

## **L'ANALYSE DES CANDIDATURES ET DES OFFRES**

La question de l'analyse des candidatures et des offres interroge sur la manière dont le pouvoir adjudicateur appréhende les propositions qui lui sont remises.

Cette question intéresse tous les candidats aux marchés publics, mais elle revêt une signification particulière pour l'avocat, traditionnellement choisi par son client sans dispositif de mise en concurrence préalable et partie à un contrat largement caractérisé par l'*intuitu personae*.

De par ses règles, le code des marchés publics pousse l'acheteur public à « objectiviser » les raisons qui le conduisent à désigner tel ou tel prestataire juridique. Le pouvoir adjudicateur se trouve ainsi encadré dans le cheminement de son analyse et doit respecter un certain nombre d'étapes distinctes et successives.

Schématiquement, il vérifiera tout d'abord l'aptitude des entrepreneurs à exécuter les prestations et pour cela, procédera à l'analyse des candidatures **(I)**, puis, dans un second temps, à celle des offres afin de choisir celle qu'il juge économiquement la plus avantageuse **(II)**.

Cette opération intellectuelle de distinction entre ce qui relève des candidatures et des offres se matérialise parfois sous la forme de deux enveloppes séparées. Mais même dans le cas où le système de la double enveloppe n'est pas obligatoire, comme par exemple dans le cadre de la procédure adaptée (qui concerne la majorité des marchés de services juridiques), le respect de cette chronologie s'impose.

### **I. Analyse des candidatures**

#### **1. Admission/Recevabilité des candidatures**

##### **1.1 Remise de la candidature dans les formes et délais imposés par le règlement de la consultation**

Dans le cas contraire, le pouvoir adjudicateur devra rejeter la candidature. Le juge des référés précontractuels peut sanctionner le fait de retenir une entreprise que le pouvoir adjudicateur aurait dû exclure.

##### **1.2 Interdictions de soumissionner**

L'idée tient à ce qu'un marché public ne peut être confié qu'à une entreprise remplissant des conditions minimales d'honorabilité et de solvabilité. L'administration doit pouvoir acheter en toute confiance.

Les causes d'interdiction :

- Condamnation pénale

- Condamnation pour certaines infractions prévues au code du travail (travail clandestin, travail dissimulé...)
- Liquidation judiciaire (en revanche, les entreprises en redressement peuvent candidater à condition qu'elles soient habilitées à poursuivre leur activité pendant la durée prévisible du marché).
- Situation fiscale et sociale

#### Les éléments à produire :

Les candidats produisent des déclarations sur l'honneur de l'entreprise pour justifier qu'elle n'entre dans aucun des cas donnant lieu à une interdiction de soumissionner.

La fourniture des déclarations sur l'honneur est une condition d'admission de la candidature.

En ce qui concerne l'entreprise qui a été désignée attributaire provisoire (= le candidat pressenti), le contrôle est plus étroit et les déclarations sur l'honneur doivent être complétées par la suite par diverses pièces. Il s'agit notamment des attestations et certificats délivrés par les administrations et organisme compétents prouvant que l'entreprise a satisfait à ses obligations fiscales et sociales.

Faute d'être complétée dans le délai imparti, l'entreprise pressentie est éliminée. L'acheteur public peut alors se tourner vers l'entreprise dont l'offre avait été classée en deuxième position pour lui demander de produire les attestations et certificats nécessaires.

### **1.3 Dossier de candidature complet**

Il s'agit pour le candidat de produire l'intégralité des pièces exigées par le règlement de la consultation (ex : déclaration du chiffre d'affaires, des moyens matériels et humains...)

### **1.4 Régularisation du dossier de candidature**

Afin de limiter les écueils d'un formalisme trop rigide, l'article 52 du CMP offre à l'acheteur public la possibilité de demander aux candidats concernés de produire les pièces qu'ils ont oubliées de joindre à leur dossier de candidature et/ou de compléter ces pièces.

Plusieurs constats s'imposent :

- a. Cette faculté ne concerne que les pièces relatives aux candidatures et non aux offres (mémoire technique, prix...)<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> Concernant les offres, le code offre la possibilité au pouvoir adjudicateur, dans le cadre de certaines procédures (ex : appel d'offres ouvert), de demander des précisions ou des compléments. Toutefois, contrairement au dossier de candidature, il ne s'agit pas de régulariser une offre irrecevable (oubli d'une pièce...). La demande de précision ou de rectification doit être minime

- b. Cette possibilité n'est ouverte que pour les documents liés à la capacité technique ou financière des candidats à exécuter le marché. Elle ne concerne pas les documents permettant à l'entreprise de justifier de sa capacité juridique.
- c. La régularisation du dossier de candidature est soumise à conditions :
- la régularisation doit être effectuée avant l'examen des candidatures,
  - l'administration doit imposer un délai identique à tous les candidats qui ne saurait dépasser 10 jours,
  - l'administration doit informer tous les candidats de la possibilité de compléter leur candidature.

## **2. Sélection des candidatures**

### **2.1. Le moment de la sélection**

Lorsque les conditions d'accès à la commande publique sont remplies, la phase de sélection des candidatures peut commencer.

### **2.2. Quels critères ?**

Selon l'article 52 du CMP les candidatures sont examinées au regard des **niveaux de capacités professionnelles, techniques et financières**.

Cet examen de capacité doit être effectué au regard des justificatifs exigés des candidats dans l'avis d'appel public à la concurrence.

Il s'agira, par exemple, d'exiger un chiffre d'affaires minimum ou encore, un nombre minimum de personnels d'encadrement...

En tout état de cause, ces niveaux de capacité ne doivent pas être eux-mêmes discriminatoires. Partant, ils devront être liés et proportionnés à l'objet du marché.

### **2.3. Doit-on indiquer dans les avis de publicité des niveaux minimaux de capacité ?**

L'article 52 du CMP dispose que les candidatures sont examinées au regard des niveaux de capacités professionnelles, techniques et financières mentionnées dans l'avis d'appel public à la concurrence ou, s'il s'agit d'une procédure dispensée de l'envoi d'un tel avis, dans le règlement de la consultation.

La question de savoir si les avis de publicité devaient expressément mentionner des « niveaux minimaux de capacité » a donné lieu à décisions divergentes de la part de différents TA.<sup>2</sup>

---

<sup>2</sup> Depuis la tenue du colloque au mois de juin 2008, le Conseil d'Etat a tranché ce débat en indiquant que le pouvoir adjudicateur n'est pas tenu « de préciser dans les avis d'appel public à la concurrence des niveaux minimaux de capacités professionnelles, techniques et financières exigés des candidats » (CE, 8 août 2008, « Commune de Nanterre », req. n° 309136).

## **2.4. Problématique spécifique à la profession d'avocat : la question du périmètre du droit**

Me COLLET a déjà évoqué la question du « périmètre du droit » et les difficultés que celle-ci pose dans le cadre des marchés publics de services juridiques (TA Paris, ord. 27 juillet 2007, « Palmier et Rayssac », req. n° 0710469 ; TA Besançon, 28 février 2008, « Maître Chanlair », req. n°0600368).

Rappelons pour mémoire qu'en substance, la loi du 31 décembre 1971 modifiée portant réforme de certaines professions judiciaires et juridiques réserve certaines prestations juridiques (la consultation et la rédaction d'actes sous seing privé) à un nombre limitatif de prestataires (au nombre desquels les avocats, mais pas seulement).

Il s'agit donc de la capacité des candidats à délivrer le conseil juridique, capacité qui se trouve limitée aux seuls prestataires autorisés par la loi du 31 décembre 1971.

Au stade de l'analyse des candidatures, il est donc fortement recommandé au pouvoir adjudicateur de vérifier que le candidat figure bien au nombre des catégories de personnes autorisées par la loi de 1971 à donner des consultations juridiques ou à rédiger des actes sous seing privé. L'arrêté du 28 août 2006 (qui fixe la liste des documents pouvant être demandés aux candidats) offre la possibilité de s'en assurer. Son article 2 dispose en effet que *« lorsque les candidats ont besoin d'une autorisation spécifique ou doivent être membres d'une organisation spécifique pour pouvoir fournir dans leur pays d'origine le service concerné, le pouvoir adjudicateur peut leur demander de prouver qu'ils possèdent cette autorisation ou qu'ils appartiennent à cette organisation. »*

## **II. Analyse des offres**

### **1. Les critères de choix**

Selon l'article 53 du CMP :

*« 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. »*

---

En matière de services juridiques, parmi les critères que l'on retrouve fréquemment figurent la valeur technique de l'offre et le prix.

Le critère de la **valeur technique** est un critère subjectif. Dans un souci du respect des principes d'égalité de traitement des candidats et de transparence, il nécessite donc d'être précisé dans le règlement de la consultation

La valeur technique sera généralement appréciée au regard de la note méthodologique remise par le cabinet. Afin de renseigner les candidats sur ce qu'il est attendu d'eux et de rendre les offres plus facilement comparables, l'acheteur public peut préciser les points à développer dans la note méthodologique (mesures prévues pour le respect des délais, méthode de travail proposée...).

A l'inverse, le **prix** est un critère objectif.

Le pouvoir adjudicateur doit cependant veiller à ne pas prévoir des modalités de notation contraires au principe d'égalité de traitement des candidats.

Ex : critère prix noté sur 10 et selon le principe suivant :

- 10 points pour les prix inférieurs à 10 000 euros,
- 5 points pour les prix compris entre 10 000 et 15 000 euros,
- 2 points au-delà de 15 000 euros.

Une telle notation a notamment pour effet de placer sur pied d'égalité toute proposition de prix inférieure à 10 000 euros sans tenir compte des écarts de prix.

### **Remarque sur la question du prix dans les marchés de services juridiques :**

Pour les marchés de services juridiques, plusieurs modalités sont envisageables :

#### Un marché à prix global et forfaitaire :

Ce système est adapté à des missions précisément définies et dont la consistance n'est pas (ou peu) susceptible de varier (assistance à la passation d'un contrat, assistance à la création d'une structure intercommunale...).

Ce système est *a priori* moins adapté à des prestations annuelles de conseil ou de contentieux dont la quantité n'aurait pas été précisément définie au préalable. Les candidats peuvent en effet difficilement s'engager sur un prix si les collectivités ne précisent pas l'étendue de leurs besoins (nombre de consultations prévisionnelles, degré de complexité de la consultation...).

Si l'étendue de ces besoins n'est pas précisée, il est conseillé aux candidats de faire une demande de renseignements complémentaires au pouvoir adjudicateur (CMP, art. 57 et 62).

#### Un marché à prix unitaire :

Les prix unitaires sont « *appliqués aux quantités réellement livrées ou exécutées* » (CMP, art.17). Le prix de la prestation est connu, mais les quantités à payer ne sont indiquées que de façon prévisionnelle. Le montant définitif du marché ne peut donc être déterminé qu'à la fin du marché.

Par ailleurs lorsque l'acheteur public n'est pas certain du rythme ou de l'étendue des besoins à satisfaire, il peut être utile de recourir à des marchés à bons de commande (CMP, art.77 : « *Un marché à bons de commande est un marché conclu avec un ou plusieurs opérateurs économiques et exécuté au fur et à mesure de l'émission de bons de commande.* »)

## **2. L'examen des offres**

### **2.1 L'obligation d'éliminer les offres inappropriées, irrégulières et inacceptables**

Une offre est inappropriée lorsqu'elle apporte une réponse sans rapport avec le besoin du pouvoir adjudicateur.

Une offre est irrégulière lorsqu'elle est incomplète ou ne respecte pas les exigences formulées dans l'avis de publicité ou le règlement de la consultation.

Une offre est inacceptable lorsque :

- soit elle prévoit des conditions d'exécution illégales,
- soit elle dépasse trop largement l'estimation financière du pouvoir adjudicateur (à condition que ladite estimation soit réaliste).

### **2.2 La possibilité de demander aux candidats des précisions sur leur offre**

Pour les procédures d'appel d'offres, il est possible de demander aux candidats de préciser ou de compléter la teneur de leur offre (CMP, art. 59 et 64).

Cela étant, ces demandes de précisions ou de compléments ne doivent pas aboutir régulariser *a posteriori* des offres inappropriées, irrégulières ou inacceptables.

### **2.3 Les variantes**

Il s'agit de modifications proposées par le candidat par rapport au projet de base établi par l'administration. Il s'agit généralement de variantes techniques, mais il peut également s'agir, par exemple, de variantes financières.

Plusieurs conditions doivent être respectées pour que des variantes puissent être examinées :

- les documents de la consultation doivent autoriser le dépôt de variantes,
- les documents de la consultation doivent préciser les exigences minimales (au regard des cahiers des charges) que les variantes doivent respecter,
- les documents de la consultation doivent préciser les modalités de présentation des variantes,
- les variantes doivent être déposées avec l'offre de base.

Philippe BOISSET