



PREFECTURE DE LA HAUTE-SAVOIE

Anney, le 21 janvier 2010

Direction du Contrôle, des Relations
avec les Collectivités Locales et des Affaires européennes

LE PREFET DE LA HAUTE-SAVOIE

Bureau des contrôles de légalité et budgétaire

à

Réf: J.P./K.F.
Tél: 04.50.33.60.52 ou 04.50.33.64.12

Fax du service: 04.50.33.64.75
Courriel: collectivites-locales@haute-savoie.pref.gouv.fr

Monsieur le Président du Conseil Général
Mesdames et Messieurs les Maires du Département
Mesdames et Messieurs les Présidents des Etablissements publics de
coopération intercommunale
Monsieur le Président du Centre de Gestion de la Fonction Publique
Territoriale
Monsieur le Président de Haute-Savoie Habitat
Monsieur le Président du Service Départemental d'Incendie et de Secours

En communication à :
MM Les Sous-Préfets d'arrondissement

CIRCULAIRE n°2010 - 2

Cette circulaire peut être consultée sur le site internet :
www.haute-savoie.pref.gouv.fr
à la rubrique "publications" puis "circulaires préfectorales"

OBJET : Choix de l'offre économiquement la plus avantageuse dans les marchés publics.

La présente circulaire a pour objet de rappeler le principe du choix de l'offre économiquement la plus avantageuse basé sur des critères de jugement des offres définis conformément aux règles imposées par le Code des marchés publics et dont le poids de chacun doit être évalué pour répondre exactement aux besoins exprimés par la collectivité.

Le contexte économique actuel est susceptible de conduire certaines entreprises candidates aux marchés publics à proposer des prix très bas afin d'augmenter leurs chances d'obtenir des contrats.

L'attribution d'un marché à une entreprise qui a sous-évalué le prix de la prestation peut avoir des conséquences dommageables pour les différents acteurs économiques:

- la qualité des prestations fournies peut ne pas correspondre aux attentes de l'acheteur public et des défauts d'exécution peuvent être constatés. Dans les situations les plus extrêmes, le marché peut rester partiellement inexécuté;

- l'entreprise retenue peut rencontrer des difficultés à respecter le cahier des charges et risque d'être en contentieux avec l'acheteur;

- le jeu de la concurrence est faussé et les entreprises évincées qui auraient été en mesure de fournir une prestation de qualité pour un prix plus élevé sont, au final, lésées.

Dans ce contexte, il apparaît nécessaire que les collectivités territoriales et les établissements publics définissent avec soin les critères qui vont présider au choix de l'offre économiquement la plus avantageuse susceptible de répondre aux besoins définis dans le cahier des charges.

Par ailleurs, lorsque le prix proposé par une entreprise est manifestement trop bas, il apparaît utile de rappeler que les acheteurs publics ont la possibilité de faire application des dispositions de l'article 55 du code des marchés publics relatif aux offres anormalement basses .

I- Le choix de l'offre économiquement la plus avantageuse

1- La définition des critères de jugement des offres

La définition de critères de jugement des offres est imposée par l'article 53 du code des marchés publics. Le conseil d'Etat a en outre rappelé que la définition de tels critères s'imposait également dans le cadre des marchés passés en procédure adaptée ¹.

Pour choisir 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 circulaire du 29 décembre 2009 relative au guide de 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 ».

Par ailleurs, il est nécessaire que les critères définis soient en adéquation avec l'objet du marché.

Notamment, l'acheteur public peut avoir recours au critère unique du prix **seulement dans le cas où l'objet du marché le justifie**.

Dès lors, les acheteurs publics recourant au seul critère du prix doivent être en mesure de justifier que l'objet du marché permet le recours à ce critère unique. Dans un arrêt rendu en 2007, le conseil d'Etat² a considéré qu'en égard au degré de complexité des travaux objets du marché litigieux une collectivité avait manqué à ses obligations de mise en concurrence en choisissant le seul critère du prix afin d'apprécier l'offre économiquement la plus avantageuse.

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

Aux termes de l'article 53-II du code des marchés publics, « pour les marchés passés selon une procédure formalisée autre que le concours et lorsque plusieurs critères sont prévus, le pouvoir adjudicateur précise leur pondération ³».

Par ailleurs, 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 oeuvre » des critères de jugement des offres.

¹ CE, sect, 30 janvier 2009, agence nationale pour l'emploi, n°290236

² CE, 6 avril 2007, département de l'Isère, n°298584

³ cf note 1

Une fois les critères et leur pondération ou leurs modalités de mise en oeuvre portés à la connaissance des candidats potentiels à l'attribution du marché, il n'est plus possible d'en modifier la liste **ni d'en changer la pondération ou le classement**.

Dans ces conditions, il est nécessaire que l'acheteur public veille à ce que la pondération des critères (ou leurs conditions de mise en oeuvre dans le cas d'une procédure adaptée) soit en adéquation avec la définition de ses besoins. L'application des critères doit en effet permettre de choisir une offre répondant exactement aux besoins exprimés dans le cahier des charges.

La définition de la valeur respective de chacun des critères est donc importante et doit faire l'objet d'une réflexion approfondie en amont de la procédure. On constate notamment que si le critère prix est excessivement prépondérant, l'acheteur public peut se trouver en présence d'une entreprise fournissant des prestations de qualité insuffisante. Au contraire, si le poids des autres critères (notamment la valeur technique) est trop important au regard de l'objet du marché, le pouvoir adjudicateur se verra contraint de choisir une offre dépassant ses besoins et qui sera trop coûteuse financièrement.

II- Le rejet des offres anormalement basses

Devant la tentation que peuvent avoir certaines entreprises de proposer des prix anormalement bas pour obtenir des marchés publics, il convient de rappeler que les acheteurs publics ont la possibilité **d'écarter les offres jugées anormalement basses au regard du prix demandé par l'entreprise en contrepartie des prestations à réaliser**.

Toutefois, le rejet d'une offre anormalement basse doit obligatoirement faire l'objet d'une **procédure contradictoire** prévue à l'article 55 du code des marchés publics. Le rejet automatique d'une offre par application d'un critère mathématique est en effet prohibé.

Lorsqu'une offre lui paraît anormalement basse, le pouvoir adjudicateur ne peut la rejeter sans avoir demandé, par écrit, à l'entreprise les précisions qu'il juge utiles et sans avoir vérifié les justifications fournies.

Par ailleurs, mais au titre du droit de la concurrence, et notamment en matière de marchés de fournitures, de tels prix peuvent éventuellement être qualifiés de "prédateurs". Un prix prédateur est un prix anormalement bas, c'est-à-dire inférieur aux coûts variables de l'entreprise qui le pratique. Le mécanisme de prédation est le suivant: l'entreprise offre dans un premier temps des prix très bas dans le but d'évincer ou de décourager l'arrivée de la concurrence sur un marché donné. Une fois la concurrence éliminée, l'entreprise peut alors remonter ses prix et récupérer les pertes consenties pendant la première phase, au détriment de l'acheteur.

Pareille pratique est alors susceptible de relever de la notion d'exploitation abusive d'une position dominante, que prohibe l'article L.420-2 du code de commerce.

Mes services sont à votre disposition pour tous renseignements complémentaires dont vous pourriez avoir besoin.

LE PREFET,

signé

Jean-Luc VIDELAINE