

Questions d'actualité choisies sur le thème du prix

Rencontre ASMP du 7 septembre 2023 – Lausanne

Domenico Di Cicco, Docteur en droit, Avocat, Chargé de cours à l'EPFL

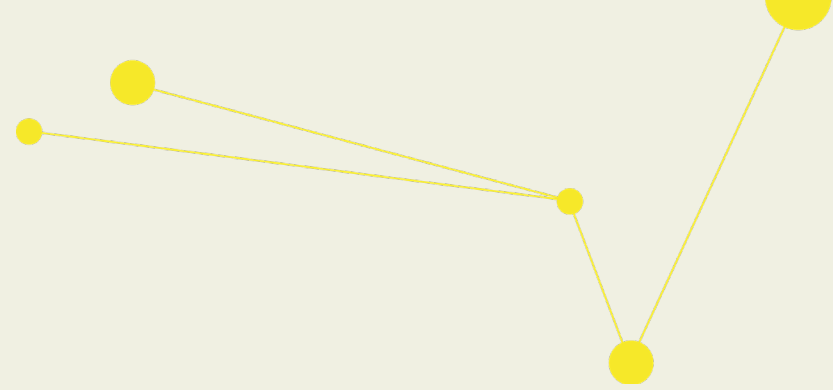
PLAN

1. La pondération du prix : analyse de l'arrêt TF 2C_802/2021 du 24 novembre 2021
2. Le critère de la fiabilité du prix

1. La pondération du prix : analyse de l'arrêt TF 2C_802/2021 du 24 novembre 2021

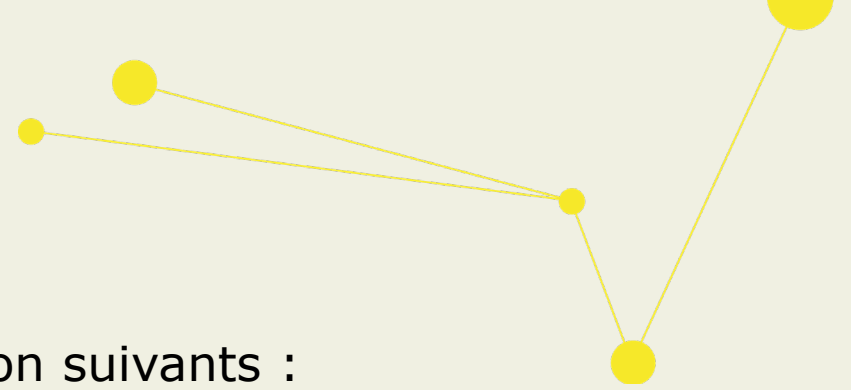
Etat de fait (I)

- Le 14 avril 2021, la Ville de Zurich lance un appel d'offres en procédure ouverte pour un marché de fournitures/services.
- Les prestations mises en soumission portent d'une part sur la fourniture (location) de rouleaux d'essuie-mains en tissu et des distributeurs correspondants destinés à équiper des WC/sanitaires situés dans les bâtiments de la Ville ; et d'autre part sur l'entretien de ces distributeurs ainsi que sur le lavage et le transport aller-retour des rouleaux d'essuie-mains (maintien en état de fonctionnement).

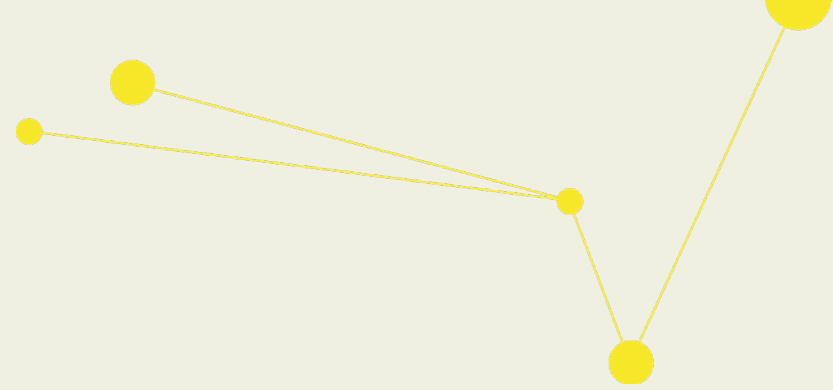


Etat de fait (II)

- L'appel d'offres prévoit les critères d'adjudication suivants :
 - Prix total : 50 %
 - Qualité des produits : 30 %
 - Exploitation/nettoyage/gérance : 20 %
- Le prix est noté selon une formule linéaire, avec une fourchette de prix fixée à 30%.
- Un soumissionnaire potentiel recourt contre l'appel d'offres et conclut à ce que le critère du prix ne soit pas pondéré à moins de 80 % (soit une pondération maximale de 20 % pour les critères de qualité).
- Le Tribunal cantonal zurichois rejette le recours, en retenant que l'adjudicateur n'avait pas dépassé son pouvoir d'appréciation (arrêt TA-ZH VB.2021.00272 du 26.8.2021, c. 3).
- Recours en matière de droit public au Tribunal fédéral.

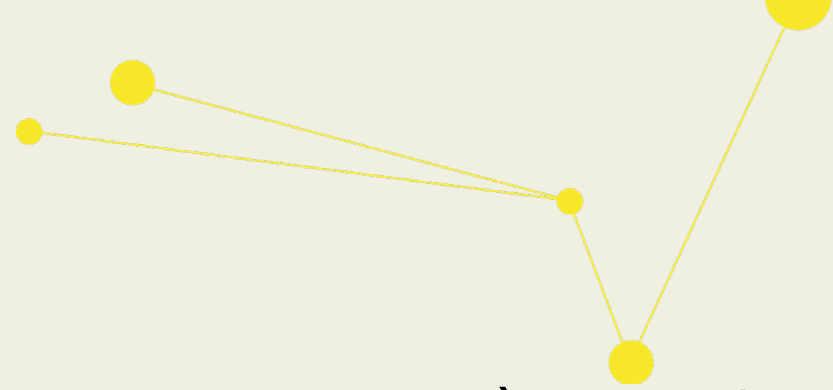


Procédure



- Question juridique de principe posée par le recourant (art. 83 let. f LTF) :
« *Le prix doit-il obligatoirement être pondéré à au moins 80 % pour les adjudications les plus simples ?* » (consid. 1.4)
- « *Muss bei einfachsten Vergaben der Preis zwingend mit wenigstens 80 % gewichtet werden ?* » (Erw. 1.4).

Réponse du Tribunal fédéral



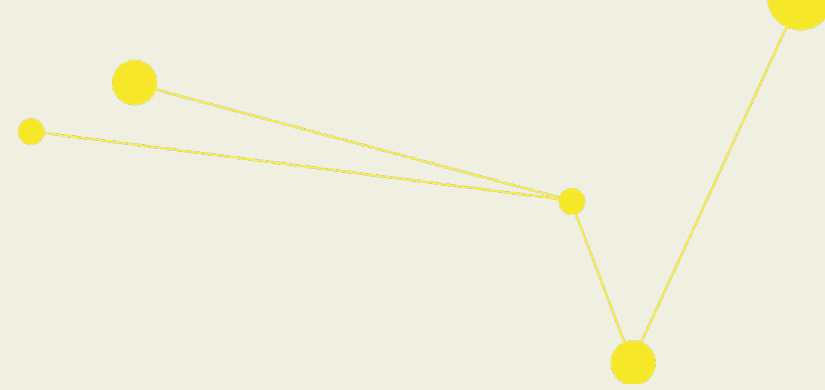
- L'adjudicateur est tenu de pondérer obligatoirement le prix à 60 % dans les adjudications les plus simples.
- Admission du recours.
- En fixant la pondération du prix à 50 %, le pouvoir adjudicateur a abusé de son pouvoir d'appréciation et versé dans l'arbitraire.
- Pas de pondération du prix à 80 % comme demandé par le recourant, mais renvoi au pouvoir adjudicateur pour nouvelle décision dans le sens des considérants, qui prévoient que le prix ne pourra pas être pondéré à moins de 60 % dans le cas d'espèce.

Motivation de l'arrêt



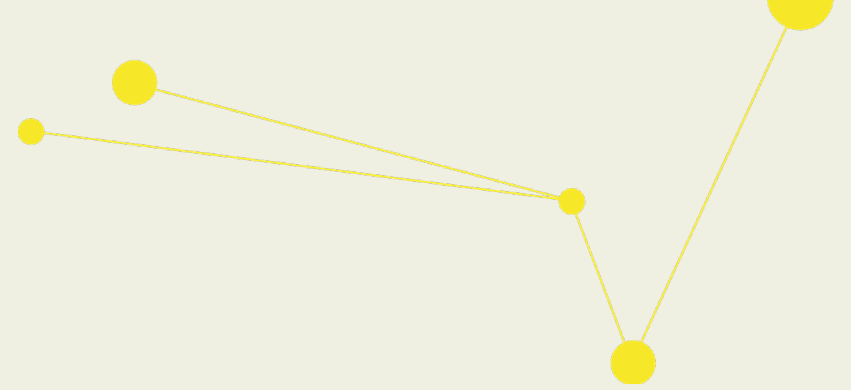
- Rappel de jurisprudence : « *même si le critère du prix doit être pondéré de manière d'autant moins importante que la prestation mise au concours est complexe, le prix doit être pondéré à hauteur d'au moins 20 %, même dans le cas d'un marché complexe. En outre, cette pondération du prix déjà faible ne doit pas être encore affaiblie par la méthode de notation.* »
- « *Inversement, on peut donc tout à fait se demander si, pour des prestations plus simples faisant l'objet d'un appel d'offres, une pondération minimale plus élevée du prix ne doit pas intervenir à l'autre extrémité de l'échelle.* » (consid. 1.6).
- Admission de la question juridique de principe.

Motivation de l'arrêt



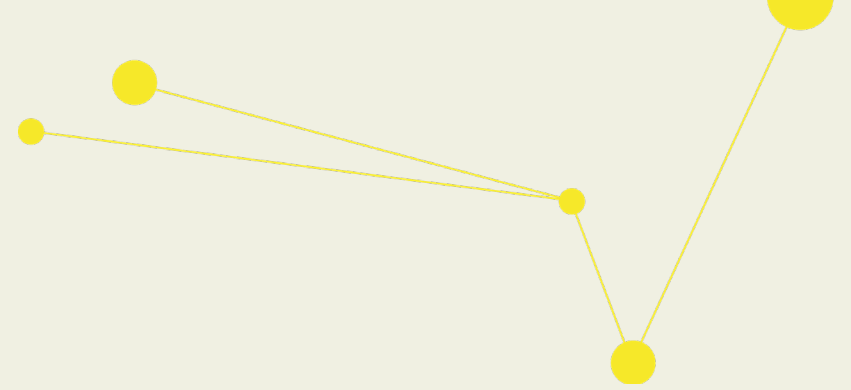
- Le Tribunal fédéral commence par rappeler que les pouvoirs adjudicateurs disposent d'une marge d'appréciation considérable lors de l'établissement des critères d'adjudication, du moins tant que les critères « présentent un lien direct et matériel avec la prestation » (consid. 2.3).
- Le Tribunal fédéral examine ensuite les dispositions du droit zurichois applicables, qui autorisent une pondération du prix à 100 % pour les prestations largement standardisées, sans toutefois obliger l'adjudicateur d'opter pour une telle pondération (adjudication au moins-disant).

Motivation de l'arrêt



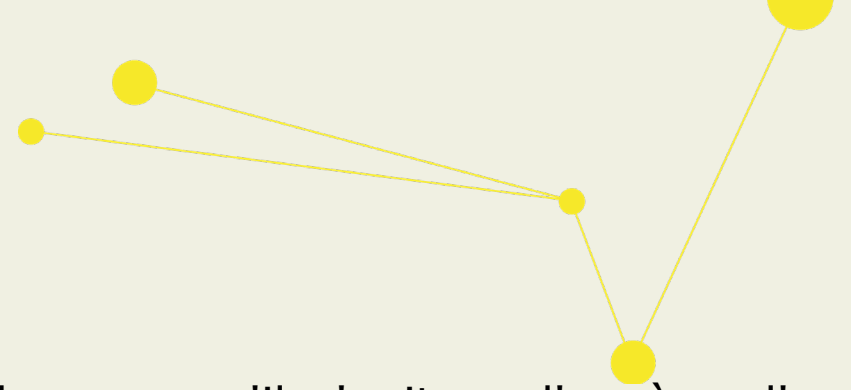
- Le Tribunal fédéral définit les prestations largement standardisées comme des prestations dont la « standardisation » est si poussée, qu'il ne faut pas s'attendre à des différences de qualité pertinentes entre les offres, la seule variable étant le prix.
- Cette standardisation peut résulter de normes spéciales ou d'une spécification très détaillée des prestations attendues dans l'appel d'offres. (consid. 3.1)

Motivation de l'arrêt



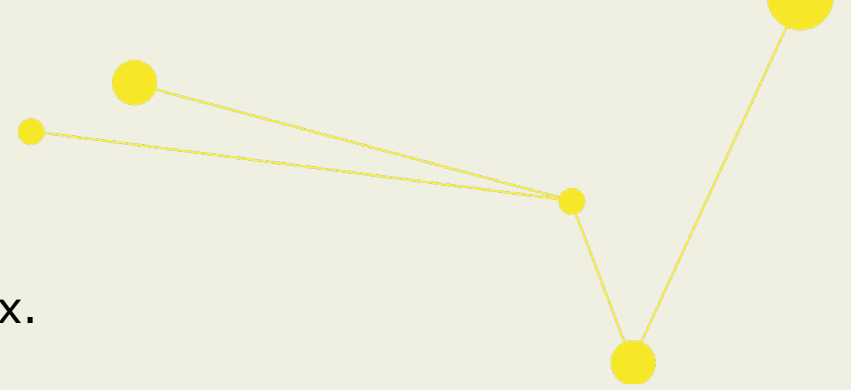
- En l'espèce, la recourante ne prétend pas que le prix devrait être pondéré à 100 %, de sorte qu'il n'est pas nécessaire de savoir si la prestation mise en soumission est « largement standardisée » au sens légal du terme.
- Il convient en revanche de vérifier si la pondération de 50 % est adaptée au degré de complexité de la prestation mise en soumission ; ou si cette pondération est trop faible et donc constitutive d'un abus du pouvoir d'appréciation de l'adjudicateur.

Motivation de l'arrêt



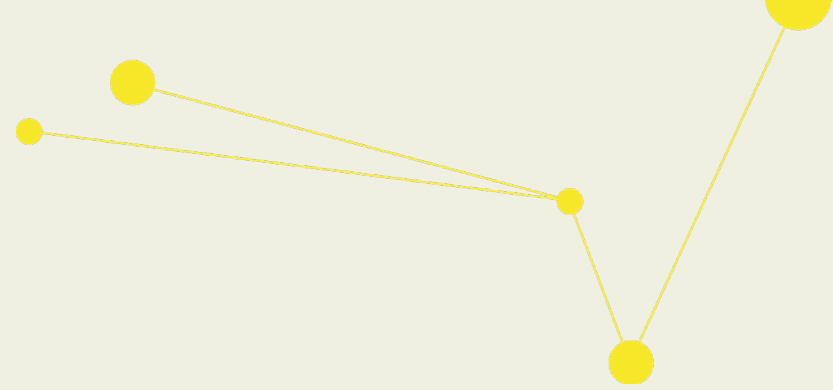
- Le TF constate, en se référant au cahier des charges, qu'il s'agit en l'espèce d'une prestation peu complexe : le mécanisme des distributeurs d'essuie-mains et leur montage sont relativement simples et, les rouleaux d'essuie-mains en tissu ne présentent pas non plus de difficultés techniques particulières.
- De même, le service de lavage et de transport ne laisse pas non plus apparaître de difficultés particulières, d'autant plus que les rouleaux d'essuie-mains en tissu ne sont pas remplacés par le soumissionnaire, mais par le pouvoir adjudicateur lui-même.
- Exigence du dossier d'appel d'offres : des distributeurs d'essuie-mains mécaniques de couleur blanche et des rouleaux d'essuie-mains en tissu fabriqués de façon durable (au moins OEKO-TEX Standard® 100)

Motivation de l'arrêt



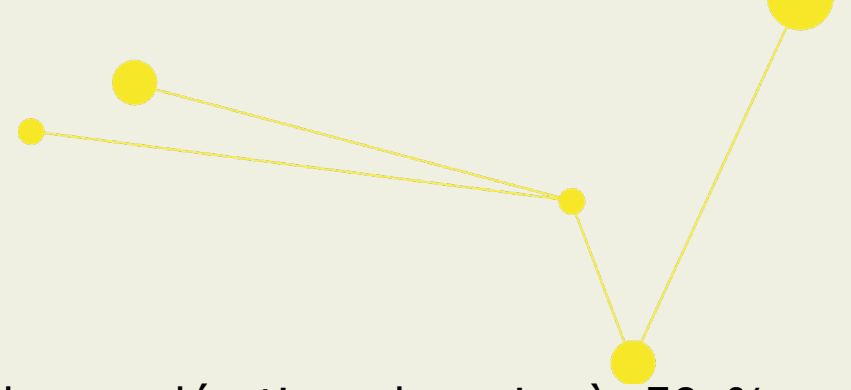
- Le TF examine ensuite la méthode de notation du prix.
- Il retient la courbe de prix linéaire choisie, avec une fourchette de 30 %, est correcte au vu de la prestation concrète mise en soumission.
- Il explique que le système d'évaluation décrit dans l'appel d'offres a pour conséquence qu'une offre dont le prix est supérieur de 10 % à l'offre la plus basse obtient le marché si elle remplit de manière optimale les critères de qualité et que l'autre offre obtient un résultat globalement moyen.
- Si le prix était pondéré à 60 %, le critère de la qualité des produits à 30 % et le troisième critère qualitatif ramené à 10 %, les deux offres obtiendraient globalement le même nombre de points.
- Si le prix était pondéré à 80 %, l'offre qualitativement optimale et plus chère de 10 % ne pourrait plus rattraper celle dont le prix est le plus bas (et la qualité médiocre), et ce même si elle obtenait zéro point pour la qualité et les autres critères.

Motivation de l'arrêt



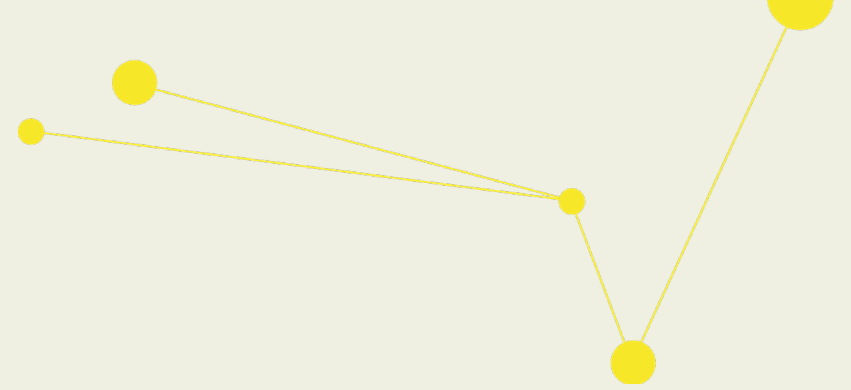
- Le Tribunal fédéral relève qu'en l'espèce les prestations mises en soumission simples et décrites dans l'appel d'offres de façon à ce qu'il ne faudra pas s'attendre à des différences de qualité importantes entre les offres.
- Le Tribunal fédéral considère que par conséquent le prix devrait être déterminant. Il souligne qu'il ne serait pas approprié qu'un soumissionnaire dont le prix est supérieur de 10 % puisse prévaloir sur un concurrent qui se situe dans la moyenne pour les autres critères.

Motivation de l'arrêt



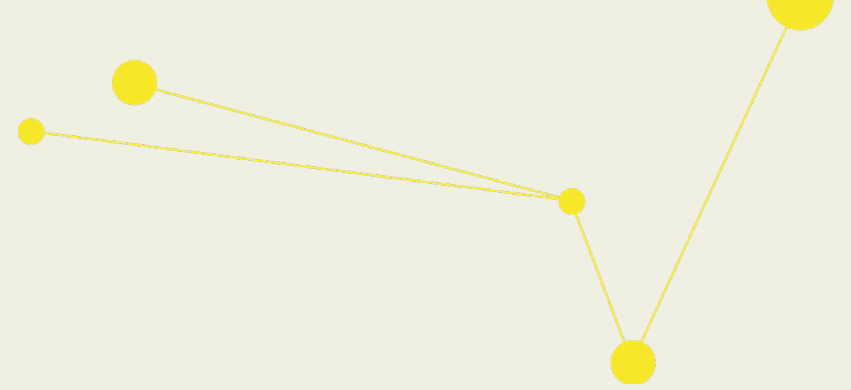
- En conclusion, le Tribunal fédéral retient que la pondération du prix à 50 % est insuffisante.
- Compte tenu des nombreuses possibilités de prestations pouvant être décrites dans un appel d'offres, le Tribunal fédéral doute qu'il soit opportun de fixer de façon générale une fourchette pour la pondération du prix, dans les acquisitions simples.
- Il estime qu'il est plus approprié de fixer simplement une limite inférieure plus élevée pour la pondération du prix, à savoir au moins 60 %, dans le cas de prestations simples.
- Il appartient ensuite au pouvoir adjudicateur de fixer, à partir de ce seuil minimal, la pondération des critères d'adjudication, en particulier du critère du prix, qui convient au cas d'espèce.

Portée de l'arrêt



- Nouveau critère pour déterminer la pondération du prix (?) :
 - La possibilité de pondérer faiblement le prix dépend de ce que la description des prestations dans l'appel d'offres permettra de recevoir des offres qualitativement différentes de la part des soumissionnaires.
- Eviter les difficultés à définir ce qu'est une prestation complexe vs une prestation basique.

Portée de l'arrêt



- Nouveau critère pour déterminer la pondération du prix (?) :
 - La possibilité de pondérer faiblement le prix dépend de ce que la description des prestations dans l'appel d'offres permettra de recevoir des offres qualitativement différentes de la part des soumissionnaires.
- Eviter les difficultés à définir ce qu'est une prestation complexe vs une prestation basique.
- QUESTION : Comment est-ce que ce seuil de 60 % en matière de pondération du prix pour les « marchés les plus simples » sera appliqué à l'avenir ?

Portée de l'arrêt

- DANS LE NOUVEAU DROIT
 - La confirmation par le Tribunal fédéral de la possibilité de pondérer le prix à 100 % pour les biens largement standardisés vaut sous réserve du nouvel article 29 al. 4 LMP (pas repris dans l'AIMP).

Art. 29 al. 4 LMP

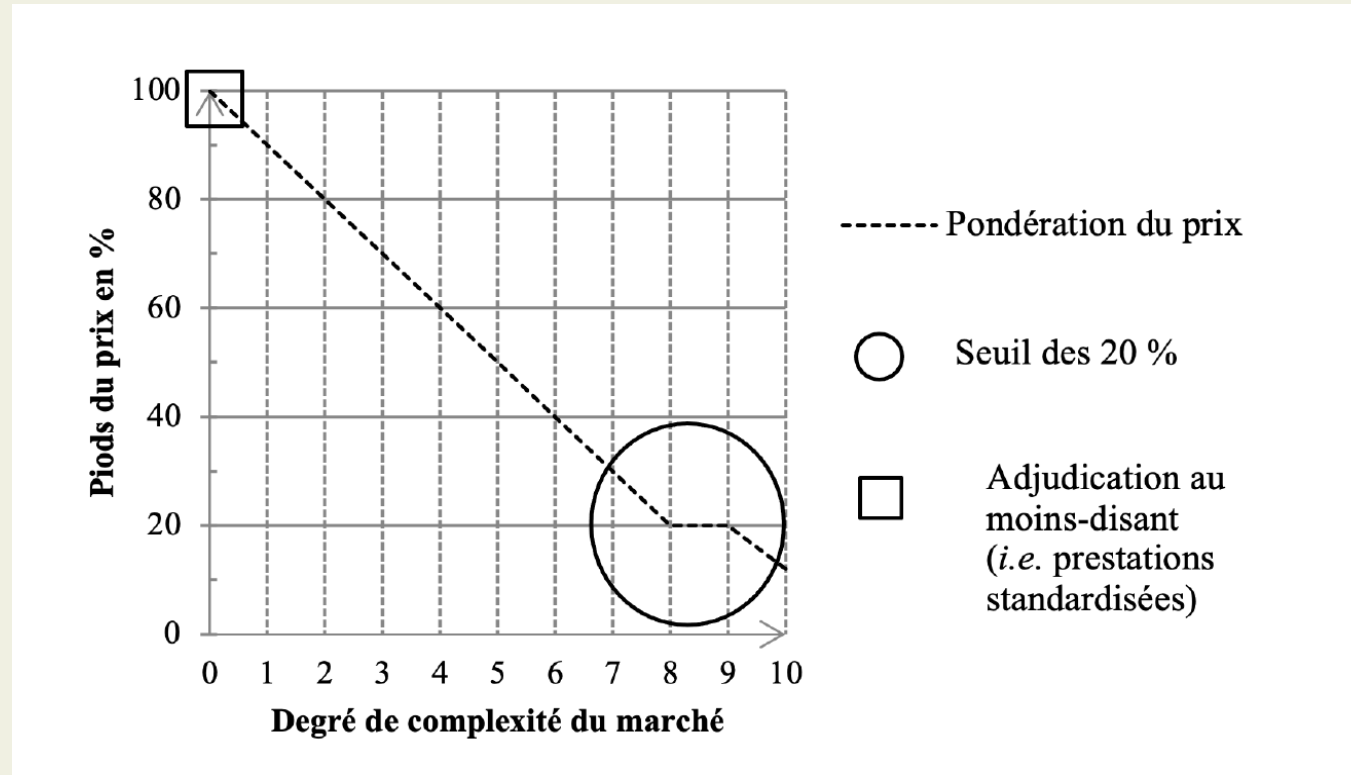
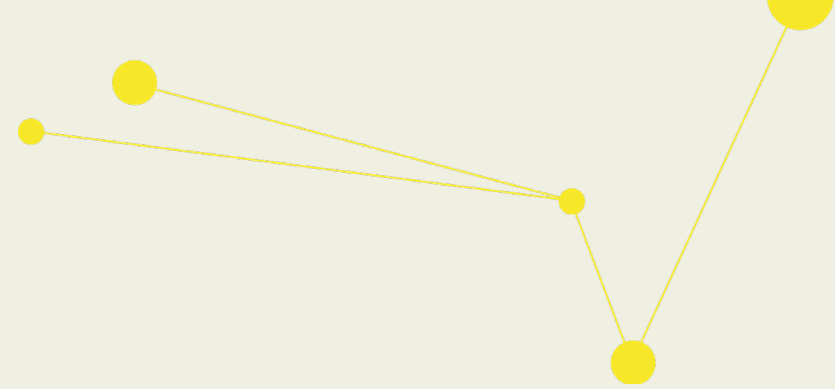
Les prestations standardisées peuvent être adjudgées sur la base du seul critère du prix total le plus bas, **pour autant que les spécifications techniques concernant les prestations permettent de garantir le respect d'exigences élevées en matière de durabilité sociale, écologique et économique.**

Art. 29 al. 4 AIMP

Les prestations standardisées peuvent être adjudgées sur la base du seul critère du prix le plus bas.

Portée de l'arrêt

- DANS LE NOUVEAU DROIT
 - Validité des principes fixés en matière de pondération du prix.



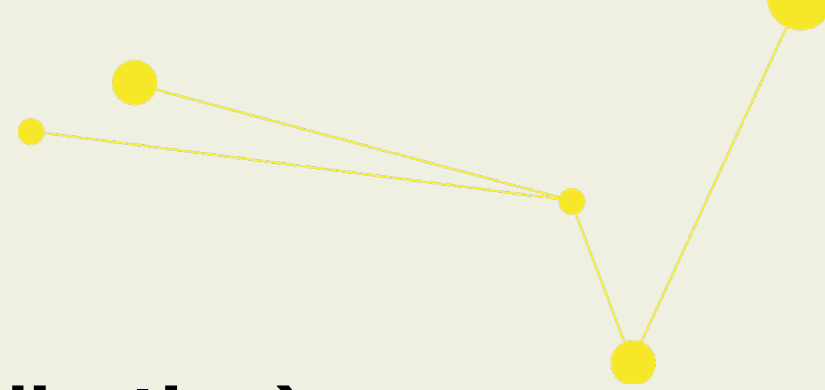
Portée de l'arrêt

- DANS LE NOUVEAU DROIT
 - Validité des principes fixés en matière de pondération du prix.

« Lors de l'adjudication de marchés portant sur des **prestations intellectuelles**, le rapport qualité-prix est particulièrement important. Afin que les prestations d'étude et de conception, en particulier, répondent aux exigences de l'adjudicateur, il faut pondérer les critères d'adjudication de telle sorte que le **poids des critères qualitatifs soit supérieur au poids du prix**. L'adjudicateur doit fixer le poids du prix au cas par cas. Il ne peut cependant renoncer à ce critère. »

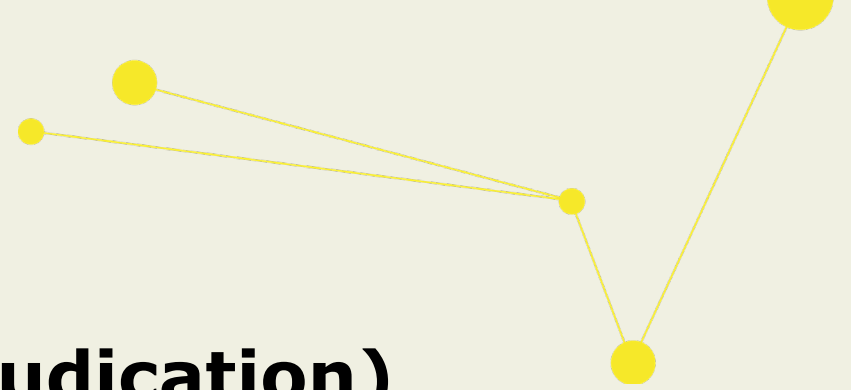
(Message LMP, FF 2017 p. 1716)

2. Le critère de la fiabilité du prix



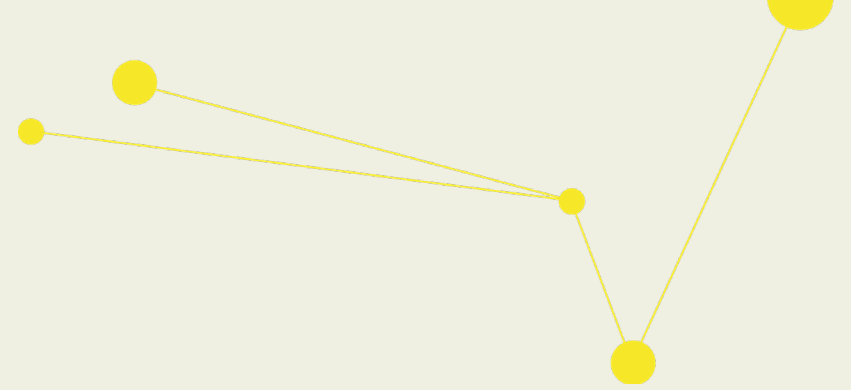
Art. 29 al. 1 LMP (Critères d'adjudication)

L'adjudicateur évalue les offres sur la base de critères d'adjudication en lien avec les prestations. En tenant compte des engagements internationaux de la Suisse, il prend notamment en considération, outre le prix et la qualité de la prestation, des critères tels que l'adéquation, les délais, la valeur technique, la rentabilité, les coûts du cycle de vie, l'esthétique, le développement durable, la **plausibilité de l'offre**, les différents niveaux de prix pratiqués dans les pays où la prestation est fournie, la **fiabilité du prix**, la créativité, le service après-vente, les conditions de livraison, l'infrastructure, le caractère innovant, la fonctionnalité, le service à la clientèle, les compétences techniques et l'efficacité de la méthode.



Art. 29 al. 1 AIMP (Critères d'adjudication)

L'adjudicateur évalue les offres sur la base de critères d'adjudication en lien avec les prestations. Outre le prix et la qualité de la prestation, il peut notamment prendre en considération des critères tels que l'adéquation, les délais, la valeur technique, la rentabilité, les coûts du cycle de vie, l'esthétique, le développement durable, la **plausibilité de l'offre**, la créativité, le service après-vente, les conditions de livraison, l'infrastructure, le caractère innovant, la fonctionnalité, le service à la clientèle, les compétences techniques et l'efficacité de la méthode.



Au niveau fédéral

- Critère de la plausibilité de l'offre
- Critère de la fiabilité du prix

Au niveau (inter)cantonal

- Critère de la plausibilité de l'offre
- **Abandon du critère de la fiabilité du prix**

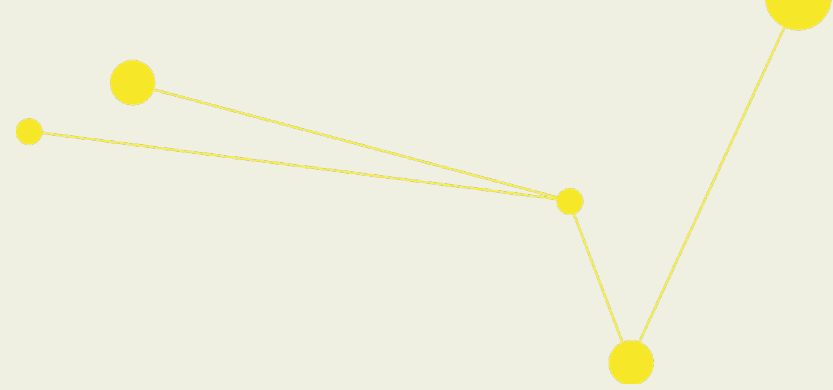
!! Dans certains cantons !! (p. ex. AG)

- Introduction dans la loi cantonale du critère de la fiabilité du prix, en sus de celui de la plausibilité de l'offre (p. ex § 2 DöB-AG)

Etat de la jurisprudence (ATF 143 II 553)

- Soumissionnaires sont libres dans leur calcul du prix
- Offres inférieures au prix de revient ne sont pas inadmissibles
- Offres anormalement basses sont à clarifier, voire à exclure (art. 38 al. 3 en lien avec art. 44 al. 2 let. c LMP/AIMP)
- Prix le plus bas doit toujours recevoir la meilleure note sur ce critère
- Interdiction de pénaliser une offre dont le prix est bas, au seul motif qu'il est précisément plus bas que celui des autres offres déposées
- Possibilité d'évaluer la plausibilité en lien avec les critères de qualité
- Pas de sous-pondération du critère du prix (transparence)

Critère de la fiabilité du prix



Interprétation de la fiabilité du prix au niveau fédéral

- Remise en cause de la jurisprudence du Tribunal fédéral ?
- Conformité au droit international ?
- Compatibilité avec les buts et principes du droit des marchés publics ?

Art. 29 al. 1 2^e phr. LMP

- En tenant compte des engagements internationaux de la Suisse, il [l'adjudicateur] prend notamment en considération, outre le prix et la qualité de la prestation, des critères tels que [...] la plausibilité de l'offre, les différents niveaux de prix pratiqués dans les pays où la prestation est fournie, la fiabilité du prix [...]

Concrétisation pratique du critère de la fiabilité du prix



Guide KBOB

- La KBOB a établi deux instruments visant à mettre en œuvre le critère de la fiabilité du prix :
 - Annexe 2 du Guide concernant l'acquisition de prestations de mandataire
 - Annexe 2 du Guide concernant l'acquisition de travaux de construction
- Ces documents sont intitulés « Fiches d'information pour les projets pilotes de la Confédération concernant les critères d'adjudication « fiabilité du prix » et « plausibilité de l'offre »

Concrétisation pratique du critère de la fiabilité du prix



1.3.3 Fiabilité du prix (LMP 2019)

Pour les services adjudicateurs qui attribuent des marchés publics conformément au droit fédéral (LMP 2019/OMP), le catalogue des critères d'adjudication constitue une innovation supplémentaire en ce sens qu'outre l'évaluation du prix de l'offre, sa «fiabilité» peut également être prise en compte.

En partant du principe que des offres de prix particulièrement basses peuvent entraîner des coûts subséquents élevés et inattendus, on manque d'expérience pour recommander l'utilisation de ce critère d'adjudication dans la pratique (voir ch. 3.1.3 ci-dessous).

2.1 Critères directement liés au prix

Il faut toujours appliquer des critères directement liés au prix. Parmi ceux-ci, il est recommandé aux services adjudicateurs de la Confédération, des cantons et des communes de retenir des critères différents selon l'objet du marché:

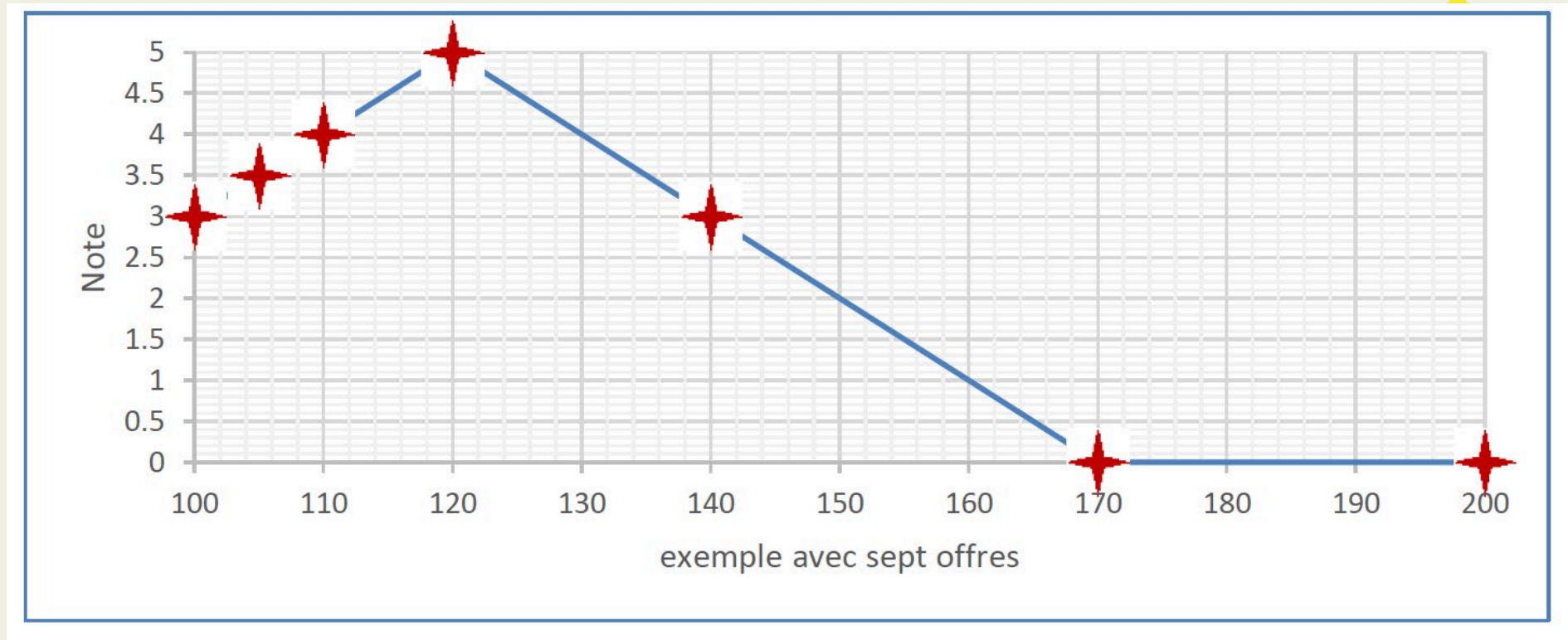
- D'une part, il restera possible à l'avenir de procéder à l'évaluation selon le seul critère du **prix nominal**. L'offre évaluable dont le prix est le plus bas reçoit la meilleure note (cf. chiffre 4.1.2 pour l'évaluation);
- De l'autre, les services d'achat qui procèdent à des acquisitions conformes au droit sur les marchés publics peuvent désormais procéder à une évaluation du prix sur la base du prix nominal (montant de l'offre) en la complétant par le critère de «**fiabilité du prix**». Ainsi, les prix des offres sont comparés les uns aux autres et avec le marché, et les offres qui s'écartent sensiblement de la moyenne du marché (compte tenu ou non d'une estimation des coûts par le service adjudicateur) peuvent être identifiées (contrôle de plausibilité du prix de l'offre par rapport à la médiane des montants des offres; cf. chiffre 3.1.3 pour l'évaluation).
- L'accent est mis sur les questions suivantes: le soumissionnaire a-t-il saisi complètement les prestations à fournir? Le calcul est-il basé sur l'ensemble de la prestation? Le soumissionnaire a-t-il inclus les interfaces dans le calcul des coûts? S'écarte-t-il du catalogue des prestations dans son offre?

Le critère de la fiabilité du prix n'était jusqu'ici pas encore utilisé. Pour utiliser ce nouveau critère d'adjudication, il faudra évaluer comment il peut être utilisé dans le cadre de la législation sur les marchés publics en se fondant sur **une sélection de projets pilotes de la Confédération**.

	Exigences simples	Exigences moyennes	Exigences spécialisées
Poids total des critères de qualité	40 – 20 %	60 – 40 %	70 – 60 %
Poids des critères de prix	60 – 80 %	40 – 60 %	30 – 40 %
Prix nominal et	30 – 40 %	20 – 30 %	15 – 20 %
Fiabilité du prix (contrôle de la plausibilité du prix de l'offre) ¹	30 – 40 %	20 – 30 %	15 – 20 %

Tableau 1 Valeurs indicatives de pondération des critères d'adjudication (variante pour les projets pilotes)

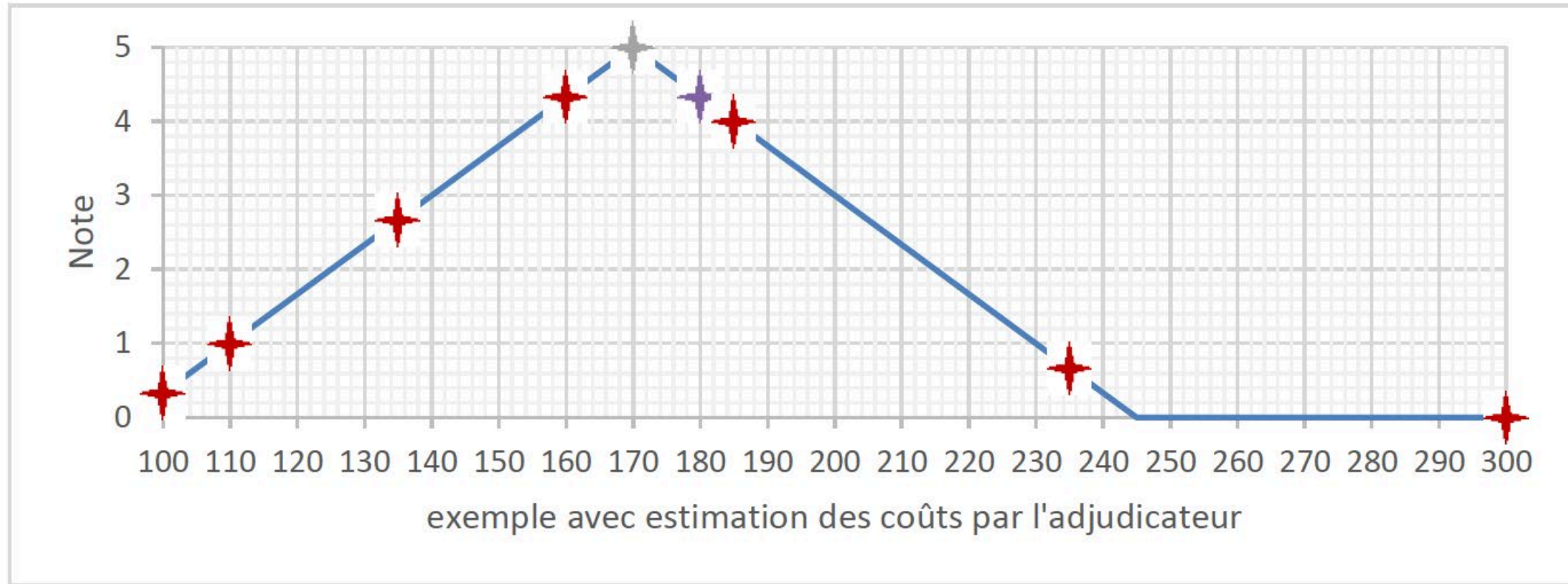
Modèle tessinois (*attendibilità del prezzo*)



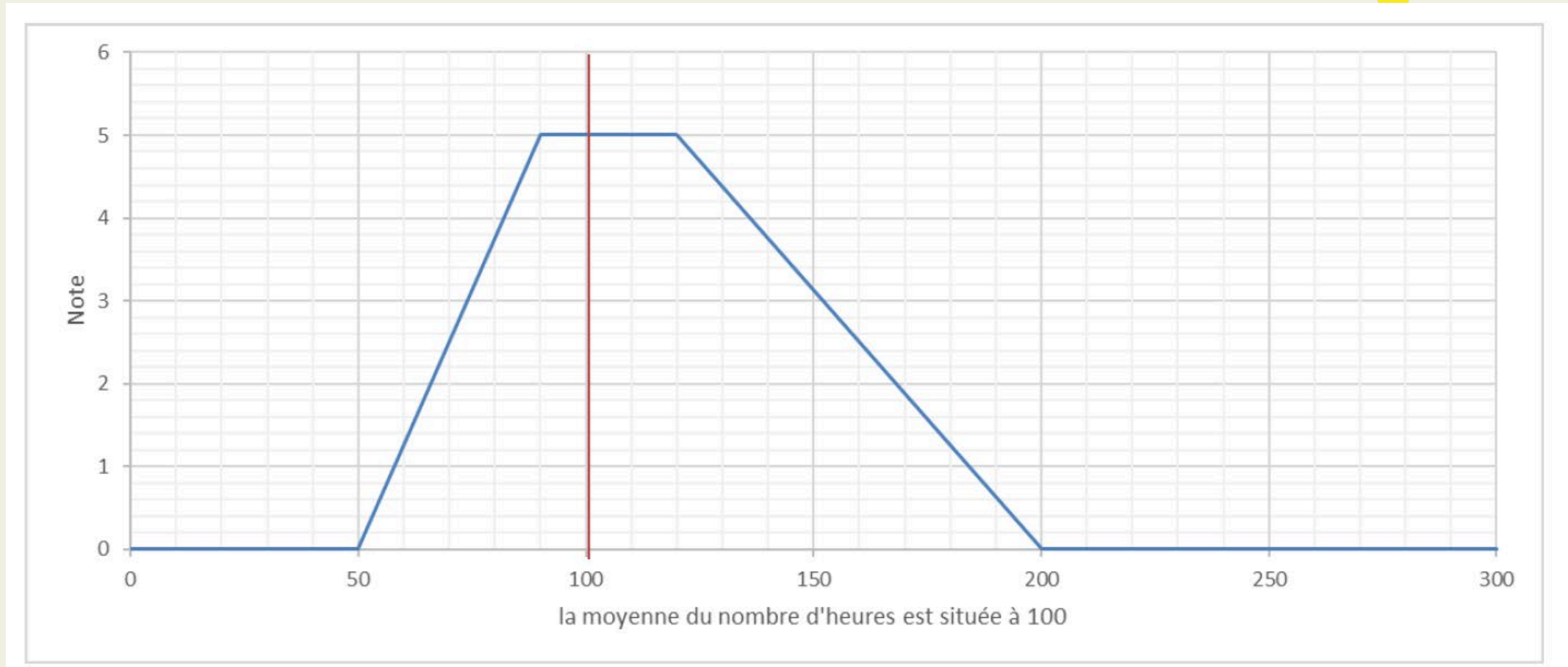
prix le plus bas jusqu'à la médiane: $P_x = P_{max} - \frac{P_{med} - P_x}{P_{rsup} - P_{rmin}} * P_{max}$

prix supérieur à la médiane: $P_x = P_{max} - \frac{P_x - P_{med}}{P_{rsup} - P_{rmin}} * P_{max}$

Modèle intégrant le prix estimé par l'adjudicateur



Modèle d'évaluation de la plausibilité de l'offre



Projet pilote selon modèle KBOB

21.04.2021 | ID du projet 219648 | No. de la publication 1191701 | Appel d'offres

Ausschreibung

Publikationsdatum Simap: 21.04.2021

1. Auftraggeber

1.1 Offizieller Name und Adresse des Auftraggebers

Bedarfsstelle/Vergabestelle: Bundesamt für Bauten und Logistik BBL

Beschaffungsstelle/Organisator: Bundesamt für Bauten und Logistik BBL

2.10 Zuschlagskriterien

ZK 1 Preis (exkl. MWST)

ZK 1.1 Honorarangebot netto exkl. MWST Gewichtung 30 %

ZK 1.2 Verlässlichkeit des Preises Gewichtung 15 %

ZK 2 Plausibilität des Angebotes (Zuverlässigkeit der offerierten Stunden) Gewichtung 15 %

ZK 3 Qualität (Nachhaltigkeit/Ablauf)

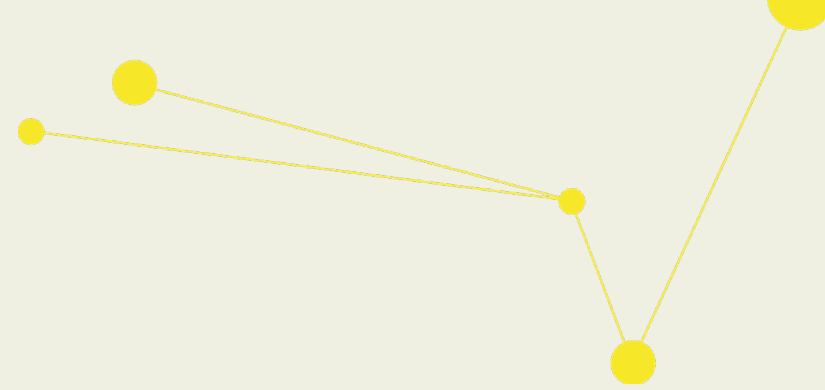
ZK 3.1 Qualität Schlüsselperson Gewichtung 20 %

ZK 3.2 Auftragsanalyse Nachhaltigkeit Gewichtung 10 %

ZK 3.3 Aufbau und Ablauforganisation Gewichtung 10 %

Erläuterungen: Die detaillierten Zuschlagskriterien sind im Dokument "Bestimmungen zum Beschaffungsverfahren" unter Ziffer 3.8 ersichtlich.

Critère de la fiabilité du prix



Conséquences ?

- Interprétation de la KBOB paraît poser des problèmes de conformité au droit international, de compatibilité avec les buts et principes du droit des marchés, ainsi que de de cohérence dans la notation des critères

Au niveau fédéral ?

- Constat de la violation du droit international
- Absence de sanction, car immunité des lois fédérales (art. 190 Cst.)

Au niveau cantonal (ex. Argovie) ?

- Violation du droit supérieur
- Annulation des actes individuels et concrets rendus en application de la norme de droit cantonal illicite

Propositions de solutions

- Critère de la plausibilité de l'offre et celui de la fiabilité du prix sont similaires (examen de la conformité à l'appel d'offres/de la bonne compréhension du soumissionnaire)
- Critère de la plausibilité de l'offre examine la crédibilité des prestations sous l'angle technique ou qualitatif (p. ex. nombre d'heures, délai, nombre de machines, etc.), tandis que le critère de la fiabilité du prix se fonde sur des aspects financiers (nombre d'heures multiplié par un tarif horaire, quantités multipliées par un prix unitaire, etc.)
- Pondération et notation indépendantes du « prix nominal »



Merci de votre attention !