tenant compte des justifications fournies. Le rejet de l'offre au motif qu'elle est anormalement basse doit, dans tous les cas, être alors motivé.

La recherche de l'offre économiquement la plus avantageuse est donc une obligation pour l'acheteur public fondée :

- soit sur une comparaison des offres au vu des critères de choix librement pondérés par l'acheteur et définis au préalable en fonction de l'objet du marché (*Ces critères doivent permettre de comparer les offres qui répondent au mieux aux exigences de l'acheteur*) ;
- soit sur une comparaison des prix demandés aux différents candidats pour retenir l'offre dont le montant est le moins élevé. Le code n'impose nullement que le prix tienne une place prépondérante par rapport aux autres critères ; toutefois, l'acheteur peut se fonder sur ce seul critère si l'objet de son marché le justifie, pour des achats de fournitures courantes par exemple.

En outre l'acheteur public, pour choisir la meilleure offre, ne peut se fonder sur la renommée de telle ou telle entreprise ou sur le souvenir d'une expérience passée pour tel marché exécuté antérieurement.

Son attention est appelée sur l'obligation et l'intérêt de la pondération des critères, telle que publiée en amont dans l'avis de publicité ou dans les documents de la consultation (*Réponse ministérielle, 4 janvier 2007, JOS, p.27, n° 25186 ; Réponse ministérielle, 7 mai 2009, JOS, p.1143, n° 07295*).

C'est seulement lorsque le pouvoir adjudicateur estime pouvoir démontrer que la pondération n'est pas possible, notamment du fait de la complexité du marché, qu'il indique les critères par ordre décroissant d'importance. (*Réponse ministérielle, 7 mai 2009, JOS, p.1143, n° 07295*).

II - La détermination de l'importance de chacun des critères

Par ailleurs, l'article 53 du Code des marchés publics transpose la directive n° 2004/18/CE du Parlement européen et du Conseil, dite « directive classique », relative à la coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, de fournitures et de services qui prévoit en son article 53.2 que : « [...] le pouvoir adjudicateur précise [...] la pondération relative qu'il confère à chacun des critères choisis pour déterminer l'offre économiquement la plus avantageuse ».

La pondération permet de définir la valeur respective des critères annoncés par le pouvoir adjudicateur. C'est d'ailleurs ce en quoi la pondération se distingue de la hiérarchisation qui, elle, consiste à classer les critères par ordre d'importance décroissante ou croissante, sans que leur importance respective précise soit indiquée.

L'obligation de pondérer les critères laisse le pouvoir adjudicateur libre de fixer le poids respectif de ceux-ci, soit en les différenciant, soit en leur donnant une importance identique, soit en recourant simultanément aux deux possibilités s'ils choisissent plus de deux critères.

L'énoncé de l'article 53 du code des marchés publics permet par exemple à l'acheteur de choisir deux critères qu'il peut pondérer à 50 % chacun ou à hauteur d'un pourcentage différent pour chacun des critères.

De même, s'il choisit trois critères il pourra éventuellement donner le même poids aux trois critères ou bien à deux d'entre eux et fixer un autre pourcentage pour le troisième.

III – Les incidences sur la pérennité de l'ouvrage

Le critère principal de choix qu'est le prix de la prestation pose nécessairement la question de la qualité de la construction de l'ouvrage.

L'argument uniquement financier expose souvent l'acheteur public à des défauts de construction et de malfaçons qui ne peuvent être sans conséquence sur la sécurité ultérieure des usagers et des salariés.

De plus, les relations entre le pouvoir adjudicateur et prestataires risque de s'en trouver perturbé de par la perte de confiance, les réclamations en cours de chantier, les délais contentieux ou de médiation qui accroissent les délais de réception du chantier

En outre, en cas de problème d'insécurité avéré, les pouvoirs publics et les assureurs prendront toutes les dispositions nécessaires pour déterminer les responsabilités.

A ce titre, le juge administratif considère également la responsabilité pénale des différents partenaires.

Enfin cette tentation de la baisse inconsidérée des coûts, pose nécessairement le problème du recours systématique aux avenants (art 19 du CMP) et aux marchés complémentaires (art 35-II 4° et 5° du CMP).

Le contrôle de légalité se voit alors dans l'obligation de s'exercer en vertu d'une jurisprudence constante.

IV – Conséquences sur le contrôle de légalité

Pour justifier d'avenants et de marchés complémentaires, l'acheteur public doit motiver ses choix en démontrant le cas de force majeure.

En effet, la notion d'imprévision (art 35-II-5 du CMP) reste très encadrée par le législateur afin de justifier d'un caractère parfaitement indubitable.

A ce titre, le cas de force majeure ne peut être invariablement soulevé (*CA de Lyon, arrêt "Grand Bornand", n°94LY00923*) et l'urgence impérieuse doit être démontrée par des motifs réels et sérieux (*CA de Paris n°94PA01442 et 666*).

En dernier lieu, il me paraît nécessaire de vous rappeler que le maître d'ouvrage a l'obligation de maîtrise des coûts et que la méconnaissance des règles du code des marchés publics peut sous-tendre un fractionnement volontaire du marché (CE –n° 155409 – CA de Lyon n° 93LY00608).

Je vous invite donc pour la passation future de vos marchés au respect scrupuleux de la notion de choix de l'offre économiquement la plus avantageuse et notamment à une plus grande circonspection dans le choix des prestataires.

Mes services se tiennent à votre disposition pour toutes informations complémentaires.

Pour le Préfet,
La Secrétaire générale,

signé

Marie Blanche BERNARD.