

## 14 - COMMENT CHOISIR L'OFFRE ÉCONOMIQUEMENT LA PLUS AVANTAGEUSE ?

L'examen des offres doit permettre à l'acheteur de choisir l'offre économiquement la plus avantageuse. Le choix des critères de sélection pertinents au regard de l'objet du marché public revêt à cet égard une importance cruciale. Le choix de l'offre économiquement la plus avantageuse dépend en effet

- de la bonne définition de son besoin par l'acheteur,
- du bon choix des critères qui en sont la traduction
- et d'une bonne méthode de mise en œuvre de ces derniers.

L'analyse des offres intervient après l'examen des candidatures. En procédure formalisée, l'examen des offres est en principe effectué par la commission d'appel d'offres (Cf. point 5 du présent document). Une analyse préalable des offres, visant à préparer et faciliter l'avis de la CAO, peut toutefois être confiée aux services techniques ou administratifs de l'acheteur<sup>124</sup>.

L'examen des offres, en tant que tel, se décompose en deux phases, précisées par l'article LP 235-3. Ainsi, après avoir vérifié que les offres sont régulières, acceptables et appropriées au sens de l'article LP 122-3, l'acheteur classe les offres qui n'ont pas été rejetées par ordre décroissant en appliquant les critères d'attribution qu'il aura préalablement choisis. La toute première étape présidant à l'examen des offres est donc la détermination, par l'acheteur, des critères de sélection les plus appropriés au regard de son besoin.

### 14.1. DES CRITERES REpondant PERTINEMMENT A L'OBJET DU MARCHÉ PUBLIC.

L'offre économiquement la plus avantageuse ne se confond pas avec l'offre au prix le plus bas. Les critères de sélection choisis, ainsi que leurs modalités de mise en œuvre, doivent permettre à l'acheteur d'apprécier la performance globale du marché public 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.

#### 14.1.1. Principes généraux

##### 14.1.1.1. Des critères non discriminatoires et liés à l'objet du marché

Le choix des critères permettant, eu égard à l'objet du marché public, de sélectionner l'offre économiquement la plus avantageuse relève de la liberté de l'acheteur<sup>125</sup>. Celui-ci peut choisir les critères qui lui semblent les plus pertinents pour déterminer l'offre la plus adaptée à son besoin, à condition toutefois que ces critères soient non discriminatoires et liés à l'objet du marché public ou à ses conditions d'exécution au sens de l'article LP 235-2 du code.

Ce dernier doit ainsi veiller à respecter les grands principes de la commande publique que sont la liberté d'accès à la commande publique, l'égalité de traitement des candidats et la transparence des procédures<sup>126</sup>. En ce qu'il porte atteinte aux principes de la liberté d'accès à la commande publique et de non-discrimination, un critère reposant sur la localisation géographique ne pourrait par exemple être retenu<sup>127</sup>.

*Exemple :* un critère portant sur l'âge des véhicules peut être retenu dans le cadre d'un marché public de transport scolaire par autocar, dans la mesure où l'utilisation d'un tel critère, qui se rapporte objectivement

<sup>124</sup> CAA Bordeaux, *Commune de Bègles*, 2 juin 2015, n° 13BX01692.

<sup>125</sup> CE, 23 novembre 2011, *Communauté urbaine de Nice-Côte d'Azur*, n° 351570.

<sup>126</sup> Cons. const., décision 2003-473 DC du 26 juin 2003 ; CE, 23 décembre 2009, *Établissement public du musée et du domaine national de Versailles*, n° 328827.

<sup>127</sup> CE, 29 juillet 1994, *Commune de Ventenac-en-minervois*, n° 131562 (CJUE, 27 octobre 2005, *Commission c/ Espagne*, C-158/03).

aux caractéristiques de confort, de sécurité et d'efficience que l'acheteur public était en droit d'attendre des véhicules proposés, est manifestement justifié par l'objet du marché public<sup>128</sup>.

#### 14.1.1.2. Ne pas confondre critères de jugement des offres et critères de sélection des candidatures

Les critères qui portent sur la valeur des offres ne doivent pas être confondus avec les critères de sélection des candidatures, qui permettent d'évaluer les capacités professionnelles, techniques et financières des candidats<sup>129</sup>.

Ainsi, l'acheteur ne peut se fonder sur la renommée de l'entreprise ou sur une expérience passée pour attribuer le marché public. Toutefois, lorsque la qualité du personnel assigné peut avoir une influence significative sur le niveau d'exécution du marché public, un critère relatif aux qualifications ou à l'expérience du personnel peut être retenu<sup>130</sup>. Il n'est pas non plus interdit à l'acheteur de retenir un critère relatif aux moyens en personnel et en matériel affectés par le candidat à l'exécution des prestations afin d'en garantir la qualité technique<sup>131</sup>, à condition que ces éléments aient une influence significative sur le niveau d'exécution du marché public.

Par ailleurs, en procédure adaptée, l'acheteur peut utiliser un critère reposant sur l'expérience des candidats, « *lorsque sa prise en compte est rendue objectivement nécessaire par l'objet du marché [public] et la nature des prestations à réaliser et n'a pas d'effet discriminatoire* »<sup>132</sup>.

### **14.1.2. Comment choisir le ou les critères de sélection ?**

#### 14.1.2.1. Un ou plusieurs critères ?

L'article LP 235-2 prévoit deux méthodes de jugement des offres à la disposition de l'acheteur.

##### **a) Le critère unique du prix**

L'acheteur peut ne choisir qu'un seul critère pour attribuer le marché public à l'offre économiquement la plus avantageuse. Dans ce cas, il ne peut s'agir que du prix.

Toutefois, le recours au critère unique du prix n'est juridiquement possible que s'il est justifié par l'objet du marché. Cet objet doit donc être suffisamment simple, courant, pour que le seul recours au critère du prix suffise à identifier de façon précise et objective l'offre économiquement la plus avantageuse.

L'article A 235-1 précise à cet égard, que le recours au critère unique concerne les marchés dont l'objet porterait sur l'achat de services ou de fournitures standardisés ayant des caractéristiques ou qualités similaires quel que soit le fournisseur. Il s'agit donc de fournitures ou services, dont la qualité est ~~des lors~~ insusceptible de variation d'un opérateur économique à l'autre.

À l'inverse, si l'objet du marché porte sur des prestations complexes où la qualité peut être diverse et où le savoir-faire et la technicité du prestataire sont essentiels et peuvent être très variables d'une entreprise à l'autre, le recours au critère unique du prix est proscrit car il ne permet pas de déterminer seul l'offre économiquement la plus avantageuse<sup>133</sup>. De même, compte tenu du caractère complexe des prestations qui peuvent justifier le recours au dialogue compétitif, celles-ci ne paraissent logiquement pas pouvoir être jugées sur la base du critère unique du prix.

Dans tous les cas, l'acheteur qui retient le critère unique du prix doit être capable de prouver que l'objet du marché l'autorisait à faire ce choix.

Si l'objet du marché ne justifie pas le recours au critère unique du prix, l'acheteur doit donc privilégier le recours à une pluralité de critères.

<sup>128</sup> CE, 17 juillet 2013, *Département de la Guadeloupe*, n° 366864.

<sup>129</sup> CE, 29 décembre 2006, *Société Bertele SNC*, n° 273783.

<sup>130</sup> Cf. LP 235-2 du code.

<sup>131</sup> CE, 11 mars 2013, *AP-HP*, n° 364706 ; CJUE, *Ambisig – Ambiente e Sistemas de Informação Geográfica SA*, 25 mars 2015, aff. C- 601/13.

<sup>132</sup> CE, 2 août 2011, *Parc naturel régional des Grands Causses*, n° 348254.

<sup>133</sup> (V. CE, 24 avr. 2007, *Dpt Isère*, n° 298584

## b) Le recours à une pluralité de critères

L'article LP 235-2 du code dresse une liste illustrative et non exhaustive des critères pouvant être utilisés par l'acheteur, lui laissant la possibilité de prendre en compte d'autres critères plus adaptés au marché public concerné.

Le code n'oblige pas l'acheteur à retenir le prix parmi les critères<sup>134</sup>. En pratique, le prix apparaît comme un critère inévitable car la qualité d'une offre ne se conçoit que par rapport à un prix. Exceptionnellement, lorsque le prix est réglementé comme par exemple les tarifs en matière de fret et de passage maritimes ou le prix des produits de première nécessité, le critère du prix est neutralisé, des critères autres que le prix peuvent donc être utilisés pour déterminer l'offre économiquement la plus avantageuse.

Une approche plus globale permet à l'acheteur de choisir l'offre réellement la plus avantageuse financièrement. En effet, une prestation dont le prix est attractif peut s'avérer coûteuse au final dès lors que l'on prend en compte l'ensemble des coûts annexes que devra supporter l'acheteur, tels que les coûts liés à l'acquisition de la prestation, les coûts liés à l'utilisation ou encore les frais de maintenance.

### 14.1.2.2. *Des critères pour vérifier que l'offre répond effectivement au besoin*

Les critères de sélection choisis doivent être la traduction du besoin de l'acheteur. Ils doivent permettre à l'acheteur de déterminer l'offre la mieux à même de répondre à son besoin. Seuls des critères visant à identifier l'offre économiquement la plus avantageuse peuvent être retenus.

Dès lors qu'ils s'inscrivent dans cette logique, de nombreux critères, qu'ils soient qualitatifs, environnementaux ou sociaux, sont susceptibles d'être justifiés au regard de l'objet du marché public. L'on peut citer par exemple : le délai de livraison, la garantie, la qualité technique, le caractère innovant, la sécurité des approvisionnements ou même le caractère esthétique<sup>135</sup>.

### 14.1.3. La prise en compte du développement durable dans le choix des critères de sélection

Le choix des critères peut également être l'occasion pour l'acheteur de prendre en compte des éléments de développement durable. L'article LP 235-2 du code retient ainsi parmi les critères possibles : les performances en matière de protection de l'environnement de développement des approvisionnements directs de produits de l'agriculture ou l'insertion professionnelle. Cette liste n'étant pas exhaustive, on peut également citer, la biodiversité ou encore le bien-être animal.

Si de tels critères peuvent être choisis, c'est à la condition toutefois qu'ils soient « en lien avec l'objet du marché public ou ses conditions d'exécution » ainsi que le précise l'article LP 235-2<sup>136</sup>. Dans ce dernier cas, le critère doit se rapporter à des ressources susceptibles d'être effectivement mobilisées par le candidat pour l'exécution du marché public<sup>137</sup>. Il n'est, par exemple, pas possible d'examiner les offres à l'aune d'un critère relatif à la politique sociale de l'entreprise<sup>138</sup>.

En revanche, le Conseil d'État a admis qu'un critère de performances en matière d'insertion professionnelle des publics en difficulté pouvait être en rapport avec l'objet d'un marché public de travaux publics, dès lors que celui-ci était susceptible d'être exécuté au moins en partie par du personnel engagé dans une démarche d'insertion<sup>139</sup>. Dans la mesure où elles concernent les modalités de production des

<sup>134</sup> CE 28 avril 2006, Commune de Toulouse, n° 280197.

<sup>135</sup> CE, 5 novembre 2008, *Commune de Saint-Nazaire*, n° 310484.

<sup>136</sup> Comme pour les autres critères, ils devront également respecter les principes du droit de la commande publique, être objectifs, et ne pas être formulés de manière à donner un pouvoir discrétionnaire à l'acheteur public, CJUE, 17 septembre 2002, *Concordia Bus Finland*, aff. C-513/99, point 64 et suivants.

<sup>137</sup> CJUE, 4 décembre 2003, *ENV AG et Wienstrom GmbH contre Republik Österreich*, aff. C-448/01, points 66 et 67.

<sup>138</sup> CE, 15 février 2013, *Société Derichebourg polyurbaine*, n° 363921. A cet égard, le considérant 97 de la directive 2014/24/UE rappelle expressément que « la condition de l'existence d'un lien avec l'objet du marché exclut les critères et conditions relatifs à la politique générale de l'entreprise, qui ne peuvent être considérés comme un élément caractérisant le processus spécifique de production ou de fourniture des travaux, produits ou services achetés ».

<sup>139</sup> CE, 25 mars 2013, *Département de l'Isère*, n° 364950.

produits, objet du marché public, des exigences en matière de commerce équitable peuvent de même être prises en compte<sup>140</sup>.

L'acheteur peut également recourir aux labels<sup>141</sup> afin d'apprécier un critère. Lorsqu'il souhaite acquérir des travaux, des fournitures ou des services présentant certaines caractéristiques d'ordre environnemental, social ou autre, l'acheteur peut exiger un label particulier dans les critères d'attribution en tant que moyen permettant de prouver que les travaux, services ou fournitures correspondent aux caractéristiques requises. Il demeure entendu qu'il est préférable de faire alors référence à un label qui prévoirait une classification échelonnée (par exemple selon des niveaux de consommation d'énergie en cours d'utilisation du produit)<sup>142</sup>.

En outre, les exigences fixées par le label doivent être en lien avec l'objet du marché public. Dans le cas contraire, seuls les éléments liés à l'objet du marché public peuvent être exigés par l'acheteur.

## 14.2. LES MODALITES DE MISE EN ŒUVRE DES CRITERES

### 14.2.1. Pondération des critères

La pondération constitue l'unique modalité de classement des critères de jugement des offres. Elle consiste à déterminer l'importance relative de chaque critère c'est-à-dire son poids par rapport aux autres notamment au moyen d'un coefficient, d'un pourcentage ou par l'affectation d'un nombre de points.

A l'instar du choix des critères, le choix de la pondération des critères est libre, sous réserve que la pondération soit pertinente et non discriminatoire<sup>143</sup>.

Le juge limite son contrôle sur la pondération opérée à l'erreur manifeste d'appréciation vérifiant notamment que la pondération allouée ne soit pas manifestement excessive eu égard à l'objet du marché (la pondération du critère du prix à hauteur de 40% n'est pas pertinente pour un marché dont les prix sont réglementés par l'administration par exemple).

Il n'existe pas de pondération minimale du critère du prix. Le poids donné à chacun des critères **dépend de la complexité de la prestation à réaliser et de la précision du cahier des charges**.

L'offre économiquement la plus avantageuse est alors évaluée globalement, au regard de l'ensemble des critères qui la constituent. L'analyse des offres s'en trouve de fait affinée, favorisant le choix de l'offre la « mieux-disante ».

La pondération est obligatoire y compris en procédure adaptée.

Le critère du prix peut ne pas être affecté de la pondération la plus élevée dans le cas où la complexité ou la nature des prestations impose que ce critère ait une pondération plus faible que d'autres. La sécurité de l'approvisionnement l'emporte, par exemple, sur le prix pour une prestation de transport de produits sanguins.

### 14.2.2. La transparence des modalités de sélection des offres

#### 14.2.2.1. Les modalités de sélection des offres doivent être portées à la connaissance des candidats.

Les candidats doivent pouvoir connaître les qualités qui seront appréciées, le poids respectif de chacune d'entre elles et, d'une manière générale, l'ensemble des éléments qui seront utilisés pour juger l'offre.

<sup>140</sup> CJUE, 10 mai 2012, *Commission européenne c/ royaume des Pays-Bas*, aff. C-368/10, points 89 et suivants.

<sup>141</sup> Dans l'hypothèse où un opérateur économique n'a manifestement pas la possibilité d'obtenir le label particulier spécifié par l'acheteur ou un label équivalent, celui-ci doit par ailleurs accepter tout autre moyen de preuve approprié tel que, par exemple, un dossier technique du fabricant, afin de ne pas porter atteinte au principe de non-discrimination et de respecter l'égalité de traitement des candidats.

<sup>142</sup> La logique des normes et labels est binaire ; elle repose sur la constatation d'une satisfaction à un certain nombre de points d'un cahier des charges. A l'inverse, la logique des critères est celle d'une évaluation des différentes offres les unes par rapport aux autres. Dans ce cadre, l'utilisation de normes et labels en tant que critères d'attribution peut rendre malaisée la comparaison des offres entre elles.

<sup>143</sup> CE 10 mai 2006 Sté Shiocchet, req. 288435.

Ainsi, en procédure formalisée comme en procédure adaptée, l'acheteur doit, dès l'engagement de la procédure, dans l'avis de marché ou dans le cahier des charges, donner aux candidats une information appropriée sur les critères d'attribution du marché publics ainsi que sur les conditions de leur mise en œuvre<sup>144</sup>, c'est-à-dire soit la pondération qui leur est allouée.

Les critères retenus doivent également être objectifs et suffisamment précis afin de ne pas laisser une liberté de choix discrétionnaire à l'acheteur<sup>145</sup>. Ils doivent être établis « *de manière à permettre à tous les soumissionnaires raisonnablement informés et normalement diligents de les interpréter de la même manière* »<sup>146</sup>.

Ainsi, le caractère assez subjectif de critères tels que « la valeur technique de l'offre » ou son « caractère esthétique », impose à l'acheteur public de définir ce qu'il entend par ce critère.

A cette fin, l'acheteur peut recourir à des sous-critères.

#### 14.2.2.2. Recours aux sous-critères

S'il décide de faire usage de sous-critères, l'acheteur devra porter à la connaissance des candidats la pondération de ces sous-critères en application du dernier alinéa de l'article LP. 235-2, dès lors que, eu égard à leur nature et à l'importance de cette pondération, ils sont susceptibles d'exercer une influence sur la présentation des offres ainsi que sur leur sélection<sup>147</sup>.

Par ailleurs, l'acheteur doit également préciser dans les documents de la consultation, les informations qui devront être fournies en vue de l'évaluation des offres pour chacun des critères. A cet égard, il lui incombe d'exiger la production de justificatifs lui permettant de vérifier l'exactitude des informations données par les candidats lorsque, pour fixer un critère d'attribution du marché public, il prévoit que la valeur des offres sera examinée au regard d'une caractéristique technique déterminée<sup>148</sup>.

Pour pouvoir faire une offre répondant aux attentes de l'acheteur, les candidats doivent donc pouvoir avoir connaissance :

- ⇒ des caractéristiques techniques ou économiques attendues, qui sont énoncées sous forme de critères et sous-critères ;
- ⇒ du poids de ces critères et sous-critères ;
- ⇒ des informations précises à fournir par les candidats pour chacun des critères et sous-critères.

### **14.3. LES OFFRES ANORMALEMENT BASSES**

#### 14.3.1.1. Les acheteurs doivent veiller à détecter les offres anormalement basses

Une offre peut être qualifiée d'anormalement basse, si son prix ne correspond pas à une réalité économique. Une telle offre est en effet de nature à compromettre la bonne exécution du marché conclu sur sa base.

Le code organise une procédure de traitement de l'offre anormalement basse.

Quelle que soit la procédure de passation mise en œuvre, l'approche de l'acheteur doit être faite étape par étape :

- 1° identifier les offres suspectes,
- 2° permettre aux entreprises concernées d'en démontrer le sérieux en leur réclamant des précisions,
- 3° apprécier la pertinence des explications fournies,
- 4° décider de l'admission ou du rejet des offres.

<sup>144</sup> Article 62, IV ; pour les procédures adaptées, voir CE, *ANPE*, 30 janvier 2009, n° 290236 ; CE 7 novembre 2012 Société JLPO req. 360252.

<sup>145</sup> CE, 28 avril 2006, *Commune de Toulouse*, n° 280197 ; CE, 5 novembre 2008, *Commune de Saint-Nazaire*, n° 310484.

<sup>146</sup> CJUE, 18 octobre 2001, *SIAC construction ltd*, aff. C-19/00, point 42.

<sup>147</sup> CE, 18 juin 2010, *Commune de Saint-Pal-de-Mons*, n° 337377 ; CE, 17 juin 2015, *Société Proxiserve*, n° 388457.

<sup>148</sup> CE, 9 novembre 2015, *Société Les Autocars Roger Ceccaldi*, n° 392785.

### 14.3.1.2. Reconnaître une offre anormalement basse

La seule circonstance que le prix proposé soit très inférieur à l'estimation de l'acheteur public ou à celui des autres offres<sup>149</sup> ne suffit pas à justifier le rejet de l'offre. Celui-ci doit tenir compte des justificatifs fournis par le candidat. Si ceux-ci ne sont pas dénués de pertinence et ne font pas apparaître une sous-évaluation manifeste des prestations, l'offre ne peut être considérée comme anormalement basse<sup>150</sup>.

Par exemple, une entreprise de travaux peut proposer un prix qui semble anormalement bas car elle exécute déjà un marché identique à proximité. Dans cette hypothèse, elle n'a donc pas les mêmes contraintes de déploiement de nouveaux équipements fixes de chantier, ce qui lui permet de réduire ses coûts.

Le caractère anormalement bas de l'offre doit être apprécié au regard de l'ensemble de ses éléments et non pas d'une partie d'entre eux, même si les prix sur lesquels ont porté les demandes de précision représentaient une part substantielle du marché.

Doit être suspectée d'anormalement basse, l'offre dont le prix ne correspond manifestement pas au taux horaire usuellement pratiqué dans un secteur d'activités et qui ne correspond d'ailleurs pas au taux horaire affiché par le candidat lui-même sur son site Internet.

Le premier alinéa de l'article A 235-2 comporte à cette fin quelques méthodes d'identification de l'offre anormalement basse.

Après avoir demandé par écrit des explications à l'opérateur dont l'offre paraît anormalement basse et apprécié leur pertinence, si celles-ci ne permettent pas d'établir le caractère économiquement viable de l'offre anormalement basse eu égard aux capacités économiques, financières et techniques de l'entreprise, l'acheteur public est tenu de rejeter l'offre.

Le rejet d'une offre, au motif qu'elle est anormalement basse, doit, dans tous les cas, être motivé. Le juge administratif exerce un contrôle de l'erreur manifeste d'appréciation sur la qualification d'offre anormalement basse ou sur son omission<sup>151</sup>.

Les acheteurs publics doivent donc veiller à la bonne utilisation des deniers publics et être conscients des risques, tant opérationnels que juridiques, auxquels ils s'exposent en retenant une offre anormalement basse.

<sup>149</sup> CE, 29 mai 2013, *Sté Artéis*, n° 366606.

<sup>150</sup> CAA Bordeaux, 7 avril 2005, *Commune de Bordeaux*, n° 01BX00081.

<sup>151</sup> CE, 1er mars 2012, *Département de Corse du sud*, n° 354159.