

LIVRE BLANC

Le mieux-disant dans la commande publique



MEDEF

Le mieux-disant dans la commande publique

Livre Blanc du MEDEF

Edito

Le présent document a pour objectif d'être un guide d'application à l'attention des entreprises et des acheteurs publics pour **le choix de l'offre la mieux disante**, c'est-à-dire l'offre économiquement la plus avantageuse. Il se fonde sur des retours d'expériences d'entreprises, d'acheteurs publics¹ (Etat et collectivités locales) qui ont accepté de rendre compte de leurs difficultés et ont proposé des solutions.

Ce livre blanc, en suivant la chronologie de la procédure de passation d'un marché, dresse un constat de la pratique et propose des pistes d'amélioration de sorte que l'offre la mieux disante soit systématiquement choisie par les acheteurs publics.

Ce document pourra être également un outil pour les pouvoirs et entités adjudicateurs qui ne sont pas soumis au code des marchés publics.

Emmanuèle Perron

Présidente du Comité de la
«Commande publique»
MEDEF

Karine Leverger

Présidente du groupe de travail
«Mieux-disant»
MEDEF

1. On entend par acheteur public : les pouvoirs adjudicateurs ou les entités adjudicatrices soumis au code des marchés publics. Sont des pouvoirs adjudicateurs : l'Etat et ses établissements publics administratifs, les collectivités territoriales et leurs établissements publics. Sont des entités adjudicatrices : les pouvoirs adjudicateurs agissant en qualité d'opérateurs de réseau dans les secteurs de l'énergie, de l'eau et des transports.

Sommaire

Remarques liminaires	9
Que signifie « la mieux disance » ?	9
Quels sont les principes à respecter ?	9
I - Les besoins de l'acheteur public	11
1 - La détermination des besoins par l'acheteur	11
2 - Une meilleure connaissance des secteurs	12
3 - La massification des achats	12
II - Le choix et la pondération des critères	13
1 - Le choix des critères	13
2 - La pondération des critères	14
3 - Le critère du coût global	15
4 - Le critère environnemental	16
5 - Le critère du prix	16
6 - Autres critères liés à l'objet du marché	17
III - La présentation des offres	18
1 - Les variantes proposées par les candidats	18
2 - Le traitement des offres anormalement basses	21
ANNEXE 1 : Textes	23
ANNEXE 2 : Illustrations	27
ANNEXE 3 : Modèles	31

Remarques liminaires

Que signifie « la mieux disance » ?

L'offre la mieux-disante ou offre économiquement la plus avantageuse est imposée par l'article 53 du code des marchés publics du 1^{er} août 2006 (décret n°2006-975 du 1^{er} août 2006 modifié): « *Pour attribuer le marché au candidat qui a présenté l'offre économiquement la plus avantageuse, le pouvoir adjudicateur se fonde...* ».

Dans le contexte économique actuel, certaines entreprises candidates à des marchés publics peuvent être conduites à répondre avec des prix très bas afin d'augmenter leurs chances d'obtenir des marchés.

Ces dérives doivent appeler l'attention sur le fait que l'attribution d'un marché à une entreprise qui a sous-évalué le prix de la prestation peut avoir les conséquences dommageables suivantes pour les différents acteurs économiques¹ :

- « *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 attributaire peut rencontrer des difficultés à respecter le cahier des charges et risque de se trouver en contentieux avec l'acheteur ;*
- *le jeu de la concurrence est faussé et les entreprises évincées qui auraient pu être en mesure de fournir une prestation de qualité pour un prix plus élevé se trouvent au final lésées ».*

Quels sont les principes à respecter ?

L'article 1^{er} du code des marchés publics du 1^{er} août 2006 modifié dispose que l'acheteur public se doit de respecter les principes suivants :

- **la liberté d'accès à la commande publique**
- **l'égalité de traitement entre les candidats**
- **la transparence des procédures**

Ces principes permettent d'assurer l'efficacité de la commande publique et la bonne utilisation des deniers publics.

1. Cf. Circulaire du Préfet de l'Allier du 24 juillet 2009 « Choix de l'offre économiquement la plus avantageuse dans les marchés publics ».



1.

2.

3.

Les besoins de l'acheteur public

1 - La détermination des besoins par l'acheteur

L'article 5 du code impose à l'acheteur public, avant tout appel à la concurrence, de définir avec précision la nature et l'étendue de ses besoins en tenant compte des objectifs de développement durable. L'acheteur public s'interroge sur les possibilités d'intégrer notamment des exigences en termes d'environnement et de coût global de l'achat.

Il est essentiel que l'acheteur public effectue cette étape avec sérieux et de manière méthodique afin de déterminer au plus juste la qualité requise. Une définition imprécise et/ou insuffisante des besoins entraîne une incompréhension de la part des candidats, voire une incapacité à chiffrer précisément un besoin mal ou insuffisamment exprimé.

En outre, une définition la plus complète et la plus précise possible des besoins tendra à réduire le nombre d'appel d'offres déclarés « sans suite » et « infructueux » et évitera aux entreprises d'engager des frais d'études inutilement.

2 - Une meilleure connaissance des secteurs

Une insuffisante connaissance des secteurs nuit à une bonne définition des besoins par les acheteurs et entraîne des choix inappropriés des critères et de leur pondération. Des réflexions approfondies doivent être menées par les acheteurs avant de déterminer la nature de leurs besoins en échangeant notamment avec les opérateurs économiques et d'autres acheteurs publics.

Des rencontres ou formations entre opérateurs économiques et acheteurs publics pourraient être organisées par secteur afin de permettre à ces derniers d'avoir une meilleure connaissance des marchés, de mieux appréhender leurs besoins, les contraintes et les problématiques quotidiennes des entreprises. A cette occasion, des études de cas concrets pourraient être effectuées afin de tirer les meilleurs enseignements de la pratique¹.

3 - La massification des achats

La pratique de la massification des achats (groupement de commandes – article 8 du code des marchés publics) a pour conséquence de faire baisser les prix en ne retenant que le volume au détriment d'une offre de qualité. Cette pratique n'est donc à utiliser que dans certains cas limités.

1. Exemple de stage de formation en annexe 1.



1.

2.

3.

Le choix et la pondération des critères

1 - Le choix des critères

Le code des marchés publics prévoit dans son **article 53** que l'acheteur public attribue le marché au candidat qui a présenté **l'offre économiquement la plus avantageuse** en se fondant sur une **pluralité de critères** pondérés **non discriminatoires et liés à l'objet** du marché (cf. annexe 1). Le choix des critères et de leur pondération relève d'une décision discrétionnaire de chaque acheteur public.

Il convient de distinguer les critères d'attribution des modalités d'exécution prévues par l'article 14, les premières permettant le choix du titulaire du marché alors que les secondes fixent les conditions du marché qui s'imposent au titulaire.

Les critères diffèrent en fonction du type de marché et de l'importance de l'opération. La définition des critères s'impose également pour les marchés passés en procédure adaptée¹.

1. Arrêt du Conseil d'Etat n°290236 du 30 janvier 2009 « Agence nationale pour l'Emploi ».

Dans le cadre de l'approche multicritère, les acheteurs sont confrontés à la difficulté de déterminer les critères qui serviront à choisir l'offre de l'entreprise qui remportera le marché. La circulaire du 3 août 2006 portant manuel d'application du code des 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 ». La performance constitue donc un critère important à prendre en compte.

Deux exigences s'attachent au choix et à la mise en œuvre des critères :

- une bonne connaissance du secteur économique et de ses caractéristiques ;
- des **critères techniques** précis, explicites, réalisables et parfaitement identifiables par les entreprises candidates.

2 - La pondération des critères

Lorsque le marché est passé selon une procédure formalisée (à l'exception du concours), l'acheteur **doit pondérer les critères de choix**. Leur poids peut être exprimé par une fourchette dont l'écart maximal doit être « approprié ». S'il se trouve dans l'impossibilité de pondérer ces critères, du fait notamment de la complexité du marché, l'acheteur public est tenu de les classer par ordre décroissant d'importance.

Les critères ainsi que leur pondération sont indiqués dans l'avis d'appel public à la concurrence – AAPC – ou dans les documents de la consultation. Une fois la procédure de consultation lancée, il est impossible de modifier, de supprimer, d'ajouter des critères ou d'en modifier la pondération.

Pour la procédure adaptée, la pondération des critères de choix est facultative. Le ministère de l'économie, de l'industrie et de l'emploi conseille de hiérarchiser les critères c'est-à-dire de les énoncer dans un ordre décroissant d'importance¹ (cf. annexe 2). Le Conseil d'Etat a considéré par ailleurs que le pouvoir adjudicateur devait porter à la connaissance des candidats les « conditions de mise en œuvre » des critères de jugement des offres.

Il est indispensable que la valeur respective de chaque critère fasse l'objet, par l'acheteur public, d'une **réflexion approfondie** en amont de la procédure. L'acheteur public se doit de veiller à ce que la pondération des critères soit en adéquation

1. Cf. Question écrite de Bernard Piras le 7 mai 2009, Journal Officiel du Sénat n°07292, p. 1142.

avec la définition de ses besoins exprimés dans le cahier des charges (cf. annexe 1). Il est souhaitable que les acheteurs s'entourent à cet effet de spécialistes formés dans le secteur d'activité concerné.

L'acheteur public détermine seul l'application des fourchettes de pondération aux offres des candidats.

Une bonne application des règles nécessite une maîtrise totale et actualisée des textes par les acheteurs. Le guide de l'OEAP «Susciter une offre pertinente dans les marchés publics » est un outil pour les acheteurs publics.

3 - Le critère du coût global

S'ils doivent prendre en compte le prix de la prestation ou de la fourniture, les acheteurs ne doivent pas négliger les coûts induits par l'opération d'achat, soit du fait de l'accroissement des charges d'entretien ou d'exploitation, soit en termes d'économies résultant d'avancées technologiques ou d'innovations.

La notion de coût global renvoie à des choix d'investissements motivés par le potentiel d'économies réalisables sur une période qui couvre la durée de vie de l'ouvrage ou des services. Ainsi, les bâtiments dits Haute Qualité Environnementale (HQE), passifs ou à basse consommation, peuvent être parfois plus chers à construire que d'autres plus conventionnels mais en coût global, ils sont en principe beaucoup plus neutres et économiques.

La notion de coût global peut, en première approche, s'exprimer selon l'équation suivante : **coût global¹ = coût initial² + coût différé³ - coût résiduel⁴.**

1. Coût global : ensemble des coûts engendrés par la conception, la réalisation, l'investissement, l'exploitation et la maintenance sur une période déterminée.
2. Coût initial : coût qui correspond aux phases initiales de la conception et de la construction (études, accompagnement, foncier, travaux, équipements, coûts financiers...).
3. Coût différé : coût relatif à l'exploitation, la maintenance et les modifications fonctionnelles, ou encore les coûts de consommation énergétique et les coûts de renouvellement de matériels qui peuvent varier selon les investissements initiaux.
4. Coût résiduel : il reflète la valeur du bien au terme d'une durée choisie.

Les acheteurs devront veiller à ce qu'un achat réalisé par souci d'économie ne se révèle pas à l'usage plus coûteux. La prise en compte du coût global permet d'effectuer des économies sur le long terme, les coûts ultérieurs de fonctionnement (entretien, maintenance, remplacement, etc.) étant intégrés dans le prix final. Aussi le coût global d'utilisation et la rentabilité figurent-ils parmi les critères possibles de choix de l'offre économiquement la plus avantageuse.

4 - Le critère environnemental

Actuellement, les acheteurs publics ont peu recours aux critères environnementaux dans le choix de l'attributaire. Ils peuvent cependant prendre en compte des critères tel que le niveau des émissions de gaz à effet de serre alors même qu'il ne s'agit pas de critères purement économiques (CJCE, 17 septembre 2002, Concordia Bus Finland Oy Ab, aff C-513/99).

Il est cependant **important que les acheteurs publics valorisent les efforts faits par les entreprises en la matière.**

La prise en compte des impératifs environnementaux étant particulièrement onéreuse pour les candidats, **ils doivent bénéficier d'un retour sur investissement.**

5 - Le critère du prix

Dans le cadre de **l'approche multicritère**, on constate en pratique que la place donnée au prix est, le plus souvent, prépondérante, voire exclusive. Cette pratique est préjudiciable aussi bien à l'acheteur public qu'aux opérateurs économiques dans la mesure où elle conduit à sous-estimer les qualités techniques, fonctionnelles et/ou environnementales des offres.

Le code prévoit que **si l'objet du marché le justifie**, l'acheteur public peut se fonder sur **le seul critère du prix**. *«C'est notamment le cas pour les marchés dont l'objet porte sur l'achat de produits simples et standardisés pour lesquels les prescriptions du cahier des clauses techniques particulières (CCTP) sont limitées»¹.*

1. cf. réponse question au Sénat :

http://www.colloc.bercy.gouv.fr/colo_otherfiles_marc_publ/docs_som/14228.pdf

Et arrêts du Conseil d'Etat du 28 décembre 2005, « Syndicat inter-hospitalier de Mangeot Vulcin », n°279866 et du 6 avril 2007, « département de l'Isère », n°298584.

Le Conseil d'Etat, par arrêt du 6 avril 2007 – Département de l'Isère – a considéré que eu égard au degré de complexité des travaux, objet du marché, une collectivité avait manqué à ses obligations de publicité et de mise en concurrence en recourant au critère unique du prix. Cet arrêt implique pour l'acheteur public de justifier son recours au critère unique du prix.

Les acheteurs publics qui recourent au seul critère du prix **doivent être en mesure de justifier que l'objet du marché autorisait le recours à ce critère unique.**

Les acheteurs publics rencontrés ont réagi positivement et pris conscience du caractère préjudiciable sur le long terme du choix de l'offre finale basé sur le seul critère du prix.

6 - Autres critères liés à l'objet du marché

Indépendamment du service après-vente (SAV) et de l'assistance technique, on constate des demandes liées à des garanties particulières de bonne tenue des ouvrages ou des demandes d'assurances spécifiques.

Les exigences en terme de garanties particulières doivent être clairement délimitées et précisées et ne pas se transformer en SAV sans en prendre le nom.

Les acheteurs doivent être très attentifs à ce que leurs exigences en termes d'assurance soient en adéquation avec le marché de l'assurance et que soit effectuée une véritable analyse des risques.

1.

2.

3.



La présentation des offres

1 - Les variantes proposées par les candidats

Une variante¹ consiste en une modification, à l'initiative du candidat, de certaines spécifications des prestations décrites dans le cahier des charges ou plus généralement dans le dossier de consultation.

Elle constitue une réelle opportunité tant pour les acheteurs publics que pour les entreprises puisqu'elles permettent de favoriser le développement de l'innovation et de solutions alternatives².

1. La variante se distingue de l'option. L'option est une prestation complémentaire qui doit être limitée de façon à ne pas fausser le jeu de la concurrence. Les modalités de jugement des options sont fixées dans le règlement de la consultation. Selon le manuel d'application du code de 2006, cette distinction entre variante et option ne porte pas sur le fond, elle repose sur la personne qui est à l'origine de cette forme d'offre. Il s'agit d'une option si c'est une demande du pouvoir adjudicateur et d'une variante lorsqu'il s'agit d'une proposition du candidat.

2. Cf. fiche n° 5 « Autoriser les variantes », p. 20 du Guide de bonnes pratiques de l'Observatoire Economique de l'Achat Public intitulé « Susciter une offre pertinente dans les marchés publics - Aide à l'expression des besoins ».

Les variantes offrent la possibilité à l'entreprise d'exprimer son professionnalisme et sa créativité en proposant des solutions techniques et/ou économiques qui auront un impact direct sur l'offre finale. Or, par méconnaissance des textes et des pratiques, les acheteurs publics autorisent peu le recours aux variantes malgré les avantages qu'elles pourraient leur procurer.

La transposition des directives européennes de 2004 a conduit à introduire dans le code des marchés publics du 1^{er} août 2006 les distinctions suivantes :

- marchés passés par les **pouvoirs adjudicateurs**¹ : les variantes ne sont possibles que dans la mesure où le maître d'ouvrage les a spécifiquement autorisées,
- marchés passés par les **entités adjudicatrices**² : les variantes sont *a priori* autorisées sauf mention contraire dans l'avis d'appel public à la concurrence ou dans les documents de la consultation.

Afin de permettre aux entreprises de présenter des propositions innovantes, il conviendrait que les variantes soient *a priori* autorisées dans tous les cas.

Le décret « effet utile » du 2 septembre 2009 constitue une première avancée : l'article 50 du code des marchés publics est ainsi modifié afin de favoriser le recours aux variantes dans les marchés passés selon une procédure adaptée (MAPA) :

- dans le cadre d'un **MAPA**³, les variantes sont désormais autorisées sauf indication contraire dans les documents de la consultation ;
- le maître d'ouvrage n'est pas tenu de mentionner des exigences minimales dans les documents de la consultation.

1. «Pouvoir adjudicateur» : Etat, collectivités territoriales et leurs établissements publics.

2. «Entité adjudicatrice» : un pouvoir adjudicateur lorsqu'il passe un marché en tant qu'opérateur de réseaux dans les domaines de l'énergie (électricité, gaz, chaleur), l'eau (sous certaines conditions) et des transports.

3. Le recours aux MAPA est possible en deçà des seuils suivants (nouveaux seuils à compter du 1^{er} janvier 2010): pour les marchés passés par un pouvoir adjudicateur : 125.000€ pour les marchés de fournitures et de services de l'Etat ; 193.000€ pour les marchés de fournitures et de services des collectivités territoriales et 4.845.000€ pour les marchés de travaux (Etat et collectivités territoriales) ; pour les marchés passés par une entité adjudicatrice : 387.000€ pour les marchés de fournitures et de services et 4.845.000€ pour les marchés de travaux.

	PROCÉDURES FORMALISÉES ¹	MAPA
Marchés passés par un pouvoir adjudicateur	Les variantes ne sont possibles que si elles sont autorisées par les documents du marché.	Les variantes sont <i>a priori</i> autorisées sauf mention contraire dans les documents du marché.
Marchés passés par une entité adjudicatrice	Les variantes sont <i>a priori</i> autorisées sauf mention contraire dans les documents du marché.	Les variantes sont <i>a priori</i> autorisées sauf mention contraire dans les documents du marché.

Les offres de base et les offres variantes sont jugées sur les mêmes critères.

Le fait pour un candidat de proposer une variante alors que l'acheteur ne l'avait pas autorisée, conduit seulement à ne pas examiner la variante. En revanche, **l'offre de base n'a pas à être rejetée pour ce motif**, sous réserve qu'elle soit présentée de manière telle qu'elle soit bien dissociée de la variante (« chat » du ministère de l'économie du 14 septembre 2006 troisième partie).

Les entreprises souhaitent que les candidats puissent systématiquement présenter des variantes sans autorisation préalable de l'acheteur public. Cette évolution serait en totale adéquation avec les recommandations européennes en matière d'innovation et de recherche. Cependant, une généralisation de cette possibilité nécessiterait une modification des directives communautaires n°2004/17 et n°2004/18 du 31 mars 2004.

Deux pistes d'améliorations peuvent donc être proposées :

- **au niveau national** : inciter les acheteurs publics à autoriser systématiquement le recours aux variantes ;
- **au niveau du droit communautaire** : procéder à la modification des directives 2004/17 et 2004/18 afin que le recours aux variantes soit possible pour les candidats à un marché public sans y être préalablement autorisé par l'acheteur.

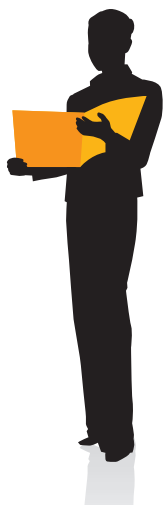
1. Appel d'offres ouvert, restreint, procédure négociée, dialogue compétitif...

2 - Le traitement des offres anormalement basses

Lorsque le prix proposé par une entreprise candidate est manifestement trop bas, 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.

L'acheteur public « peut » écarter les offres jugées anormalement basses au regard du prix proposé par l'entreprise en contrepartie des prestations à réaliser, par une **décision motivée** après avoir **au préalable** demandé par écrit aux candidats concernés les précisions qu'il juge utiles et avoir vérifié les justifications fournies. Le rejet d'une offre anormalement basse doit obligatoirement faire l'objet d'une **procédure contradictoire** (cf. annexe 3).

Peuvent être citées à titre de justifications : les modes de fabrication des produits, l'originalité de l'offre, l'obtention éventuelle d'une aide d'Etat par le candidat, les conditions exceptionnellement favorables dont dispose le candidat pour exécuter les travaux, fournir les produits ou réaliser la prestation, etc.



Annexes

Annexes 1 : textes	25
Annexes 2 : illustrations	29
Annexes 3: modèles	33

ANNEXE 1 : Textes

Dispositions du code des marchés publics du 1^{er} août 2006

ARTICLE 5 : DÉTERMINATION DES BESOINS À SATISFAIRE

I. - La **nature et l'étendue des besoins** à satisfaire sont déterminées avec précision avant tout appel à la concurrence ou toute négociation non précédée d'un appel à la concurrence en prenant en compte des **objectifs de développement durable**. Le ou les marchés ou accords-cadres conclus par le pouvoir adjudicateur ont pour **objet exclusif** de répondre à ces besoins.

II. - Le pouvoir adjudicateur détermine le niveau auquel les besoins sont évalués. Ce choix ne doit pas avoir pour effet de soustraire des marchés aux règles qui leur sont normalement applicables en vertu du présent code.

ARTICLE 50 : PRÉSENTATION DES OFFRES – LES VARIANTES

I. - Pour les marchés passés selon une **procédure formalisée**, lorsque le pouvoir adjudicateur se fonde sur **plusieurs critères** pour attribuer le marché, il **peut autoriser les candidats à présenter des variantes**. Le pouvoir adjudicateur indique dans l'avis d'appel public à la concurrence ou dans les documents de la consultation s'il autorise ou non les variantes ; à défaut d'indication, les variantes ne sont pas admises.

Les documents de la consultation mentionnent les exigences minimales que les variantes doivent respecter ainsi que les modalités de leur présentation. Seules les variantes répondant à ces exigences minimales peuvent être prises en considération.

II. - Pour les marchés passés selon une **procédure adaptée**, lorsque le pouvoir adjudicateur se fonde sur **plusieurs critères** pour attribuer le marché, les candidats **peuvent proposer des variantes sauf si** le pouvoir adjudicateur a mentionné dans les documents de la consultation qu'il **s'oppose** à l'exercice de cette faculté. Le pouvoir adjudicateur peut mentionner dans les documents de la consultation les exigences minimales ainsi que les modalités de leur présentation. Dans ce cas, seules les variantes répondant à ces exigences minimales sont prises en considération. Toutefois, la mention des exigences minimales et des modalités de leur

présentation peut être succincte.

Les variantes sont **proposées avec l'offre de base**.

III. - Pour les marchés de fournitures ou de services, une variante ne peut être rejetée au seul motif qu'elle aboutirait, si elle était retenue, respectivement soit à un marché de services au lieu d'un marché de fournitures, soit à un marché de fournitures au lieu d'un marché de services.

ARTICLE 53 : ATTRIBUTION DES MARCHÉS

I - Pour attribuer le marché au candidat qui a présenté **l'offre économiquement la plus avantageuse**, le pouvoir adjudicateur se fonde :

1° **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 ;

2° Soit, compte tenu de l'objet du marché, **sur un seul critère, qui est celui du prix**.

II. - 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 poids de chaque critère peut être exprimé par une fourchette dont l'écart maximal est approprié.

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.

Les critères ainsi que leur pondération ou leur hiérarchisation sont indiqués dans l'avis d'appel public à la concurrence ou dans les documents de la consultation.

III. - Les offres inappropriées, irrégulières et inacceptables sont éliminées. Les autres offres sont **classées** par ordre décroissant. **L'offre la mieux classée est retenue**.

IV. - 1° Lors de la passation d'un marché, un droit de préférence est attribué, à égalité de prix ou à équivalence d'offres, à l'offre présentée par une société coopérative ouvrière de production, par un groupement de producteurs agricoles, par un artisan, une société coopérative d'artisans ou par une société coopérative d'artistes ou par des entreprises adaptées.

2° Lorsque les marchés portent, en tout ou partie, sur des prestations susceptibles d'être exécutées par des artisans ou des sociétés d'artisans ou des sociétés coopératives d'artisans ou des sociétés coopératives ouvrières de production ou des entreprises adaptées, les pouvoirs adjudicateurs contractants doivent, préalablement à la mise en concurrence, définir les travaux, fournitures ou services qui, à ce titre, et dans la limite du quart du montant de ces prestations, à équivalence d'offres, seront attribués de préférence à tous autres candidats, aux artisans ou aux sociétés coopératives d'artisans ou aux sociétés coopératives ouvrières de production ou à des entreprises adaptées.

3° Lorsque les marchés portent, en tout ou partie, sur des travaux à caractère artistique, la préférence, à égalité de prix ou à équivalence d'offres prévue au 2°, s'exerce jusqu'à concurrence de la moitié du montant de ces travaux, au profit des artisans d'art ou des sociétés coopératives d'artistes.

ARTICLE 55 : LES OFFRES ANORMALEMENT BASSES

Si une offre paraît anormalement basse, le pouvoir adjudicateur **peut** la rejeter par **décision motivée** après avoir demandé par écrit **les précisions** qu'il juge utiles et vérifié les justifications fournies. Pour les marchés passés selon une procédure formalisée par les collectivités territoriales et les établissements publics locaux, à l'exception des établissements publics de santé et des établissements publics sociaux ou médico-sociaux, c'est la commission d'appel d'offres qui rejette par décision motivée les offres dont le caractère anormalement bas est établi.

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

1° Les modes de fabrication des produits, les modalités de la prestation des services, les procédés de construction ;

2° Les conditions exceptionnellement favorables dont dispose le candidat pour exécuter les travaux, pour fournir les produits ou pour réaliser les prestations de services ;

3° L'originalité de l'offre ;

4° Les dispositions relatives aux conditions de travail en vigueur là où la prestation est réalisée ;

5° 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.

Circulaire du 3 août 2006 portant manuel d'application du code des marchés publics : http://www.legifrance.gouv.fr/jopdf/common/jo_pdf.jsp?numJO=0&dateJO=20060804&numTexte=23&pageDebut=11665&pageFin=11685

Observatoire Economique de l'Achat Public - OEAP

Guide de bonnes pratiques « Susciter une offre pertinente dans les marchés publics » - Aide à l'expression des besoins. Guide de février 2008 élaboré par l'Atelier de réflexion PME et commande publique:

http://www.minefi.gouv.fr/directions_services/daj/oeap/publications/documents_ateliers/pme_commande_publique/guide_de_bonnes_pratiques.pdf

ANNEXE 2 : Illustrations

EXEMPLE DE STAGE DE FORMATION MIXTE CLIENT/INDUSTRIE AU SPER (SYNDICAT DES INDUSTRIES DE MATÉRIEL PROFESSIONNEL ELECTRONIQUE ET RADIOÉLECTRIQUE)

Ce stage se déroulait sur 8 demi-journées (du lundi midi au vendredi midi). Il était co-présidé par un représentant de l'administration et un représentant d'un syndicat professionnel. Les présentations étaient réalisées tour à tour par les présidents :

- soit sur des thèmes d'ordre général avec le point de vue du client puis celui de l'industrie,
- soit sur des thèmes conjoncturels avec ou non échange de point de vue sur le sujet.

Le stage commençait par un questionnaire sur les marchés publics qui permettait d'évaluer la connaissance de chacun en la matière, et de constituer des groupes « homogènes » en vue du jeu de rôle. Par la suite, une étude de cas était conduite par petits groupes. Chaque groupe était constitué de représentants de l'administration (dans un rôle d'acheteur) et de l'industrie (dans un rôle de vendeur). Il était sous la responsabilité d'un « animateur », membre de l'équipe d'organisation du stage. Les vendeurs et les acheteurs recevaient un dossier qui servait de support à la négociation.

Le stage se terminait par un compte rendu des travaux de chaque groupe effectué par l'animateur. Cet exercice suppose que le nombre de participants publics et privés soit sensiblement équilibré.

L'intérêt de tels échanges est de permettre à chacun de confronter ses points de vue sur tous les sujets liés à l'achat public et, pendant la durée du stage, de permettre aux différents interlocuteurs de se rencontrer dans un cadre moins informel.

ILLUSTRATION SUR LA DÉFINITION DES BESOINS DANS LE CADRE DES MARCHÉS À BONS DE COMMANDE

Arrêts du Conseil d'Etat du 24 octobre 2008 « Communauté d'agglomération de l'Artois » - n° 313600 et du 20 mai 2009 « Ministre de la Défense » - n° 316601.

Les pouvoirs adjudicateurs, lorsqu'ils passent des marchés à bons de commande, même sans minimum ni maximum, doivent faire figurer dans les avis de marché (rubrique « quantité ou étendue globale ») **les quantités de matériaux ou matériels ou éléments permettant d'apprécier l'étendue du marché.**

ILLUSTRATIONS SUR LE CHOIX ET L'ÉNONCÉ DES CRITÈRES

Exemple 1 : Tribunal administratif de Marseille – Société FM Développement du 26 juillet 2006 et arrêt du Conseil d'Etat du 1^{er} avril 2009 Ministère de l'écologie c/ Société « la Téléphonie Malhoraise ».

A l'occasion d'un marché relatif à la fourniture de bacs roulants pour la collecte sélective, le maître d'ouvrage imposa entre autres un critère « valeur technique » pondéré à 50%.

Cependant, aucun des deux sous-critères d'appréciation de cette valeur technique n'avait été porté à la connaissance des candidats. Le juge a considéré que, même si le maître d'ouvrage est libre d'imposer des critères de choix, il « **ne pouvait pallier l'imprécision du critère prépondérant de la valeur technique qui avait été mentionné dans l'avis d'appel public à la concurrence sans pour autant y être défini, et instituer, pour apprécier cette valeur et sélectionner les offres, deux nouveaux critères qui n'ont pas été portés à la connaissance des candidats ni par l'avis d'appel public à la concurrence ni par le règlement de la consultation.** »

La valeur technique et les sous-critères ne sont pas opposables aux candidats s'ils n'ont pas été portés à leur connaissance.

Exemple 2 : une demande irréalisable dans le secteur de l'imprimerie consiste à demander un papier blanc et opaque, 100% recyclé, alors qu'il n'existe pas de papier 100% recyclé sur le marché répondant à ces spécificités.

Exemple 3 : arrêt du Conseil d'Etat du 15 décembre 2008 – Communauté urbaine de Dunkerque et Ville de Dunkerque – n° 310380.

Une communauté urbaine et une ville, réunies en groupement de commandes, ont lancé un marché de mobilier urbain. Un candidat évincé saisit le juge précontractuel qui annule la procédure de passation du marché. Le Conseil d'Etat confirme cette décision.

En effet, le règlement de la consultation autorisait la présentation de « services annexes » à hauteur de 30 % au titre du critère valeur technique, lui-même assorti d'une note de 7/20. Ces prestations complémentaires demandées à titre facultatif « *ne faisaient l'objet d'aucune description précise, [le règlement de la consultation] se bornant à citer des exemples non limitatifs de services annexes susceptibles d'être proposés* ».

Le Conseil d'Etat a annulé la procédure au regard du règlement au motif que :

- ces prestations complémentaires n'étaient pas suffisamment définies, ce qui ne permettait pas de déterminer si elles étaient en rapport direct avec l'objet du marché,
- elles laissaient ainsi une marge de choix discrétionnaire au pouvoir adjudicateur quant à la nature et l'étendue de ses besoins et
- cela ne permettait pas lors de l'examen des offres une **égalité de traitement** des candidats et la **transparence de la procédure**.

Compte tenu du coefficient de pondération affecté au sous-critère « services annexes », le groupement de commande n'a pas respecté les obligations de publicité et de mise en concurrence lui incombant.

L'examen des offres ne peut donc s'effectuer au regard de critères de jugement imprécis.

EXEMPLE DE MÉTHODE DE PONDÉRATION DES CRITÈRES POUR L'ATTRIBUTION DES MARCHÉS DE TRAVAUX PAR UNE ENTITÉ ADJUDICATRICE

- 50% : offre financière
- 30 % : analyse technique
- 20% : coût induit pour l'acheteur

Cette pondération est inefficace et préjudiciable aux entreprises, elle se rapproche de la méthode d'attribution au moins-disant et ne conduit pas au mieux-disant. En effet, elle aboutit en pratique à un critère « prix » pondéré à 70%, la valeur technique ne représentant que 30%. La valeur technique englobe un ensemble de sous-critères notamment l'environnement à hauteur de 5% de ces 30%, soit 1,5%, ce qui ne permet pas de prendre en compte les investissements réalisés par les entreprises dans ce domaine.

ILLUSTRATION SUR LA MÉTHODE DE HIÉRARCHISATION DES CRITÈRES DANS LE CADRE DE LA PROCÉDURE ADAPTÉE : QUESTION ÉCRITE DE BERNARD PIRAS LE 4 JANVIER 2007, JOURNAL OFFICIEL DU SÉNAT, N°25186, PAGE 27

Dès lors que le pouvoir adjudicateur ou l'entité adjudicatrice souhaite dans le cadre d'une procédure adaptée, pondérer les critères de choix :

- « *les critères retenus doivent désormais et par principe faire l'objet d'une pondération mathématique ;* »
- « *le principe d'égalité de traitement des candidats à un marché public implique une obligation de transparence et donc de publicité des critères de jugement des offres, de leur ordre d'importance et de leur poids ;* »

- « les offres sont notées pour chaque critère, elles sont donc confrontées aux critères par, d'une part, une méthode de notation des offres et, d'autre part, une méthode de conversion du prix en note. »

EXEMPLES DE VARIANTES POSSIBLES DANS LE CADRE D'UN MARCHÉ DE TRAVAUX PUBLICS

- GES : production de gaz à effet de serre : l'entreprise produira le tonnage qui découlera de l'utilisation des produits, matériaux ou procédés améliorés ;
- déchets et excédents de chantiers : l'entreprise détermine les quantités de matériaux réutilisables en l'état ou après traitement de valorisation effectué soit sur le site, soit en les confiant à une entreprise agréée ;
- matériaux de réemploi : l'entreprise précise la nature, les caractéristiques techniques et la provenance des matériaux de réemploi qu'elle propose pour la réalisation de l'ouvrage ;
- utilisation d'enrobés à basse température ;
- entretien et réhabilitation d'une route : l'ancien revêtement de la chaussée est réutilisé. Après traitement, il est intégré à la fabrication des nouveaux enrobés à froid ;
- réhabilitation des couches de fondation et de base d'une voirie : retraitement au liant hydraulique de l'ensemble des matériaux excavés, ensuite utilisés pour la réalisation des nouvelles couches de fondation et de base ;
- utilisation de mâchefers provenant de l'incinération de déchets ménagers en mise en remblai et en couche de forme après traitement au liant routier ;
- enrobés à chaud dans lesquels les liants végétaux remplacent le bitume ;
- enrobés qui réduisent considérablement les nuisances sonores provoquées par la circulation routière (bruits de roulement, de moteurs et de suspensions) ;
- réutilisation des déblais en tant que remblais grâce au traitement par chaulage sur site ;
- remblais auto compactants pour réseau de canalisation : traitement sur place au ciment des déblais extraits des tranchées, puis réutilisation comme matériaux de remblais auto compactant ;
- sables de fonderies pour canalisations : couche de fond constituée de sables de fonderies, surmontée d'une couche de matériaux issus du traitement et de la valorisation de déblais ;
- technique sans tranchée pour la pose et la réhabilitation de canalisation ;
- terrassement par havage lors de la réalisation d'ouvrage enterré.

ANNEXE 3 : Modèles

Ces modèles sont extraits du guide « choix de l'offre économiquement la plus avantageuse » élaboré par la Fédération Française du Bâtiment.

Modèle de demande de précisions et de justifications de l'offre

Lettre avec A.R.

DEMANDE DE PRECISIONS ET DE JUSTIFICATIONS DE L'OFFRE

PREAMBULE

En application de l'article__ du règlement de la consultation pour le marché relatif à l'opération de _____ votre offre relative au(x) lots n° _____ s'avère potentiellement anormalement basse.

Dans le but de permettre à la commission d'appel d'offres d'apprécier sa composition, veuillez préciser si vous vous trouvez dans un ou plusieurs des cas de figure suivants :

1 - Votre entreprise mettra-t-elle en œuvre sur le chantier un procédé de construction particulier ?

OUI NON (cochez la case correspondante)

Si oui, le ou lesquels :

Quelle est son incidence chiffrée sur votre offre (à préciser pour l'ensemble du ou des poste(s) concerné(s) et obligatoirement exprimés en euros et hors taxes) (1) ?

2 - Avez-vous, pour aboutir à votre prix, adopté des solution(s) technique(s) particulière(s) ?

OUI NON (cochez la case correspondante)

Si oui, laquelle ou lesquelles :

Quelle est son incidence chiffrée sur votre offre (à préciser pour l'ensemble du ou des poste(s) concerné(s) et obligatoirement exprimés en euros et hors taxes) ?

3 - Disposez-vous de condition(s) exceptionnellement favorable(s) pour exécuter les travaux du présent marché ?

OUI NON (cochez la case correspondante)

1. Il est rappelé qu'au terme du règlement de la consultation, les composantes d'un prix sont les suivantes : main d'œuvre, matériaux, fournitures et matériels, frais de chantier, frais généraux, bénéfices et aléas (s'applique aux points suivants de la présente annexe 2.3, 3.3 et 4.3).

Si oui, laquelle ou lesquelles :

Quelle est son incidence chiffrée sur votre offre (à préciser pour l'ensemble du ou des poste(s) concerné(s) et obligatoirement exprimés en euros et hors taxes, si nécessaire joindre en annexe les explications détaillées)

4 - Votre projet comporte-t-il une originalité particulière ?

OUI NON (cochez la case correspondante)

Si oui, laquelle ou lesquelles :

Quelle est son incidence chiffrée sur votre offre (à préciser pour l'ensemble du ou des poste(s) concerné(s) et obligatoirement exprimés en euros et hors taxes) ?

Fait à, le

Signature (+ cachet de l'entreprise)

Typologie des critères par type d'opération

- Critères possibles pour une opération standard
- Moyens humains (effectifs, qualification des personnels, notamment d'encadrement...) et matériels affectés spécifiquement au chantier.
- Délais d'exécution.
- Contraintes d'exécution des travaux spécifiques au chantier identifiées par l'entreprise et le traitement proposé par l'entreprise.
- Lieux envisagés par l'entreprise pour installer la base vie et le stockage des matériaux (bungalow, salle de réunion, toilettes, vestiaires...).
- Dispositions arrêtées par l'entreprise pour améliorer son organisation et pour garantir au maître d'ouvrage la qualité des prestations (démarche qualité le cas échéant).
- Nettoyage du chantier.
- Elimination et traitement des déchets (exiger la traçabilité).
- Prise en compte de la gestion du SAV.
- Prix (examen du caractère anormalement bas le cas échéant).

Pour une opération complexe, il est possible d'ajouter aussi les critères suivants :

- Phasage des travaux.
- Moyens de prévention envisagés par l'entreprise pour limiter les nuisances identifiées par l'entreprise comme étant susceptibles d'affecter la qualité de l'environnement lors de l'exécution des travaux.
- Marques et modèles des matériels et matériaux proposés par l'entreprise dans le cas du chantier et procédés de mise en œuvre.
- Coût d'utilisation (exemple : coûts de consommation énergétique ...).

Méthode d'analyse de l'offre économiquement la plus avantageuse

PONDERATION DES CRITERES

Le règlement de la consultation a prévu que les critères seront pondérés en leur affectant un coefficient conforme à l'ordre établi par le règlement de consultation :

- Coefficient 4 pour le 1^{er} critère
 - Coefficient 3 pour le 2^{ème} critère
 - Coefficient 2 pour le 3^{ème} critère
 - Coefficient 1 pour le 4^{ème} critère.
- Place :
Points : x Coeff. = D

Etc.

Entreprises	A	B	C	D	E etc.
Critères					
1 ^{er} critère coeff. 4					
2 ^{ème} critère coeff. 3					
3 ^{ème} critère coeff. 2					
4 ^{ème} critère coeff. 1					
Autre critère					
TOTAL					

FONCTIONNEMENT DE LA GRILLE

Cette grille d'analyse nécessite un classement des entreprises donnant lieu à l'attribution de points, critère par critère. Pour chaque critère, chaque entreprise pourra être notée de 0 à 5.

Ces points sont à multiplier par le coefficient de pondération correspondant à chacun des critères.

Remerciements

L'élaboration de ce livre blanc s'inscrit dans le cadre des actions engagées par le Comité de la Commande Publique, de la Commission «Droit de l'entreprise» du MEDEF.

Le MEDEF remercie les représentants d'acheteurs publics qui ont bien voulu faire part de leurs expériences et enrichir les débats, ainsi que les membres du groupe de travail «Mieux-disant» qui ont contribué à sa rédaction, notamment :

Mlle Sabine Ayraud

Juriste

Fédération Nationale des Travaux Publics (FNTP)

Yves Blouin

Chef du service droit des affaires & contrats

Fédération des industries mécaniques (FIM)

Mme Dominique Devilder

Directeur juridique

Fédération Nationale des Travaux Publics (FNTP)

M. Gilles Gautier

Affaires économiques

Union Nationale de l'Imprimerie et de la communication (UNIC)

M. Pierre-François Kuhn

Secrétaire général

Union Nationale des Services Publics Industriels et Commerciaux (UNSPIC)

Christian Landais

Secrétaire général

Fédération Nationale des Fournitures Administratives Civiles & Militaires (FACIM)

Mme Karine Leverger

Présidente du groupe de travail

Délégué Général Syntec Ingénierie

M. Richard Navet

Directeur des contrats Publics France

Thales, représentant le CIDEF

Mlle Christine Melon

Rapporteur du groupe de travail
Juriste – Chargée de mission
Direction des affaires juridiques du MEDEF

Mme Frédérique Stéphan

Juriste
Fédération Française du Bâtiment

Mme Françoise Vergriète-Matringes

Relations contractuelles avec l'Administration
IBM-France, représentant Alliance TICS

MEDEF

55, avenue Bosquet
75330 Paris cedex 07
Tél. : 01 53 59 19 19

Contact :

Direction des Affaires Juridiques
Christine Melon - 01 53 59 16 58
cmelon@medef.fr

Dépôt légal : janvier 2010



MEDEF