

DIRECTION DES RELATIONS  
AVEC LES COLLECTIVITES LOCALES

PREFECTURE DES VOSGES  
EPINAL, le

4 MAR. 2010

Bureau du contrôle de légalité et  
de l'urbanisme

Affaire suivie par : Agnès GERARD  
Téléphone n° 03 29 69 87 75  
Fax n°03 29 69 87 49

**CIRCULAIRE N°41/2010**

**Le Préfet des Vosges**

à

**Monsieur le Président du Conseil Général  
Mesdames et Messieurs les Maires du Département  
Mesdames et Messieurs les Présidents des C.C.A.S  
Mesdames et Messieurs les Présidents des E.P.C.I. et  
des communautés de communes  
Monsieur le Président du S.D.I.S  
Monsieur le Directeur Général de l'O.P.H.A.E  
Monsieur le Directeur Général de l'O.P.H. des Vosges**

*En communication à :*

Messieurs les Sous-Préfets de Neufchâteau et de Saint-Dié-des-Vosges  
Monsieur le Président du Centre de Gestion de la Fonction Publique Territoriale  
Madame la Directrice Départementale des Finances publiques des Vosges  
Monsieur le Président de l'Association des Maires des Vosges  
Madame la Responsable de l'antenne Départementale des Vosges du Centre  
National de la Fonction Publique Territoriale  
Monsieur le Directeur Départemental des Territoires des Vosges  
Madame la Directrice Départementale des Affaires Sanitaires et Sociales

**OBJET** : Choix de l'offre économiquement la plus avantageuse dans les  
marchés publics et offre anormalement basse

**REFER** : Articles 53 et 55 du code des marchés publics (C.M.P.)  
Directive n°2004/18/CE du Parlement européen et du Conseil du  
31 mars 2004 relative à la coordination des procédures de passation  
des marchés publics de travaux, de fournitures et de services

La présente circulaire a pour objet de vous rappeler la nécessité pour un  
acheteur public de déterminer des critères de choix des offres objectifs (cf. le  
1° de l'article 53 du C.M.P.) définis en adéquation avec l'objet du marché.  
Elle aborde également les règles à respecter dans le cas d'une suspicion  
d'offre anormalement basse

Le contexte économique actuel est susceptible de conduire certains  
opérateurs économiques candidats aux marchés publics à proposer des prix  
très bas afin d'augmenter leurs chances d'obtenir des contrats.

L'attribution d'un marché à un candidat qui a sous-évalué le prix de la prestation peut avoir des conséquences dommageables soit par l'élimination, parfois irréversible, des candidats qui ne se livrent pas à cette pratique, soit au stade de l'exécution de la prestation :

- 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 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 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 (II).

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

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 » (cf. article 53 du code des marchés publics).

La circulaire du 29 décembre 2009 relative au guide de bonnes pratiques en matière de marchés publics (J.O.R.F du 31 décembre 2009) précise en son article 14 que « l'offre économiquement la plus avantageuse n'est pas assimilable au prix le plus bas, ce qui bien entendu ne doit pas conduire l'acheteur à minorer l'importance du critère prix dans l'analyse des offres. L'acheteur doit également 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 ».

## 1- La définition des critères de jugement des offres

La définition des 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 cette définition s'imposait également dans le cadre des marchés passés en procédure adaptée<sup>1</sup>.

Par ailleurs, il est nécessaire que le pouvoir adjudicateur fonde son choix sur des critères objectifs (cf. le 1° de l'article 53 du C.M.P.), définis en adéquation avec l'objet du marché, et qui « assurent le respect des principes de transparence, de non-discrimination et d'égalité de traitement et qui garantissent l'appréciation des offres dans des conditions de concurrence effective. Par conséquent, il convient de n'admettre que l'application de deux critères d'attribution, à savoir celui du « prix le plus bas » et celui de « l'offre économiquement la plus avantageuse » (cf. considérant n°46 de la directive 2004/18 citée en référence).

La détermination des critères de choix des offres doit servir à retenir les offres avec la plus grande objectivité possible ; en ce sens ils ont tout à la fois pour objet de restreindre et de guider les possibilités de choix des pouvoirs adjudicateurs.

L'arrêt de la C.J.C.E du 17 septembre 2002, « Concordia Bus Finland », aff. c-513/99 a marqué une étape importante notamment par la formalisation des exigences de la Cour vis-à-vis des critères de choix des offres.

Quatre conditions ont ainsi été posées :

- « - ces critères sont liés à l'objet du marché ;
- ils ne confèrent pas au pouvoir adjudicateur une liberté inconditionnée de choix,
- ils sont expressément mentionnés dans le cahier des charges ou dans l'avis de marché,
- ils respectent tous les principes fondamentaux du droit communautaire, notamment le principe de non-discrimination. »

Le but est donc bien de réduire ou d'orienter le pouvoir discrétionnaire de l'acheteur public au nom du respect des grands principes de la commande publique.

*a/ critère du « prix le plus bas »*

Conformément au 2° de l'article 53 du C.M.P., l'acheteur public peut avoir recours au critère unique du prix le plus bas, dans les cas où, compte tenu de l'objet du marché, les offres des soumissionnaires peuvent être appréciées de manière objective sur la seule base du prix proposé.

---

<sup>1</sup> CE, 30 janvier 2009, agence nationale pour l'emploi, requête n°290236

L'acheteur public qui a recours au seul critère du prix le plus bas doit être en mesure de justifier cette décision. Dans un arrêt rendu en 2007, le conseil d'Etat<sup>2</sup> a considéré qu'en égard au degré de complexité des travaux objet du marché litigieux une collectivité avait manqué à ses obligations de mise en concurrence en choisissant le seul critère du prix.

*b/ critère de « l'offre économiquement la plus avantageuse »*

L'attribution d'un marché à l'offre économiquement la plus avantageuse consiste à évaluer les offres afin de déterminer celle qui présente le meilleur rapport qualité/prix. Pour ce faire, les pouvoirs adjudicateurs déterminent les critères économiques et qualitatifs qui, dans leur ensemble, leur permettront de déterminer l'offre économiquement la plus avantageuse. La détermination de ces critères est fonction de l'objet du marché dans la mesure où ceux-ci permettront d'évaluer le niveau de performance présenté par chaque offre par rapport à l'objet du marché, tel que défini dans les spécifications techniques. (cf. considérant n°46 de la directive 2004/18 citée en référence)

## **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 [...] Le pouvoir adjudicateur qui estime pouvoir démontrer que la pondération n'est pas possible notamment du fait de la complexité du marché, indique les critères par ordre décroissant d'importance* »

Ce n'est donc qu'exceptionnellement que pour les marchés passés selon une procédure formalisée, les critères ne seront pas pondérés, mais simplement mentionnés par ordre décroissant d'importance.

Par ailleurs, en ce qui concerne les procédures adaptées, le conseil d'Etat<sup>3</sup> 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 mise en œuvre portés à la connaissance des candidats potentiels à l'attribution du marché, il n'est plus possible **de les modifier ni de changer la pondération ou le classement annoncé.**

Dans ces conditions, **la définition des critères et de leur valeur respective doit faire l'objet d'une réflexion approfondie en amont de la procédure.**

<sup>2</sup> CE, 6 avril 2007, département de l'Isère, requête n°298584

<sup>3</sup> Cf. note n°1 de bas de page

Au vu de ce qui précède, la pratique de l'utilisation d'un règlement de la consultation « type » dont l'adaptation au marché se limite à en modifier l'article relatif à l'objet du marché est à proscrire.

## **II- L'offre anormalement basse**

### **1- Comment définir une offre anormalement basse ?**

Une offre présentée par un opérateur économique peut être qualifiée « d'anormalement basse » si son prix, dans l'objectif d'éliminer les autres offres en présence, ne correspond pas à une réalité économique.

Mais un opérateur économique peut légitimement, dans le respect des règles de concurrence, proposer un prix plus bas que ceux de ses concurrents, du fait par exemple d'une structure de coûts différente, d'une innovation particulière ou d'une politique commerciale dynamique.

Il n'existe pas de niveau à partir duquel une offre peut être qualifiée « d'anormalement basse ».

Les règles communautaires prohibent l'application de critères quantitatifs automatiques aboutissant à qualifier « l'offre d'anormalement basse ».

La détection d'une telle offre n'est donc pas une tâche aisée. Elle nécessite une vraie connaissance du marché.

Toutefois, dans le contexte économique actuel, la tentation de proposer des prix anormalement bas pour obtenir des marchés publics peut sembler constituer une réponse aux difficultés rencontrées par certains opérateurs économiques.

Les acheteurs publics doivent donc être vigilants et utiliser, en cas de présomption d'offre anormalement basse au regard du prix par rapport à la prestation à réaliser, les moyens réglementaires à leur disposition leur permettant d'écarter cette offre (cf. article 55 du C.M.P.).

### **2- Rejet d'une offre anormalement basse : règles à respecter**

La faculté offerte à l'acheteur public de rejeter une offre lui paraissant anormalement basse est une application du principe d'égalité de traitement des candidats à un marché public.

Toutefois, cette faculté est encadrée par les dispositions de l'article 55 du C.M.P.

Ainsi, avant de rejeter une offre dont le prix semble anormalement bas, l'acheteur public doit :

- demander, par écrit, au candidat concerné, les précisions qu'il juge utiles. Ces précisions peuvent concerner, notamment, l'économie du procédé de construction, du procédé de fabrication des produits ou de la prestation de services, les solutions techniques adoptées et/ou les conditions exceptionnellement favorables dont dispose le soumissionnaire pour exécuter les travaux, pour fournir les produits ou les services,
- Vérifier les justifications fournies. Si les justifications présentées par l'opérateur économique sont acceptées par l'acheteur public, l'offre n'est pas anormalement basse.

Ce contrôle présente un caractère obligatoire et, en l'absence de vérification sérieuse, entache d'illégalité la procédure d'attribution du marché (cf. C.A.A. Marseille, 12 juin 2006, SARL *Stand Azur*, requête n°03MA02139).

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 L420-2 du code de commerce.

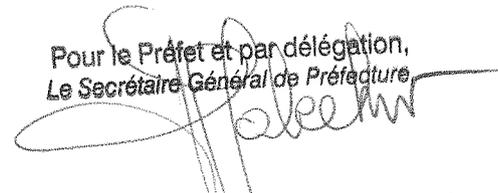
Par contre, le candidat non retenu à l'attribution d'un contrat public ne pourra pas saisir l'Autorité de la concurrence car il ne peut être considéré comme étant un consommateur au sens de l'article L420-5 du code de commerce prohibant les offres de prix anormalement bas.

Cependant, au titre du droit de la commande publique, si l'acheteur public n'a pas en premier ressort examiné ou écarté une offre anormalement basse, un concurrent lésé pourra exercer un recours auprès de la juridiction administrative (référé précontractuel avant la signature du marché ou contractuel après la signature du marché).

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

Le Préfet,

Pour le Préfet et par délégation,  
Le Secrétaire Général de Préfecture



Hugues MALECKI