

Fiche d'information

Niveaux de prix selon l'art. 29 al. 1 LMP

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.

Le critère d'adjudication «différents niveaux de prix» ajouté par le Parlement fédéral à l'art. 29 al. 1 LMP a pour but de protéger les soumissionnaires locaux contre la concurrence étrangère.

Pour les raisons détaillées ci-après, les cantons n'ont sciemment pas intégré le critère d'adjudication «différents niveaux de prix» dans l'AIMP. Les centrales d'achat cantonales et communales disposent d'autres instruments afin de tenir compte notamment des besoins des petites et moyennes entreprises (PME).

De quoi s'agit-il?

Le critère d'adjudication «différents niveaux de prix» vise à renforcer ou à protéger les **entreprises suisses** contre la concurrence étrangère dans la guerre des prix autour des marchés publics. C'est la raison pour laquelle les différents niveaux de prix des soumissionnaires locaux et étrangers doivent être pris en compte et, le cas échéant, corrigés dans le cadre de l'évaluation des offres dans la procédure d'acquisition. L'inégalité de traitement entre soumissionnaires locaux et étrangers qui en résulte n'est pas jugée **compatible** avec les **traités internationaux** des marchés publics¹. Dans les marchés publics sur le **marché intérieur** (en dehors des marchés soumis aux accords internationaux), le niveau des prix (ou l'indicateur économique correspondant) peut en revanche être évalué dans les pays dans lesquels la prestation est fournie.

Au **niveau fédéral**, le Parlement voulait tenir compte de cette question dans la cadre de la révision de la loi, raison pour laquelle il a intégré dans le catalogue des critères d'adjudication selon l'art. 29 al. 1 LMP la possibilité pour les adjudicateurs de **prendre en compte les diffé-**

rents niveaux de prix dans les pays, les engagements internationaux de la Suisse demeurant réservés.

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.

Par conséquent, l'**AiMp** a adopté à l'unanimité l'AIMP révisé sans ce critère d'adjudication lors de l'assemblée plénière spéciale du 15 novembre 2019 à Berne. La proposition d'un canton visant à compléter l'art. 29 al. 1 AIMP avec une remarque relative aux différents niveaux de prix étrangers a été **expressément rejetée**. Il est donc également exclu d'introduire ce critère dans le cadre de la législation d'adhésion cantonale (cf. art. 63 al. 4 AIMP)².

Raisons qui plaident contre la prise en compte des différents niveaux de prix dans les pays comme critère d'adjudication

- Le critère des niveaux de prix confronterait les services adjudicateurs des cantons et des communes, mais aussi les tribunaux cantonaux à des **questions d'évaluation et d'interprétation** difficiles, qui ne pourraient pas être opérationnalisées pour la pratique des marchés publics ou seulement au prix d'efforts conséquents. Cela complique la mise en œuvre rapide des marchés publics et mobilise des ressources, sans intérêt avéré pour les soumissionnaires suisses.
- Ce critère est loin d'être pratique et **s'oppose à l'esprit de la nouvelle culture de l'adjudication**. Il s'agit en effet de promouvoir la course à l'excellence, l'innovation et le développement durable et d'accorder une plus grande importance à ces critères. Dans les faits, cela profite aux entreprises suisses, notamment aux petites et moyennes entreprises (PME). Comme son nom l'indique, le critère des niveaux de prix se focalise en revanche exclusivement sur

¹ Cf. également à ce sujet les indications dans les notes de bas de page 4 et 5.

² Cf. à ce sujet 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 (ci-après: expertise TRÜEB/ZOBL).

le prix et remet donc ce critère d'adjudication au premier plan.

- Etant donné qu'un marché public se réfère toujours à un bien concret ou à un service spécifique, le niveau général des prix suisses ne peut pas servir de critère de compensation valable lors de l'évaluation des offres. Pour la comparaison des prix, il faudrait aussi obligatoirement se référer à des comparaisons de prix spécifiques aux branches ou aux secteurs afin de **constater les niveaux de prix suisses**. Pour cela, il manque souvent des bases de données facilement accessibles et compréhensibles; les adjudicateurs devraient se les procurer et les analyser, par exemple lors de la préparation du marché public.
- La compréhension et l'évaluation adéquate des différents niveaux de prix entre la Suisse et les pays d'origine des soumissionnaires étrangers requièrent des compétences et des ressources correspondantes des adjudicateurs. Il s'agit de **faits complexes**. Une très bonne connaissance des marchés et des produits concernés est en outre requise. Les appels d'offres devraient se fonder sur des **hypothèses** correspondantes, qui peuvent aussi s'avérer erronées après l'ouverture et l'évaluation des offres effectivement reçues, p. ex. si ce ne sont pas les soumissionnaires attendus qui déposent une offre. Cette procédure s'avère sujette à erreurs et susceptible de recours.
- Il n'est pas certain **comment les offres étrangères** pourraient être **distinguées** des offres suisses ou dans quels cas le critère d'adjudication «différent niveau de prix» s'appliquerait. Dans le cas concret, de nombreuses questions différentes se posent, par exemple une société qui produit (principalement) à l'étranger et a son siège en Suisse devrait-elle être traitée différemment d'une société ayant son siège à l'étranger, faudrait-il se baser sur le degré de création de valeur en Suisse et, si oui, à combien cette quote-part devrait-elle s'élever (p. ex. 60%, 51% ou 30%) ou à quel Etat les produits et les prestations impliquant des communautés de travail ou des **sous-traitants de plusieurs Etats** devraient-ils être affectés?
- L'acquisition de matières premières, de consommations intermédiaires, de composants, de produits préfabriqués, etc. auprès de fournisseurs étrangers par des soumissionnaires suisses est très fréquente dans la pratique, notamment pour les PME. On peut

par exemple penser à la fabrication de véhicules communaux ou, dans le second œuvre, aux travaux de menuiserie, de peinture ou de plâtrerie. Les entreprises ayant leur siège et leur production en Suisse qui collaborent (doivent collaborer) avec des entreprises étrangères seraient désavantagées par le critère des niveaux de prix.

- Dans ce contexte, la collecte et la mise à jour constante de données fiables devrait générer une **charge bureaucratique considérable** pour les adjudicateurs. Par analogie, celle-ci peut aussi s'avérer désavantageuse pour les soumissionnaires (suisses) lors de l'élaboration de leurs offres. Pour finir, la **chaîne de création de valeur** et les quote-parts respectives (en pourcentage) dans la création de valeur devraient être exposées en détail à l'adjudicateur, notamment les propres parts dans le produit.
- Les adjudicateurs devraient **vérifier ou pouvoir vérifier** la chaîne de création de valeur et les parts de création de valeur selon l'offre des soumissionnaires, dans le cadre de la procédure. Ils n'auraient cependant pas la possibilité de le faire de manière satisfaisante. Les autorités adjudicatrices n'ont en principe pas connaissance des calculs et de la production internes des soumissionnaires (secret commercial et secret de fabrication). Les adjudicateurs devraient en outre posséder des connaissances très approfondies des produits, ce qui n'est pas réaliste.
- Pour finir, la question de savoir comment la «prise en compte des différents niveaux de prix» doit se dérouler concrètement dans la pratique lors de l'**évaluation des offres** est très incertaine et loin d'être clarifiée. Les mesures théoriquement envisageables vont d'une (faible) déduction de points à une exclusion des offres correspondantes. Une autre variante consisterait à corriger les prix proposés à l'aide du coefficient «différence de niveau de prix». Les adjudicateurs devraient constater les niveaux de prix des pays déterminants pour les offres reçues, afin de calculer ensuite la différence de prix par offre ou par pays. Si le niveau de prix étranger est supérieur au niveau suisse (p. ex. coûts de l'énergie, appareils électroniques, meubles), les prix des soumissionnaires suisses devraient être corrigés à la hausse, ce qui diminuerait leurs chances de succès³.

³ Cf. concernant l'ensemble: ABU-TALIB, Heimatschutz um jeden Preis?, in: usic-news Nr. 2/2020, p. 24 s. (consultable sous:

<https://www.usic.ch/de/Verband/Medien/usic-news/2020_2_usic_news.pdf>

Pour résumer, les adjudicateurs et les soumissionnaires devraient assumer une grande charge bureaucratique pour des marchés relativement petits (cf. les valeurs seuils sur les marchés non soumis aux accords internationaux ci-après) et déterminer, démontrer et évaluer l'origine de la prestation ou des éléments de prestations. Cela ne se traduirait pas par la simplification souhaitée, mais compliquerait et allongerait la durée des marchés.

Légalité et pertinence

Les **marchés soumis aux traités internationaux** n'offrent aucune latitude pour la prise en compte de différents niveaux de prix au lieu d'exécution étranger^{4,5}. Un tel critère d'adjudication serait diamétralement opposé aux engagements internationaux de la Suisse (notamment manquement aux principes du traitement national et de la non-discrimination).

Sur le **marché intérieur**, la réglementation des niveaux de prix serait en revanche certes applicable, mais pour les raisons suivantes, elle serait pratiquement sans grande importance, même au plan économique:

- En raison des valeurs seuils déterminantes sur les marchés non soumis aux accords internationaux, le critère du niveau de prix pourrait s'appliquer à des **livraisons et services** de marchés dont la valeur est comprise entre CHF 250 000 et 300 000.
- En ce qui concerne les **travaux de construction**, le critère du niveau de prix aurait une certaine pertinence pour les marchés d'une valeur comprise entre CHF 250 000 (second œuvre) ou CHF 500 000 (premier œuvre) et CHF 8,7 millions. Dans ce domaine, l'importance pratique est toutefois restreinte dans le sens où la valeur du marché est en principe déterminée à l'aide de la valeur globale de tous les travaux de construction déterminants pour un ouvrage, même lorsque différentes catégories de marchés sont adjugées (règle dite de l'ouvrage, art. 16 al. 3 AIMP). Ainsi, mêmes les marchés de moindre envergure relèvent rapidement des traités internationaux, s'ils font partie d'un projet global.
- Lors d'adjudications que les adjudicateurs peuvent effectuer dans le cadre d'une procédure sur invitation, p. ex. acquisitions de

biens et de services inférieures à CHF 250 000, ils peuvent directement inviter exclusivement des soumissionnaires suisses à remettre des offres, de sorte que ce critère est d'emblée inutile.

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 dans leur législation des critères d'adjudication supplémentaires (généraux et abstraits), par exemple celui de la prise en compte du niveau de prix, par le biais du droit d'exécution.⁶

Approches alternatives pour renforcer les soumissionnaires suisses

Le critère d'adjudication du niveau de prix n'a pas été intégré, à juste titre, dans l'AIMP comme le montrent les explications ci-dessus. Les pouvoirs adjudicateurs dans les cantons et les communes disposent d'**autres instruments conformes au droit** afin de tenir compte notamment des besoins des petites et moyennes entreprises (PME)⁷:

- Sur les marchés intérieurs, les soumissionnaires étrangers ne doivent être admis à la procédure que pour autant que l'Etat dans lequel ils ont leur siège accorde la réciprocité (art. 6 AIMP/LMP).
- Les marchés importants peuvent être scindés en plusieurs **lots**, afin de faciliter l'accès au marché pour les PME. La prescription selon laquelle un seul soumissionnaire ne peut obtenir qu'un nombre limité de lots est, le cas échéant, licite (art. 32 al. 2 et 3 AIMP/LMP).
- Les **critères d'aptitude** peuvent être limités au strict nécessaire en ce qui concerne l'objet du marché et les critères d'aptitude trop «formalistes» peuvent être ignorés, pour que la concurrence puisse jouer et que la

⁴ Dans ce contexte, les Chambres fédérales ont placé le catalogue de critères de l'art. 29 sous la réserve du «**respect des engagements internationaux de la Suisse**».

⁵ En raison de l'Accord bilatéral avec l'Union européenne, les principes du traitement national et de la

non-discrimination sont également pris en compte pour les marchés inférieurs à certains seuils.

⁶ Expertise TRÜEB/ZOBL, Cm 3 s. et 92 ss.

⁷ Expertise TRÜEB/ZOBL, Cm 17 à 19 et 110 à 112.

charge de travail induite pour l'offre reste raisonnable («autant que nécessaire, aussi peu que possible»).

- Les critères d'adjudication selon la nouvelle LMP / le nouvel AIMP favorisent la **pondération** raisonnable des **critères de qualité** ainsi que la prise en compte des **questions de développement durable et de l'innovation**, ce qui a plutôt tendance à profiter aux soumissionnaires suisses. Ce point inclut des critères de développement durable et d'innovation en lien avec le produit (également en ce qui concerne le type et les voies de transport, de tels critères requérant une justification et une utilité objectives, concrètes compte tenu de l'objet du marché). De tels critères font partie de la nouvelle culture de l'adjudication, selon laquelle le marché ne doit plus (seulement) être adjugé à l'avenir au soumissionnaire ayant présenté

l'offre «économiquement la plus avantageuse», mais l'offre la **«plus avantageuse»** (art. 41 LMP/AIMP) et selon laquelle la **qualité** et les autres critères d'adjudication mentionnés dans la loi ou l'accord auront **plus d'importance** par rapport au prix ou se situeront au même niveau, ce qui renforce les entreprises qui ont leur siège en Suisse.

- Les **instruments de la loi sur les travailleurs détachés** qui ont fait leurs preuves dans la pratique sont en outre disponibles pour la protection du marché du travail suisse. Ils incluent l'examen des documents, les inspections sur le chantier ainsi que les sanctions administratives en cas de non-respect.