



Liberté • Égalité • Fraternité
RÉPUBLIQUE FRANÇAISE

COPIE

PRÉFET DE LA MARNE

**DIRECTION DES RELATIONS
AVEC LES COLLECTIVITES LOCALES
Bureau du contrôle de légalité**

Châlons-en-Champagne, le **22 FEV. 2011**

Dossier suivi par : Jean-Charles JOURNEE
Chef de Bureau
tél. : 03.26.26.11.71

M. le préfet de la région Champagne-Ardenne
Préfet de la Marne

A

M. le Président du Conseil Régional

M. le Président du Conseil Général

Mmes et M. les Maires du département

Mmes et M. les Présidents des Etablissements publics
de coopération intercommunale

M. le Président du Service départemental d'incendie et de secours

Copie à M. les sous-préfets et M. le secrétaire général pour les affaires régionales

ACTE REÇU LE
23 FEV. 2011
PRÉFECTURE DE LA MARNE
D. R. C. L.

OBJET : Marchés publics- choix de l'offre économiquement la plus avantageuse et paiements.

Dans le contexte lié à la crise économique, les marchés publics deviennent un enjeu de plus en plus important pour les entreprises et une part significative des commandes susceptibles de leur être adressées.

A cette fin, certaines peuvent être tentées d'influencer des décisions en leur faveur en agissant de plusieurs manières, susceptibles d'avoir des conséquences négatives sur les collectivités territoriales insuffisamment sensibilisées en la matière.

Cela peut également avoir des conséquences économiques non négligeables pour des entreprises respectant, elles, les règles du jeu en matière de marché public.

Je souhaite appeler votre attention sur le risque encouru, en tant qu'acheteur public, à retenir une offre de prix sous-évaluée par rapport aux prestations à réaliser. Ce risque est multiple et est susceptible de conduire notamment à :

- une qualité des prestations fournies qui peut ne pas correspondre aux attentes et entraîner des défauts d'exécution voire, en matière de travaux, des malfaçons menaçant la sécurité ultérieure des usagers et des salariés ;
- l'inexécution partielle des prestations ;

- la nécessité d'engager un contentieux au regard des difficultés rencontrées ;
- des atteintes au jeu de la concurrence, les entreprises en mesure d'assurer une prestation de qualité, se trouvant lésées du seul fait qu'elles proposeraient un prix plus élevé.

Afin d'éviter ces conséquences dommageables pour l'ensemble des acteurs économiques, il importe d'exercer la plus grande vigilance dans la mise en œuvre du jugement des offres présentées. Il est également primordial, une fois le choix arrêté, d'effectuer le paiement dans les plus brefs délais de manière à ne pas mettre en difficulté financière les entreprises. Pour vous guider dans ces démarches, je vous rappelle les principales dispositions du code des marchés publics à appliquer.

I. Choix de l'offre économique la plus avantageuse

a) *Détermination des besoins.*

L'article 5-I du code des marchés publics prévoit que « *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* ».

C'est cette évaluation qui donnera lieu, ensuite, à la rédaction du cahier des charges.

Le cahier des charges, ou l'évaluation des besoins à satisfaire, doit être réalisé par la collectivité, aidée, au besoin, d'un assistant à maîtrise d'ouvrage, distinct des sociétés admises à concourir.

L'évaluation des besoins doit être précise : le **Conseil d'Etat**, dans son arrêt N°165075 du 8 mars 1996, a déjà annulé un avenant, écartant la théorie des sujétions imprévues au regard des imprécisions des besoins.

Les besoins doivent être **réels** : un candidat ayant des chances sérieuses de l'emporter, mais évincé en raison d'une surévaluation manifeste des besoins du pouvoir adjudicateur, peut solliciter une indemnisation.

Le changement dans la définition du besoin doit conduire la collectivité à reprendre l'intégralité de la procédure. Aucune modification ne doit d'ailleurs intervenir après la procédure de passation.

Il est à noter que les candidats doivent répondre à l'intégralité de la demande du pouvoir adjudicateur.

Ainsi, lorsque la collectivité propose une offre de base assortie d'options, chaque candidat devra présenter une proposition chiffrée de chaque composante. Toute proposition ne répondant pas en totalité à la demande devra être écartée.

Il convient de rappeler que, pour les **procédures formalisées**, les variantes ne sont pas admises, sauf si la collectivité le prévoit expressément. Dans cette hypothèse, les documents de consultation doivent préciser les exigences minimales à respecter et les modalités de présentation. Une variante proposée, ne respectant pas ces critères, doit être écartée.

Une offre assortie de variantes, lorsqu'elles ne sont pas autorisées, doit être écartée. Il en est de même, lorsque plusieurs variantes sont proposées, alors que le document de consultation n'en prévoit qu'une.

En revanche, pour les marchés à procédure adaptée, les variantes sont autorisées, sauf si le pouvoir adjudicateur a mentionné, sur les documents de consultation, qu'il s'y opposait.

Lorsque ces variantes sont autorisées, chaque offre et ses variantes doivent être analysées et notées.

b) Critères de jugement des offres et hiérarchisation.

L' article 53-I du code des marchés publics précise que « *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. »*

Ce même article 53, dans son II prévoit que « *pour les marchés passés selon une procédure formalisée autre que le concours et lorsque plusieurs critères sont prévus, le pouvoir adjudicateur précise leur pondération* ».

Ces critères, et leur pondération, doivent être portés à la connaissance des candidats dans les documents de consultation.

La fixation de critères, et de la prépondérance entre eux, doit permettre à la collectivité d'obtenir une offre répondant totalement à son besoin au prix le plus intéressant.

Il s'agit ainsi de déterminer l'offre économiquement la plus avantageuse, qui ne doit donc pas être assimilée à l'offre la plus basse présentée.

A cet égard, il est demandé aux collectivités d'être particulièrement vigilantes sur les offres anormalement basses, susceptibles de recouvrir manifestement des prestations sous-évaluées, ou comportant des matériaux de qualité moindre que ceux exigés par la collectivité.

J'attire votre attention qu'une offre manifestement trop basse peut entraîner la tentation de recourir à des réévaluations par voie d'avenant ou de marchés complémentaires, procédures qui seraient alors considérées comme particulièrement abusives. Je vous rappelle qu'un avenant ne doit pas bouleverser l'économie générale d'un marché, ni recouvrir un changement de définition du besoin de la collectivité.

Lorsqu'une collectivité a des doutes sur une offre, elle doit mettre en place, avant toute décision de rejet, une procédure contradictoire avec l'entreprise, pour vérifier les raisons de cette offre particulièrement basse.

Par ailleurs, l'article 10 du code des marchés publics prévoit qu'« afin de susciter la plus large concurrence, et sauf si l'objet du marché ne permet pas l'identification de prestations distinctes, le pouvoir adjudicateur passe le marché en lots séparés dans les conditions prévues par le III de l'article 27.A cette fin, il choisit librement le nombre de lots, en tenant notamment compte des caractéristiques techniques des prestations demandées, de la structure du secteur économique en cause et, le cas échéant, des règles applicables à certaines professions. Les candidatures et les offres sont examinées lot par lot. Les candidats ne peuvent présenter des offres variables selon le nombre de lots susceptibles d'être obtenus. Si plusieurs lots sont attribués à un même titulaire, il est toutefois possible de ne signer avec ce titulaire qu'un seul marché regroupant tous ces lots. Le pouvoir adjudicateur peut toutefois passer un marché global, avec ou sans identification de prestations distinctes, s'il estime que la dévolution en lots séparés est de nature, dans le cas particulier, à restreindre la concurrence, ou qu'elle risque de rendre techniquement difficile ou financièrement coûteuse l'exécution des prestations ou encore qu'il n'est pas en mesure d'assurer par lui-même les missions d'organisation, de pilotage et de coordination. Si le pouvoir adjudicateur recourt à des lots séparés pour une opération ayant à la fois pour objet la construction et l'exploitation ou la maintenance d'un ouvrage, les prestations de construction et d'exploitation ou de maintenance ne peuvent être regroupées dans un même lot. S'il recourt à un marché global, celui-ci fait obligatoirement apparaître, de manière séparée, les prix respectifs de la construction et de l'exploitation ou de la maintenance. La rémunération des prestations d'exploitation ou de maintenance ne peut en aucun cas contribuer au paiement de la construction ».

J'attire votre attention sur le but recherché de l'allotissement : générer la concurrence la plus large. Ainsi, si le pouvoir adjudicateur a la possibilité de fractionner en autant de lots qu'il le souhaite, il doit néanmoins faire reposer son choix sur des considérations objectives.

A cet égard, le juge administratif, lorsqu'il est saisi de contentieux portant sur ce sujet, est amené à considérer de manière souple la détermination du nombre de lots, et de manière plus rigoureuse le choix d'allotir ou non un marché, notamment au regard des économies escomptées ou réalisées.

Enfin, je vous rappelle qu'en ce qui concerne les marchés publics, ne peut participer, ni au débat, ni au vote concernant des marchés publics, sans être passible de poursuites pour prise illégale d'intérêt, un élu, chef d'une entreprise ayant soumissionné.

Cette interdiction est également étendue à l'élu, dont le conjoint, les ascendants ou descendants directs, sont chefs d'une entreprise ayant soumissionné.

De la même manière, il convient de veiller, lorsqu'une commission d'appels d'offres est réunie, qu'aucun de ses membres ne remplit ces conditions.

II. Le paiement des marchés publics.

Le contexte économique actuel a contribué à fragiliser nombre d'entreprises, pour lesquelles le paiement rapide des différents marchés publics est un élément essentiel, voire substantiel, au soutien de leur trésorerie.

a) Les délais de paiement

Le décret n°2002-232 du 21 février 2002, relatif à la mise en oeuvre du délai maximum de paiement dans les marchés publics, encadre strictement la

procédure et le délai global de paiement, du mandatement par la personne publique, contractante au paiement proprement dit par le comptable.

Par ailleurs, l'article 98 2° du code des marchés publics, modifié par le décret 2008-1355 du 19 décembre 2008, a ramené à 30 jours, depuis le 1^{er} juillet 2010, le délai global de paiement d'un marché public.

Le dernier alinéa de cet article 98 prévoit que « **le dépassement du délai de paiement ouvre de plein droit et sans autre formalité, pour le titulaire du marché ou le sous-traitant, le bénéfice d'intérêts moratoires, à compter du jour suivant l'expiration du délai** ».

Il est important de préciser que ces intérêts moratoires sont de droit, que le retard soit imputable à la personne publique, au maître d'œuvre ou au comptable public, et que le défaut d'ordonnancement ou de mandatement de tout ou partie des intérêts moratoires dans un délai de 30 jours à compter du jour suivant la date de mise en paiement du principal entraîne le versement d'intérêts moratoires complémentaires.

L'article 5 du décret 2002-232, sus-mentionné, prévoit que « **le taux des intérêts moratoires est égal au taux d'intérêt de la principale facilité de refinancement appliquée par la Banque centrale européenne à son opération de refinancement principal la plus récente effectuée avant le premier jour de calendrier du semestre de l'année civile au cours duquel les intérêts moratoires ont commencé à courir, majoré de sept points** » tandis que « **le taux applicable aux intérêts moratoires complémentaires est le taux des intérêts moratoires d'origine, majoré de deux points. Ces intérêts moratoires sont calculés sur le montant des intérêts moratoires d'origine et ne sont pas assujettis à la taxe sur la valeur ajoutée** ».

b) Avances et acomptes

L'article 87 du code des marchés publics encadre strictement les avances au titulaire d'un marché.

Ainsi, une avance est accordée au titulaire d'un marché lorsque le montant initial du marché ou de la tranche affermée est supérieur à 50 000 euros HT et dans la mesure où le délai d'exécution est supérieur à deux mois.

Toutefois, cette avance n'est due au titulaire du marché que sur la part du marché qui ne fait pas l'objet de sous-traitance. Le titulaire peut refuser le versement de l'avance.

Ce même article dispose, en son dernier alinéa, que « **le marché peut prévoir le versement d'une avance dans les cas où elle n'est pas obligatoire** ».

Le taux et les conditions de versement de l'avance sont fixés par le marché. Ils ne peuvent être modifiés par avenant.

En outre, ce même article prévoit que :

II. - Le montant de l'avance est fixé, sous réserve des dispositions du III du présent article et de celles de l'article 115 :

1° A 5 % du montant initial, toutes taxes comprises, du marché ou de la tranche affermée si leur durée est inférieure ou égale à douze mois ; si cette durée est supérieure à douze mois, l'avance est égale à 5 % d'une somme égale à douze fois le montant mentionné ci-dessus divisé par cette durée exprimée en mois ;

2° Dans le cas d'un marché à bons de commande comportant un montant minimum supérieur à 50 000 euros HT, à 5 % du montant minimum si la durée du marché est inférieure ou égale à douze mois ; si cette durée est supérieure à douze mois, l'avance est égale à 5 % d'une somme égale à douze fois le montant minimum divisé par la durée du marché exprimée en mois ;

3° Dans le cas d'un marché à bons de commande ne comportant ni minimum ni maximum ou qui comporte un minimum et un maximum fixé en quantité, pour chaque bon de commande d'un montant supérieur à 50 000 euros HT et d'une durée d'exécution supérieure à deux mois, à 5 % du montant du bon de commande si la durée prévue pour l'exécution de celui-ci est inférieure ou égale à douze mois ; si cette durée est supérieure à douze mois, l'avance est égale à 5 % d'une somme égale à douze fois le montant du bon de commande divisé par la durée prévue pour l'exécution de celui-ci exprimée en mois.

Le montant de l'avance ne peut être affecté par la mise en oeuvre d'une clause de variation de prix.

III. - Le marché peut prévoir que l'avance versée au titulaire du marché dépasse les 5 % mentionnés au II.

En tout état de cause, l'avance ne peut excéder 30 % des montants mentionnés au II.

L'avance peut toutefois être portée à un maximum de 60 % des montants mentionnés ci-dessus, sous réserve que le titulaire constitue une garantie à première demande conformément aux dispositions de l'article 90.

IV. - Les dispositions du présent article s'appliquent aux marchés reconductibles, sur le montant de la période initiale et aux marchés reconduits, sur le montant de chaque reconduction.

Mes services restent à votre disposition pour tout renseignement complémentaire dont vous pourriez avoir besoin.



Michel GUILLOT

ACTE REÇU LE
23 FEV. 2011
PRÉFECTURE DE LA MARNE
D. R. C. L.