

2.8. Déroulement de la procédure: analyse des candidatures et des offres

2.8.1. Examen des candidatures

Les critères de capacité demandés lors des candidatures ne peuvent pas être repris dans les critères utilisés pour les critères de jugement utilisés pour le(s) choix des offres.

Il est impératif que l'acheteur public dispose d'informations fiables et pertinentes. Il ne faut pas laisser à la seule initiative des entreprises la transmission des informations recherchées, en effet, elles auront tendance à ne donner que les renseignements favorables. Cette recherche d'informations doit dépendre d'une démarche de l'acheteur public et être imposée par le règlement de la consultation ou l'avis d'appel public à la concurrence.

L'acheteur public demandera les informations les plus pertinentes pour analyser les candidatures (liste fixée par arrêté interministériel).

Les critères de base du CMP relatifs aux candidatures relevant de l'article 52 du CMP concernent les garanties professionnelles (expérience, savoir-faire, respect des directives pharmaceutiques, sécurité des produits, taille de l'entreprise, moyens techniques, audit, curriculum- vitae) et les garanties financières (chiffre d'affaires, capital, compte de résultats...).

A titre d'exemple :

I) Analyse de la déclaration du candidat (DC5 et DC6) :

- montant du capital ;
- chiffre d'affaires ;
- bénéfices réalisés ; (l'acheteur public peut compléter l'information nécessaire par la consultation de banques de données adéquates.)
- progression d'activité et du chiffre d'affaires...

II) Analyse des capacités techniques :

- expérience par rapport à l'objet du marché, on utilise les références internes (prestations similaires réalisées dans le passé pour l'organisme de l'acheteur public) et les références externes (prestations réalisées pour d'autres organismes que celui de l'acheteur public) ;
- certificats de qualification professionnelle ;
- système qualité ;
- liste des points de fabrication et/ou de distribution ;
- moyens techniques et humains dont dispose le candidat ;
- organisation du service après vente...

III) Analyse du suivi des fournisseurs

Il est recommandé à l'acheteur public d'établir un suivi de la qualité du fournisseur (services, produits...), lequel viendra compléter les informations transmises dans la première enveloppe (matériorivigilance, analyse de délais de livraison...).

2.8.2. Examen des offres

L'acheteur public, pour faire l'analyse des offres devra utiliser les critères fixés dans l'avis d'appel public à la concurrence et le règlement de la consultation.

Les critères de base concernant les offres des candidats sont rappelés à l'article 53 du CMP. Ils doivent être hiérarchisés dans le règlement de la consultation.

Il s'agit essentiellement de leur valeur technique, de leur coût d'utilisation, de l'assistance technique, des délais de livraison et sécurité d'approvisionnement et du prix des prestations.

La valeur technique de l'offre sera appréciée en exploitant les documents, informations et références transmis par le candidat, ou en demandant qu'une démonstration et/ou des essais soient effectués.

Le coût d'utilisation comprend tous les coûts directs et indirects concernant le traitement, l'utilisation et la chaîne logistique.

Le délai de livraison ou la sécurité d'approvisionnement peut être un critère déterminant pour des achats tels que les produits pharmaceutiques qui ont des exigences particulières vis à vis de leur destination : urgence des soins imposant une disponibilité du fournisseur, assistance rapide, etc...

S'agissant du prix, des précisions peuvent être demandées au candidat si l'offre n'est pas suffisamment claire et en particulier si l'offre apparaît anormalement basse ou en cas de discordance entre le montant du marché d'une part et les éléments ayant contribué à la détermination du prix d'autre part (prix unitaires, décomposition de prix forfaitaire).

Ces critères doivent se rattacher bien évidemment à l'objet du marché ou ses modalités d'exécution et respecter les principes généraux du droit (libre concurrence, égalité des candidats, transparence, efficacité de la dépense publique) prévus par le CMP et le code du commerce.

D'autres critères peuvent être utilisés par l'acheteur public. Il devront être indiqués dans le règlement de la consultation ou le C.C.A.P, C.C.T.P ou le C.C.P si nécessaire (par exemple : prestations associées en relation avec l'objet du marché).

2.8.2.1. Conformité technique

Avant de juger la qualité des offres selon les critères de jugement hiérarchisés et publiés, la CAO, au vu du rapport technique qui lui est proposé, examine la conformité des offres au CCP publié. Seules les offres conformes sont gardées pour être jugées selon les critères de jugement.

2.8.2.2. Jugement des offres

Il se fait selon l'ordre des critères ; la valeur technique sera le premier critère et comprendra l'analyse des valeurs ajoutées de chaque candidat sur le plan technique et notamment au vu des résultats d'essais et des tests utilisateurs.

la notion de coût d'utilisation qui permet de prendre en compte l'ensemble économique de l'offre, sera le deuxième critère.

Le délai de livraison et la sécurité d'approvisionnement, service après vente... pourront être analysés en troisième critère. Le prix sera souvent le dernier critère.

La CAO s'appuie sur les propositions du dossier technique établi par le ou les pharmaciens après avis de la CMDMS qui doit faire apparaître une synthèse claire sur chaque critère par candidat, pour l'offre de base d'une part et la variante d'autre part.

2.8.2.3. Rabais - Unités gratuites - Offre à valeur 0

Au regard du droit de la concurrence, la pratique consistant, pour des entreprises, à proposer des prix nuls ou des unités gratuites n'est pas, en soi, interdite.

Selon le Conseil de la Concurrence, "le droit de la concurrence n'interdit pas que, pour pénétrer des marchés nouveaux, des entreprises consentent des efforts, parfois importants, en matière de prix et de services, éventuellement jusqu'à une marge nulle, voire négative, et répartissent les pertes et les profits qu'elles retirent entre les différents marchés qu'elles obtiennent" (avis n° 96-A-08 du 2 juillet 1996).

Exemples de comportements des entreprises :

- Si la pratique incriminée vise en réalité à conditionner la fourniture de certains produits, à prix quasi nul, et non substituables, à l'achat d'autres produits, substituables, à un prix relatif élevé, le Conseil de la Concurrence peut être saisi. C'est ainsi que, dans sa décision n° 96-D 12 en date du 5 mars 1996 relative aux pratiques mises en œuvre par la société Lilly France dans le secteur des spécialités pharmaceutiques destinées aux hôpitaux, le Conseil de la Concurrence, se basant sur l'abus de position dominante, a sanctionné une pratique consistant à coupler l'octroi de remises tarifaires sur des spécialités dont l'entreprise détenait le monopole (en particulier le Dobutrex®) à l'engagement d'acheter simultanément d'autres produits (et notamment la Vancomycine) ; le Conseil relevait que "cette remise de couplage entre les achats de Dobutrex® et de Vancomycine avait pour objet et a eu pour effet de dissuader les pharmacies d'établissements hospitaliers de s'adresser à des entreprises concurrentes pour obtenir séparément de la Vancomycine, alors que les prix moyens pratiqués [par d'autres sociétés]... étaient devenus [plus bas que ceux de la société Lilly]".

- En revanche, si la pratique ne vise qu'à capter un marché aval, les seules dispositions de l'article 10-1 de l'ordonnance n° 86-1243 du 1^{er} décembre 1986 relative à la liberté des prix et de la concurrence, suivant lesquelles "Sont prohibées les offres de prix ou pratiques de prix de vente aux consommateurs abusivement bas par rapport aux coûts de production, de transformation et de commercialisation, dès lors que ces offres ou pratiques ont pour objet ou peuvent avoir pour effet d'éliminer d'un marché ou d'empêcher d'accéder à un marché une entreprise ou l'un de ses produits", ne peuvent s'appliquer, l'hôpital ne pouvant être assimilé à un consommateur. C'est l'analyse qui peut être déduite d'un arrêt de la Cour d'Appel de Paris du 3 juillet 1998 "S.A. Société moderne d'assainissement et de nettoyage C/ S.A. Monin Ordures Services" concernant un syndicat intercommunal, arrêt dans lequel la juridiction a relevé que "le consommateur est la personne physique ou morale qui, sans expérience particulière dans le domaine où elle contracte, agit pour la satisfaction de ses besoins personnels et utilise dans ce seul but le produit ou le service acquis ; qu'en l'espèce [...] le SITOM est intervenu pour subdéléguer une mission de service public confiée aux communes et pour satisfaire, non ses propres besoins, mais ceux des habitants des communes syndiquées ; qu'il s'ensuit que le SITOM n'est pas un consommateur au sens de l'article 10-1 susvisé qui n'est donc pas applicable..."

2.8.2.4. Offre anormalement basse

Une offre présentée par une entreprise peut être qualifiée "d'anormalement basse" ou de "prédatrice" si son prix, dans l'objectif d'éliminer les autres offres en présence, ne correspond pas à une réalité économique. Le choix d'une telle offre peut s'avérer néfaste pour l'acheteur public : l'entreprise peut se retrouver dans l'incapacité d'exécuter le contrat, ou demander, par le biais d'avenants, un relèvement important de prix. Mais une entreprise peut légitimement, dans le respect des règles de concurrence, proposer un prix plus bas que ceux de ses concurrents, du fait par exemple d'une structure de coûts différente, d'une innovation particulière ou d'une politique commerciale dynamique. Des offres basses ne sont pas nécessairement anormales.

Les règles communautaires prohibent formellement l'application de critères quantitatifs et automatiques d'élimination de prix aberrants : c'est ainsi que les directives en matière de marchés publics n'autorisent l'élimination de telles offres qu'après un examen écrit et contradictoire avec l'entreprise, de même, la jurisprudence de la cour européenne de justice a censuré de tels mécanismes (en particulier dans l'arrêt de principe Fratelli Costanzo contre Commune de Milan du 22 juin 1989).

En outre, le Conseil de la Concurrence a considéré qu'une offre ne saurait être qualifiée "d'anormalement basse" par seule référence aux autres "offres" car une telle référence n'aurait aucun lien avec la compétitivité réelle de l'entreprise, qui dépend notamment de la structure de ses coûts, de sa productivité, de sa compétence technique et de sa santé financière.

Pour rejeter une offre présumée anormalement basse, l'acheteur public devra inviter par écrit l'entreprise qui en est à l'origine à justifier des éléments de cette offre.

Les décisions de rejet de ces offres devront être motivées tandis que l'acheteur public, en cas de doute sur une offre, pourra saisir pour avis la commission consultative régionale de l'achat public.

Ce n'est qu'après examen des éléments justificatifs de cette offre que l'acheteur public prendra la décision d'accepter ou de rejeter cette offre.

2.8.3. Spécimens

Il peut être prévu dans un marché de fournitures courantes la remise de produits pour essais, spécimens ainsi que de la documentation technique afin que l'acheteur public puisse procéder au meilleur achat.

Toutefois il apparaît indispensable de fournir quelques précisions sur cette notion.

L'acheteur public peut exiger la fourniture de produits pour essais et de spécimens à condition de l'avoir expressément prévue dans le règlement de la consultation et dans l'avis d'appel public à la concurrence. Leurs modalités de transmission et de renvois, s'il y a lieu, sont également indiquées dans le règlement de la consultation.

L'acheteur public devra préciser les conditions financières des fournitures des produits pour essais et documentation technique.

Ils visent à satisfaire trois préoccupations de l'acheteur public :

- 1) Examiner concrètement le rapport qualité- prix de chacune des offres reçues ;
- 2) Les utiliser comme témoin lors de la livraison du produit ;
- 3) Conserver plusieurs exemplaires de ces produits si les essais comparatifs effectués lors de la livraison sont de nature à altérer ou à détruire le témoin.

Cependant ces produits pour essais, ces spécimens et ces documentations techniques ne doivent pas constituer une entrave au bon déroulement de la procédure de mise en concurrence. Ceux-ci par exemple doivent parvenir avant la date limite des offres ou toute date précisée compatible avec la date des offres. Ils sont envoyés par la poste en recommandé ou remis par tout moyen approprié permettant d'établir leur dépôt, leur destination et leur traçabilité.

Leur examen doit s'effectuer conformément aux caractéristiques techniques définies dans le règlement de la consultation.

En outre, afin d'assurer la transparence, l'acheteur public doit faire connaître ses intentions concernant la remise de ces spécimens et de ces produits pour essais, c'est à dire que leur nombre doit être proportionné avec l'objectif de procéder au meilleur choix et compatible avec les spécificités techniques du produit.

En appel d'offres ouvert, les produits pour essais et spécimens éventuellement restants seront repris par les entreprises en cas de candidatures non retenues.

2.8.4. Variantes

(Articles 50 et 53-V du CMP issus du décret n° 2001-210 du 7 mars 2001).

Une variante est la possibilité laissée aux candidats à un marché public de proposer des offres dont les spécifications sont modifiées ou différentes de celles prévues par le cahier des charges de la personne publique.

La variante se définit donc comme une possibilité offerte aux candidats de modifier de manière plus ou moins grande les caractéristiques des prestations décrites dans le cahier des charges. Le principe posé par le CMP est celui de la liberté de proposer des modifications des spécifications des prestations décrites dans le cahier des charges, voire d'autres spécifications.

Toutefois, ce principe de liberté comporte des limites. Ces limites sont celles que pose librement l'acheteur public dans le règlement de la consultation. Le règlement de la consultation définit ces limites en précisant les spécifications du cahier des charges qui sont considérées comme intangibles.

Cette possibilité est offerte dans les procédures d'appel d'offres ou de mise en concurrence simplifiée. Dans le cadre de la procédure de marché négociée, la possibilité de proposer une variante est toujours ouverte, elle résulte de la négociation.

La comparaison des offres s'opère séparément. La CAO examine d'abord les offres de base puis elle les classe. Elle examine les variantes et elle les classe.

Elle procède ensuite à une ultime comparaison entre l'offre de base la mieux classée et l'offre variante la mieux classée et la personne responsable du marché choisit l'offre économiquement la plus avantageuse (offre de base plus éventuellement variante).

S'agissant des spécifications des cahiers des charges, il résulte des termes mêmes du CMP qu'elles peuvent être très diverses. Elles ne se limitent pas en tout état de cause aux seules spécifications techniques

Remarque : La variante est une possibilité donnée par la personne publique au fournisseur. L'option est une décision de la personne publique comportant une obligation de réponse du fournisseur.