

Révision du droit des marchés publics

Définition: «fiabilité du prix»

Fiabilité du prix

Le critère d'adjudication de la «fiabilité du prix» porte sur le prix et il s'applique donc dans le cadre de l'évaluation du prix et non en ce qui concerne les critères de qualité. Le législateur se détourne ainsi de la jurisprudence antérieure, selon laquelle l'adjudicateur ne doit pas prendre de mesures correctives lors de l'évaluation du prix.¹

Il n'existe pas pour l'instant de valeurs empiriques fédérales concernant l'application du critère d'adjudication «fiabilité du prix». Il n'y a que dans le canton du Tessin que cette forme d'évaluation est déjà établie dans la pratique («modèle dit tessinois»). Le modèle tessinois est utilisé dans de premiers projets pilotes de la Confédération.² Par «modèle tessinois», on entend le schéma de contrôle suivant (selon la description de la KBOB³):

Le critère de prix est subdivisé en deux sous-critères dans le cadre du «modèle tessinois»:

- Le prix nominal est évalué de façon linéaire dans le premier sous-critère: l'offre la plus avantageuse obtient alors la note la plus élevée, les autres offres sont évaluées sur une courbe de prix descendante linéaire.
- La fiabilité du prix est évaluée dans le deuxième sous-critère: la note la plus élevée est attribuée à l'offre qui se situe dans la médiane des offres remises (c.-à-d. l'offre qui se situe «au centre» des offres remises, soit pour laquelle il existe autant d'offres plus avantageuses que d'offres plus onéreuses). Les sous-variantes prévoient que la valeur estimée par l'adjudicateur est également prise en compte pour la fixation de la médiane ou que la note maximale est attribuée à toutes les offres qui se situent dans une plage de variation (p. ex. 5 à 10%) autour de la médiane.

La pondération des deux sous-critères peut être identique ou différente. Globalement – c.-à-d. les deux sous-critères ensemble –, la pondération du prix ne devrait pas excéder le niveau habituel.

En guise d'alternative au «modèle tessinois», il a également été évoqué pour l'évaluation de la «fiabilité du prix» (1) d'examiner les expériences antérieures avec les soumissionnaires (interrogation d'anciens adjudicateurs pour savoir si le prix autrefois proposé par le soumissionnaire a été respecté durant le projet ultérieur ou s'il y a eu des discussions supplémentaires) ou (2) de procéder à des vérifications de prix (comparaison des taux horaires et des coûts de revient effectifs du soumissionnaire fondée sur l'hypothèse qu'une offre de prix inférieure aux coûts de revient débouche sur des prix «peu fiables», autrement dit des demandes supplémentaires au cours du projet).

Les deux méthodes sont susceptibles de fournir des indications quant à la «fiabilité» d'un prix proposé pour l'exécution future du contrat. Mais les deux méthodes ont des inconvénients significatifs:

- (1) La consultation des rapports d'expérience enfreint en effet le principe d'égalité de traitement, si un soumissionnaire qui n'a pas encore exécuté des marchés comparables est désavantagé.

¹ SCHNEIDER HEUSI, BR/DC 1/2020, p. 33, considère toujours que cette démarche est en contradiction avec la jurisprudence du Tribunal fédéral et estime par conséquent que la «fiabilité du prix» est un «critère sensible». Elle méconnaît le fait que la jurisprudence antérieure rendue sous l'ancien droit (qui ne connaissait notamment pas le critère d'adjudication «fiabilité du prix») ne peut plus s'appliquer telle quelle au nouveau droit.

² Guide de la KBOB du 20 octobre 2020 concernant l'acquisition de prestations de mandataire, annexe 2 (avec des exemples d'application).

³ Cf. pièce jointe n° 1 à l'annexe 2 au guide de la KBOB concernant l'acquisition de prestations de mandataire du 20 octobre 2020.

L'expérience de discussions supplémentaires passées ne permet pas non plus de conclure sans autre formalité à une formation du prix «peu fiable», car les avenants dans le cadre de projets antérieurs étaient peut-être parfaitement justifiés, notamment lorsqu'ils avaient été provoqués par des modifications de commande de l'adjudicateur. L'application de cette méthode en conformité avec le droit est donc exigeante.

- (2) La méthode de la vérification du prix implique une corrélation entre les coûts de revient spécifiques au soumissionnaire et les taux horaires proposés, ce qui exclut d'emblée certaines réflexions économiques (p. ex. la gestion de la charge de travail ou l'entrée sur un nouveau marché). La méthode repose en outre sur l'affirmation non démontrée qu'un prix qui ne couvrirait a priori pas les coûts serait nécessairement «compensé» par des avenants au cours du projet et ne serait donc pas «fiable». Une telle méthode est en outre inutile dans le cadre des critères d'adjudication, car l'art. 38, al. 3 prévoit de toute façon une obligation de vérification pour les offres anormalement basses. Pour finir, la mise en œuvre de la vérification du prix entraînerait une intervention excessive et objectivement injustifiée de l'adjudicateur dans les secrets d'affaires du soumissionnaire. Cette intervention est disproportionnée et s'avère également problématique à la lumière de la confidentialité exigée à l'art. 11, let. e.

Tiré de: Mario Marti
Changement de paradigme en droit des marchés publics
Stämpfli Editions
2022