

## Fiche d'information

### Fiabilité du prix selon l'art. 29 al. 1 LMP

#### Phase de la procédure d'acquisition concernée:

*Cette fiche d'information ne concerne que les marchés publics fondés sur l'AIMP.*

*Phase: appel d'offres, fixation et fiabilité des critères d'adjudication dans la procédure cantonale et communale.*

Pour les adjudicateurs dont les marchés se basent sur le droit fédéral (LMP), le catalogue légal des critères d'adjudication (art. 29 al. 1 LMP) propose une nouveauté dans le sens où l'évaluation du prix offert peut également s'accompagner d'une évaluation de la **fiabilité** du prix. Outre le prix normal, la «fiabilité du prix» doit être prise en compte comme valeur de pondération dans le calcul de la note. Objectif: empêcher les prix dumping suivis de demandes de paiement complémentaire ou de coûts subséquents pour les adjudicateurs.

A l'inverse, l'AiMp a **sciemment** adopté à l'unanimité l'AIMP révisé **sans le critère d'adjudication de la «fiabilité du prix»** lors de l'assemblée plénière spéciale du 15 novembre 2019 à Berne. Ce critère n'est **par conséquent pas disponible dans les procédures cantonales et communales**. La présente fiche d'information présente les raisons et les alternatives.

#### De quoi s'agit-il?

Dans la pratique des marchés, il arrive régulièrement qu'une **offre au prix très bas** remporte et doive remporter le marché, parce qu'elle est la mieux placée de toutes les offres, compte tenu de la pondération du prix dans l'appel d'offres. Souvent les adjudicateurs sont ensuite confrontés, lors de l'exécution de l'offre, à des **coûts subséquents** élevés et inattendus ou des demandes de paiement complémentaire de ce soumissionnaire.

Au **niveau fédéral**, le Parlement a voulu tenir compte de ces expériences pratiques dans le cadre de la révision de la loi et a par conséquent adjoint ce critère de la fiabilité du prix au critère d'adjudication du prix. Cela doit permettre aux services adjudicateurs de la Confédération de soumettre les offres de prix «irréalistes» à un examen critique et de pouvoir **corriger** l'évaluation de l'offre dans cette perspective.

Au **niveau cantonal**, l'AiMp estimait en revanche à l'unanimité que ce nouveau critère d'adjudication créé par le Parlement fédéral était inutile et s'accompagnait de difficultés de mise en œuvre tant juridiques que pratiques et n'était pas compatible avec la nouvelle culture de l'adjudication ainsi qu'avec l'objectif consistant à simplifier autant que possible les marchés publics. Il est donc également exclu d'introduire ce critère dans le cadre de la législation d'adhésion cantonale (cf. art. 63 al. 4 AIMP).

#### Raisons qui s'opposent à la fiabilité du prix comme critère d'adjudication

- Les indications non plausibles dans l'offre, pertinentes en termes de prix, p. ex. une position nulle ou anormalement basse dans le cahier des charges peuvent entraîner une exclusion, lorsque le soumissionnaire n'est pas en mesure de fournir une explication correspondante et qu'il faut supposer une modification des documents d'appel d'offres (art. 38 al. 3 en relation avec l'art. 44 al. 2 let. c LMP/AIMP).
- Dans le sens d'une obligation de contrôle induite par la nouvelle LMP / le nouvel AIMP, les services adjudicateurs doivent s'assurer dans chaque procédure d'adjudication que les conditions de participation sont respectées par les soumissionnaires et exclure systématiquement les **offres déloyales** (p. ex. suite au non-respect des dispositions de la CCT) de la procédure d'adjudication (art. 12 et 26). Il en va de même des **sous-enchères**, c.-à-d. des offres de prix inférieures aux frais d'acquisition, si ceux-ci sont «obtenus» en ne respectant pas des prescriptions contraignantes (exclusion).
- Avec l'application du critère d'adjudication «plausibilité de l'offre» (cf. ci-dessous) – également disponible sur la base de l'AIMP –, les informations non plausibles se traduisent par une **évaluation plus mauvaise dans la notation**. Cela peut également concerner les indications de prix ou les parties de l'offre en relation avec le prix, de sorte qu'un critère similaire supplémentaire est inutile et que la clarification des relations entre ces critères peut être omise. La délimitation dans une évaluation concrète dans la procédure serait difficile pour les adjudicateurs et recèlerait un risque d'erreur.

- Les soumissionnaires sont en principe libres dans leur calculation. Selon la jurisprudence actuelle du Tribunal fédéral, une offre basse ne peut pas être moins bien évaluée que des offres plus élevée uniquement en raison de son prix, p. ex. au motif qu'un prix offert serait trop bas, peu plausible ou pas sérieux. Il y a donc une grande incertitude quant à la manière dont les adjudicateurs pourraient mettre en œuvre ce contrôle de la plausibilité du prix dans la procédure d'adjudication. A cet égard, se pose également la question de savoir comment un adjudicateur pourrait en outre vérifier la plausibilité du calcul du prix (interne) du soumissionnaire pendant la procédure. Les **difficultés pratiques** et la **charge de travail** pour les adjudicateurs plaident clairement contre ce critère.
- Selon la doctrine et la jurisprudence (actuelles), il est interdit d'évaluer les prix à l'aide d'une courbe en cloche qui atteint le nombre de point maximal à un certain prix moyen ou idéal et entraîne en revanche des déductions de points, lorsque les prix sont plus élevés ou plus bas. Le sérieux et la qualité d'une offre doivent s'exprimer **dans le cadre des critères d'adjudication qualitatifs** (et non par le prix). Cela restera sans doute également valable avec le nouveau droit, de sorte que les adjudicateurs s'exposeraient inutilement à des **risques de recours** avec le critère de la fiabilité du prix.
- Les adjudicateurs de la Confédération n'ont **pas encore de solution définitive** pour mettre ce critère en œuvre de façon légale et pratique. Des modèles d'évaluation doivent être évalués dans des **projets pilotes** choisis **de la Confédération**, pour que des propositions concrètes concernant la gestion du critère puissent être formulées en pratique.
- Avant la révision du droit des marchés publics au milieu des années 1990, des «sous-enchères» pouvaient être exclues de la procédure grâce à une méthode de la valeur moyenne développée par l'administration. Cette pratique a cependant été abandonnée parce qu'elle intervenait trop fortement dans la **liberté économique des soumissionnaires** et qu'elle avait en outre entraîné de **nombreux recours** en raison des difficultés d'application. Ces expériences ne devraient pas se répéter aujourd'hui.
- Les adjudicateurs devraient avoir du mal, dans le cadre des entretiens de debriefing

après l'adjudication, à expliquer à un soumissionnaire perdant ayant proposé l'offre au prix le plus bas, mais de qualité comparable, pourquoi il s'est vu déduire des points à cause d'un manque de «fiabilité» et pourquoi un soumissionnaire au prix plus élevé à obtenu l'adjudication (**manque de transparence**).

- En raison de la vérification séparée de la plausibilité du prix, les soumissionnaires pourraient être contraints de ne plus calculer au plus juste, faute de quoi ils risqueraient des déductions de points. Une telle pratique de l'adjudication entraînerait des **pertes d'efficience** et constituerait un **frein à l'innovation**. C'est en contradiction avec la **nouvelle culture de l'adjudication** qui vise davantage de durabilité, de course à l'excellence et d'innovation sur les marchés publics.
- Pour finir, il reste à souligner que les autorités suisses (autorités fiscales, autorités de la concurrence, etc.) ainsi que les organes d'exécution de la CCT surveillent relativement étroitement les entreprises suisses. Etant donné que les soumissionnaires qui l'emportent auprès des pouvoirs publics sont presque toujours des entreprises suisses, le critère d'évaluation «fiabilité du prix» **affecterait** en définitive **principalement des entreprises suisses** (notamment par le biais de la charge administrative). Le cas échéant, celles-ci seraient ainsi dissuadées de participer à des procédures d'adjudication publiques, ce qui limiterait le choix et la concurrence, au détriment des adjudicateurs publics.

#### Légalité et pertinence

Pour autant que le critère d'adjudication «fiabilité du prix» vise à protéger les soumissionnaires locaux contre la concurrence étrangère, il n'a pas sa place sur les **marchés soumis aux traités internationaux**. Un tel critère d'adjudication enfreindrait notamment les principes du traitement national et de la non-discrimination.<sup>1</sup>

Ce critère ne serait donc **pertinent que sur le marché intérieur et pour les marchés inférieurs aux valeurs seuils**, p. ex. dans les procédures sur invitation des communes. Or c'est précisément là que les procédures ne devraient pas être compliquées par une charge disproportionnée pour les autorités et les soumissionnaires et des incertitudes juridiques, mais être aussi faciles à gérer que possible.

<sup>1</sup> TRÜEB/ZOBL, Prise en compte de différents niveaux de prix pour les marchés publics, expertise juridique à l'intention de la DTAP du 11 mars 2020, Cm 58 ss.

### Aucune marge de manœuvre pour le droit d'exécution cantonal

L'art. 63 al. 4 AIMP permet aux cantons d'édicter des dispositions d'exécution, en particulier pour les art. 10, 12 et 26 AIMP. Les «dispositions d'exécution» sont des normes de nature organisationnelle, exécutoire ou concrétisante. Les dispositions d'exécution ne doivent pas établir de nouvelles clauses qui restreignent les droits des destinataires ou leur imposent de nouvelles obligations. Les cantons ont donc **interdiction** d'intégrer des critères d'adjudication supplémentaires (généraux et abstraits), par exemple celui de la fiabilité du prix, par le biais du droit d'exécution.<sup>2</sup>

### Meilleures alternatives, p. ex. CA «plausibilité de l'offre»

La LMP révisée / l'AIMP révisé contiennent d'autres possibilités et instruments pour atteindre l'objectif de la fiabilité du prix, p. ex. les suivants:

- selon le nouveau droit des marchés publics, il est expressément autorisé de plausibiliser et d'évaluer la prestation proposée (pas uniquement le prix) dans le cadre du critère d'adjudication **«plausibilité de l'offre»**. Pour la pratique, cela signifie par exemple que l'**estimation de la charge horaire** dans l'offre peut être **contrôlée et vérifiée** soit avec une prévision de qualité individuelle ou par une comparaison avec les offres des concurrents ou l'estimation interne de la charge du service adjudicateur (cf. à ce sujet ATF 143 II 553, consid. 7.5.2). Si la plausibilité de l'offre doit être évaluée, le dossier d'appel d'offres doit indiquer en plus de la pondération de ce critère d'adjudication les modalités concrètes de cette évaluation.
- Les coûts totaux du projet de la planification jusqu'à l'élimination peuvent en outre être évalués avec le critère d'adjudication **«coûts du cycle de vie»**.
- En cas de suspicion de **sous-enchères**, les services adjudicateurs ont une nouvelle obligation de clarification (art. 38 al. 3 LMP/AIMP).
- Il appartient donc à l'adjudicateur de décider s'il procède à une **rectification** (art. 39 LMP/AIMP) ou à une évaluation directe, lorsque des informations ne semblent pas plausibles. Si les investigations effectuées révèlent qu'une offre particulièrement basse présente en effet des lacunes, que des prescriptions sont enfreintes ou qu'il faut partir du principe que la fourniture de prestations

exigée n'est pas garantie au prix offert, le soumissionnaire est exclu de ce fait (et pas à cause du prix bas ou de son manque de «fiabilité») (cf. ATF 143 II 553, consid. 7.1).

Par rapport à ces possibilités licites et pratiques de plausibilisation globale de l'offre, le critère d'adjudication de la fiabilité du prix n'apporte donc **aucune valeur ajoutée**, mais se traduit au contraire par des difficultés de délimitation. Les adjudicateurs possèdent des instruments pour clarifier les offres non plausibles et pour les exclure, le cas échéant.

<sup>2</sup> Expertise TRÜEB/ZOBL, Cm 3 s. et 92 ss.