

Direction Juridique et des Relations avec les Collectivités Territoriales  
 Bureau du Contrôle de la Légalité et du Conseil aux Collectivités

## MARCHES PUBLICS

### *Choix de l'offre économiquement la plus avantageuse Rejet des offres anormalement basses*

#### FONDEMENT JURIDIQUE

- ✚ **Code des marchés publics** – choix de l'offre économiquement la plus avantageuse : article 53
- ✚ **Code des marchés publics** – rejet des offres anormalement basses : article 55
- ✚ **Circulaire du 29 décembre 2009** – Guide de bonnes pratiques en matières de marchés publics.

#### □ CHOIX DE L'OFFRE ECONOMIQUEMENT LA PLUS AVANTAGEUSE

##### × La définition de critères de jugement des offres :

Elle 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<sup>1</sup>.

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'Etat<sup>2</sup> 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.

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

<sup>2</sup> CE, 6 avril 2007, Département de l'Isère, n°290236

\* **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*".

Par ailleurs, en ce qui concerne les procédures adaptées, le conseil d'Etat, dans l'arrêt du 30 janvier 2009 annoté, 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.

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.

□ **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 d'une offre, **au motif qu'elle est anormalement basse** doit, dans tous les cas, **être motivée**.

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.