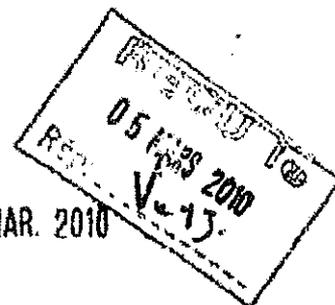




## PREFECTURE DE LA DROME



Valence, le - 4 MAR. 2010

Le Préfet de la Drôme

à

Monsieur le Président du Syndicat Mixte de la  
Bourne et de la Lyonne AvalHôtel de Ville  
26190 St Nazaire en Royans

*- Voir avec  
service des études ?*

DIRECTION DES COLLECTIVITÉS ET DE  
L'UTILITÉ PUBLIQUEBUREAU DE L'INTERCOMMUNALITÉ ET DU  
CONTRÔLE ADMINISTRATIF

AFFAIRE SUIVIE PAR : Claude Roillet

TEL : 04 75 79 28 00 poste 2307

FAX : 04 75 79 28 55

E-Mail : claude.roillet@drome.pref.gouv.fr

Réf : 10/17

**Objet :** Collecteurs de transport d'eaux usées – tronçon 5 – postes de refoulement sur les  
communes de Beauvoir et St Romans

**Réf. :** Dossier de marché public de travaux reçu en préfecture le 8 février 2010

L'examen de ce dossier de marché me conduit à formuler deux observations, l'une relative à la méthode de calcul de la note du critère « prix » pour le jugement des offres, l'autre relative à une disposition du règlement de la consultation qui ne me paraît pas conforme aux règles du choix de l'offre économiquement avantageuse.

### La formule de calcul de la note du critère « prix »

Cette procédure d'appel d'offres ouvert prévoyait que les offres seraient jugées en application de deux critères, la valeur technique de l'offre et le prix, pondérés tous deux à 50%. Son règlement de la consultation détaille en page 11 les modalités de calcul de la note relative au critère « prix ». Cette note résulte de l'application de deux formules, l'une ou l'autre étant utilisée en fonction de la position du montant de l'offre par rapport au montant de l'estimation prévisionnelle.

La logique de ce système conduit à attribuer la note minimale de « 0 » à toute offre dont le montant est au moins de 10% supérieur à l'estimation prévisionnelle, et d'attribuer la note maximale de « 20/20 » à toute offre dont le montant est au moins inférieur de 30% à l'estimation prévisionnelle. Entre ces deux pôles, les formules prévues pour le calcul permettent un étagement de la notation sur une échelle de « 0 » à « 20 ».

Cette méthode de notation appelle deux remarques.

#### a) La référence à l'estimation prévisionnelle dans la formule utilisée

Dans une réponse à une question écrite publiée dans le JO Sénat du 23 août 2007, le ministre de l'Economie interrogé sur le sujet des modalités de choix de l'offre économiquement avantageuse s'exprime en ces termes : « À titre liminaire, il convient de souligner que la méthode utilisée dans l'exemple proposé n'est pas conforme aux dispositions du code des marchés publics, d'une part,

3, boulevard Vauban – 26030 VALENCE Cédex 9 – Téléphone :

**0321 803 026**

Télécopie : 04 75 42 87 55

parce qu'elle aboutit à priver d'efficacité le critère de la valeur technique et parce qu'elle opère une distorsion dans la mise en œuvre du critère du prix en faisant interférer un concept étranger à ce critère, à savoir, l'estimation administrative de la prestation, d'autre part. L'estimation administrative de la prestation doit effectivement jouer un rôle dans la passation d'un marché, mais uniquement pour permettre de choisir le type de procédure à mettre en œuvre et contribuer à l'adoption de l'enveloppe budgétaire qui devra être votée dans le cas des collectivités territoriales mais également pour constituer l'un des repères de détection des offres anormalement basses. En revanche, cette notion d'évaluation administrative n'a aucun rôle à jouer dans l'application des critères de sélection des offres, notamment du critère prix, qui doit donner lieu à une comparaison directe des offres entre elles, le prix le plus bas devant obtenir l'évaluation la plus haute pour l'application du critère prix..../... » (QE n° 00425 JO Sénat 23/08/2007 page 1473)

Bien qu'à ma connaissance cet avis n'ait pas été à ce jour appuyé par une jurisprudence sur ce thème, il me paraît en cohérence avec les principes et les règles de la commande publique dont l'objectif est de garantir une égalité de traitement des candidats et une liberté d'accès à la commande publique. En effet, juger le prix des différentes offres en concurrence en introduisant une référence étrangère aux seuls prix présentés par les différents candidats au marché me semble contrarier le principe d'une libre concurrence dans ce domaine.

#### b) Ces formules ont un potentiel de résultat aberrant

Cette seconde remarque sera largement appuyée par le résultat de l'application de ce système dans le cadre de cette consultation. Je constate en effet qu'en vertu des formules prévues pour le calcul de la note relative au critère du prix, toutes les offres en concurrence ont obtenu la note de « 0 » pour ce critère.

En conséquence, l'utilisation de ces formules a conduit à totalement neutraliser l'effet de ce critère dans cette consultation. Alors qu'il était annoncé avec un poids de 50% dans la note finale, force est de constater qu'il n'a eu aucun effet dans le jugement et le classement des offres, qui n'ont été déterminés que par l'unique critère de la valeur technique des offres.

Non seulement ce système se révèle ainsi contestable, mais il pourrait être jugé comme cause d'une violation des principes de la commande publique, le jugement des offres n'étant en définitive pas conforme aux règles annoncées pour cette consultation. Ce constat pourrait conduire à l'annulation de cette procédure si ce moyen était soulevé à son encontre devant le juge administratif.

#### ■ Une disposition du règlement de la consultation contestable

Le règlement de cette consultation dispose au paragraphe intitulé « Discordance à l'intérieur d'une offre de prix » (pages 11 et 12) : « .../...une analyse de la meilleure offre de base et de la meilleure variante permettra de déterminer l'offre la plus économiquement avantageuse. Le maître d'ouvrage fera son choix parmi les offres les mieux disantes de chaque catégorie : offre de base et offres variantes. » Cette rédaction laisse entendre que le maître d'ouvrage serait libre de choisir entre les offres les mieux disantes à l'intérieur de chaque catégorie, offre de base et offre variante.

Cette disposition ne me paraît pas conforme aux règles posées pour le choix de l'offre économiquement avantageuse par le code des marchés publics, dont l'article 53-III énonce : « Les offres inappropriées, irrégulières et inacceptables sont éliminées. Les autres offres sont classées par ordre décroissant. L'offre la mieux classée est retenue. » En cas de variantes autorisées, il faut considérer que les termes « les autres offres » englobent lesdites variantes.

Dans une fiche technique datée du 9 mars 2007, diffusée sur son site Internet, le Ministère de l'Economie, de l'Industrie et de l'Emploi préconise que « les offres de base et les variantes doivent être classées en utilisant les mêmes critères, soit en classant séparément les offres de base et les variantes, et en comparant la meilleure de chacune de ces propositions, soit en classant ces propositions sans les distinguer au préalable. »

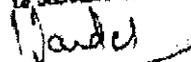
Il ressort donc de ces dispositions législatives et de ces conseils autorisés que lorsqu'une consultation prévoit la possibilité de déposer, outre l'offre de base, une ou plusieurs offres variantes, toutes ces offres doivent être jugées à l'identique en application des règles de jugement des offres prévues pour la consultation. A l'issue de ce jugement, qui se traduit par une notation des offres, ces dernières sont classées, variantes comprises, et c'est l'offre la mieux classée qui est reconnue l'offre économiquement avantageuse.

Toute autre manière de procéder reviendrait à introduire une inégalité de traitement des candidat.

Il m'a paru utile d'attirer votre attention sur ces points qui pourraient devenir source d'insécurité juridique pour les marchés publics que vous êtes amené à passer.

Le Préfet,

Pour le Préfet par délégation,  
Le Secrétaire Général

  
Mario-Paulo BARDECHE