

## PREFECTURE DE L'OISE

Direction des Relations avec les Collectivités Locales  
Bureau du Contrôle de la Légimité  
Tél : 03 44 06 12 60 / 03 44 06 12 75

Beauvais, le - 5 MARS 2010

Le Préfet de l'Oise

à

Monsieur le Président du Conseil Général de l'Oise  
Mesdames et Messieurs les Maires du département  
Mesdames et Messieurs les Présidents d'Etablissements Publics de coopération intercommunale  
Mesdames et Messieurs les Présidents d'Offices Publics de l'Habitat

En communication à Madame et Messieurs les Sous-Préfets

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

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 (I).

Par ailleurs, lorsque le prix proposé par une entreprise est manifestement trop bas, il apparaît utile de rappeler d'une part 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, et d'autre part que la pratique de prix "prédateurs" par une entreprise est susceptible de relever de la notion d'exploitation abusive d'une position dominante au sens du code de commerce (II).

## I) Le choix de l'offre économiquement la plus avantageuse

### I-A) 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 rappelé que la définition de tels critères s'imposait également dans le cadre des marchés en procédure adaptée<sup>1</sup>. La juridiction administrative suprême souligne en outre que les principes fondamentaux de la commande publique impliquent une information appropriée des candidats sur les critères d'attribution d'un marché public, *"dès l'engagement de la procédure d'attribution du marché, dans l'avis d'appel public à la concurrence ou le cahier des charges tenu à la disposition des candidats"*. 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 nécessairement 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 permettait le recours à ce critère unique. Dans un arrêt rendu en 2007, le conseil d'Etat<sup>2</sup> a considéré que compte tenu de la complexité des travaux du marché litigieux, souverainement appréciée par le juge des référés, celui-ci avait pu en déduire, sans commettre d'erreur de droit, qu'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.

Enfin, le prix n'est pas un critère obligatoire si les critères retenus par la personne publique permettent de choisir l'offre économiquement la plus avantageuse eu égard à l'objet du marché<sup>3</sup>.

### I-B) 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"*. L'offre économiquement la plus avantageuse est alors évaluée au regard de l'ensemble des critères retenus qui se voient chacun affecter un coefficient chiffré. La pondération garantit de la meilleure manière le principe d'égalité de traitement des candidats et une évaluation de leurs offres transparente et objective. Le recours à la hiérarchisation des critères n'est possible que lorsque la pondération est impossible, ce qu'il revient au pouvoir adjudicateur de démontrer dans le cadre d'un marché complexe comme l'a jugé le conseil d'Etat<sup>4</sup>.

Par ailleurs, le conseil d'Etat<sup>5</sup> 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, selon les modalités appropriées à l'objet, aux caractéristiques et au montant du marché concerné.

<sup>1</sup> 5 - CE, 30 janvier 2009, Agence nationale pour l'emploi

<sup>2</sup> - CE, 6 avril 2007, département de l'Isère

<sup>3</sup> - CE, 28 avril 2006, commune de Toulouse

<sup>4</sup> - CE, 7 octobre 2005, communauté urbaine Marseille-Provence Métropole

Dès lors que les critères ont été retenus, pondérés ou à défaut hiérarchisés, et que leurs conditions de mise en oeuvre ont été portées 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. De la même manière, l'acheteur ne peut pas non plus modifier les critères de sélection des offres après le dépôt par les candidats de leurs offres<sup>6</sup>.

Il est donc nécessaire que l'acheteur public veille à ce que ses besoins soient précisément définis. Les critères retenus par le pouvoir adjudicateur doivent viser une parfaite adéquation entre l'offre et les besoins exprimés dans le cahier des charges ou les documents de consultation. Eu égard au principe d'égal accès à la commande publique, l'acheteur ne peut se fonder, pour choisir la meilleure offre, sur la seule renommée d'une entreprise ou sur le souvenir d'une expérience passée pour tel marché exécuté antérieurement.

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 toujours 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

### II-A) La procédure contradictoire prévue à l'article 55 du code des marchés publics

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.

A ce titre, l'article 55 de ce code prévoit que *"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."*

*Peuvent être prises en compte des justifications tenant notamment aux aspects suivants :*

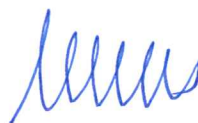
- *Les modes de fabrication des produits, les modalités de la prestation des services, les procédés de construction;*
- *Les conditions exceptionnellement favorables dont dispose le candidat pour exécuter les travaux, pour fournir les produits ou pour réaliser les prestations de service;*
- *L'originalité de l'offre;*
- *Les dispositions relatives aux conditions de travail en vigueur là où la prestation est réalisée;*
- *L'obtention éventuelle d'une aide d'Etat par le candidat.*

*Une offre anormalement basse du fait de l'obtention d'une aide d'Etat ne peut être rejetée que si le candidat n'est pas en mesure d'apporter la preuve que cette aide a été légalement accordée. Le pouvoir adjudicateur qui rejette une offre pour ce motif en informe la Commission européenne."*

## II-B) La pratique anticoncurrentielle de prix "prédateurs" par les entreprises

Par ailleurs, au titre du droit à 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 consiste pour l'entreprise à offrir 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 susceptible de relever de la notion d'exploitation abusive d'une position dominante, que prohibe l'article L420-2 du code de commerce.

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



Nicolas DESFORGES