



Intervention parlementaire

Réponse du Conseil-exécutif

N° de l'intervention : 109-2024
Type d'intervention : Interpellation
Motion ayant valeur de directive : ☐
N° d'affaire : 2024.RRGR.165

Déposée le : 03.06.2024

Motion de groupe : Non
Motion de commission : Non
Déposée par : Josi (Wimmis, UDC) (porte-parole)
Zumbrunn (Brienz BE, UDC)

Cosignataires : 0

Urgence demandée : Non
Urgence accordée :

N° d'ACE : 1184/2024 du 20 novembre 2024
Direction : Direction des finances
Classification : Non classifié

Critère d'adjudication « plausibilité de l'offre » selon l'article 29 AIMP

En 2020, une entreprise tessinoise a remporté le marché des travaux d'installation électrique dans le cadre du projet de rénovation de l'établissement pénitentiaire de Witzwil. Son offre s'élevait à environ 2,8 millions de francs. Les autres soumissionnaires ont chiffré les prestations demandées à des montants compris entre 5 millions et 5,8 millions de francs. Concernant l'offre tessinoise, il est donc manifeste qu'on est ici en présence de dumping ; la plausibilité de l'offre n'a pas été vérifiée comme cela aurait dû être fait conformément à l'article 29, alinéa 1 de l'AIMP.

De nouveaux instruments du droit des marchés publics existent : l'examen obligatoire des offres au prix manifestement bas, comprenant une éventuelle exclusion, ou encore le critère d'adjudication appelé « fiabilité du prix » inscrit dans la loi fédérale et que de nombreux cantons connaissent, hormis le canton de Berne. Dans ce dernier, la mandante ou le mandant vérifie uniquement la plausibilité de l'offre au sens de l'article 29 de l'AIMP (Critères d'adjudication). La question se pose alors de savoir comment cet instrument est utilisé.

Le Conseil-exécutif est prié de répondre aux questions suivantes :

1. Quels sont les instruments utilisés pour vérifier la plausibilité de l'offre selon l'article 29, alinéa 1 de l'AIMP ?
2. La « fiabilité du prix » est-elle comprise dans le critère de « plausibilité de l'offre » ?
3. Dans la négative, quelles en sont les raisons ?

Réponse du Conseil-exécutif

Le Directeur des travaux publics et des transports s'est déjà exprimé devant le Grand Conseil au sujet de l'affaire évoquée au premier paragraphe de l'interpellation (2023.BVD.613). Le Conseil-exécutif répond donc de manière générale aux questions qui s'y rapportent. Il tient simplement à souligner que le marché en question a été adjugé en 2020, c'est-à-dire avant la révision totale de l'Accord intercantonal sur les marchés publics (AIMP), qui a pris effet le 1^{er} février 2022. Il est donc normal que la plausibilité de l'offre n'ait pas été contrôlée, puisque ce critère d'adjudication a été introduit à l'occasion de la révision de l'AIMP. Au vu de l'offre anormalement basse du soumissionnaire en question, l'Office des immeubles et des constructions (OIC), qui était responsable de cette adjudication, avait néanmoins demandé des précisions concernant le respect des exigences, conformément à ce que prévoyait déjà le droit en vigueur à l'époque (art. 28 OCMP), et avait clarifié sa marge de manœuvre juridique. Son contrôle n'ayant pas permis d'établir de motif d'exclusion, il avait dû adjuger le marché au soumissionnaire en question.

1. Quels sont les instruments utilisés pour vérifier la plausibilité de l'offre selon l'article 29, alinéa 1 de l'AIMP ?

La plausibilité de l'offre est l'un des critères d'adjudication qu'il est possible d'utiliser pour évaluer les offres soumises dans une procédure d'appel d'offres public. Comme pour tous les autres critères d'adjudication (hormis le prix, qui est un critère obligatoire), le service adjudicateur est libre de l'utiliser ou non et, le cas échéant, il définit sa pondération et la manière d'évaluer s'il est rempli. L'AIMP ne prescrit pas de méthode en la matière. Celle-ci relève donc aussi du pouvoir discrétionnaire du service adjudicateur qui, en vertu du principe de transparence (art. 2 AIMP), doit néanmoins l'indiquer dans son dossier d'appel d'offres.

L'examen de la plausibilité de l'offre consiste à évaluer le risque que le marché soit mal exécuté, voire pas du tout, ou qu'il revienne plus cher que le prix annoncé. Mais le prix n'est pas l'unique aspect que le service adjudicateur doit examiner. Le fait qu'il soit inférieur à celui d'autres soumissionnaires ne signifie pas pour autant que l'offre n'est pas plausible, car cette différence peut se justifier, comme le montrent les considérations ci-après. Se référer exclusivement au prix serait contraire aux principes d'économicité et d'efficacité de la mise en concurrence ancrés dans le droit des marchés publics (art. 2 AIMP), car cela inciterait les soumissionnaires à proposer des prix artificiellement élevés ou à s'accorder sur les prix. Aux termes des dispositions légales (art. 38, al. 3 AIMP), l'adjudicateur qui reçoit une offre dont le prix est anormalement bas par rapport aux prix des autres offres doit cependant demander les renseignements utiles au soumissionnaire afin de s'assurer que les conditions de participation sont remplies et que les autres exigences de l'appel d'offres ont été comprises.

Pour vérifier la plausibilité de l'offre, le service adjudicateur doit donc recourir aux connaissances qu'il a du marché et du domaine pour se forger une opinion justifiée et argumentée quant à la faisabilité de l'offre avec les personnes et moyens annoncés et dans les délais et la qualité requis. Dans le doute, il peut demander aux soumissionnaires concernés de lui fournir des précisions (art. 38, al. 2 AIMP) et de lui exposer, par exemple, leur mode de calcul ou les méthodes qu'ils comptent employer.

Le « dumping », c'est-à-dire le fait de soumettre des offres à un prix inférieur au coût de revient, est en principe autorisé, dans les marchés publics comme dans le secteur privé, pourvu que les conditions de participation et les critères d'aptitude soient remplis. Dans le cadre de la libre concurrence, il peut constituer un moyen légitime de conquérir ou de conserver des parts de marché, de sauvegarder des emplois, de couvrir des coûts fixes ou d'acquérir de l'expérience ou

des références en vue de prochains marchés, par exemple. Avec ce genre d'offre, le service adjudicateur court toutefois à l'évidence davantage de risques, par exemple que le marché soit mal exécuté ou que le soumissionnaire tente, dès que possible, de facturer des coûts supplémentaires injustifiés. Pour s'en prémunir, le service adjudicateur est tenu, dans la limite du raisonnable (p. ex. en procédant à une étude de marché), de vérifier si l'offre est réalisable au prix particulièrement modique annoncé. En outre, il doit prendre des mesures appropriées dans le cadre de son appel d'offres. Pour ce faire, le critère d'adjudication que constitue la « plausibilité de l'offre » n'est qu'un moyen parmi d'autres, notamment :

- les critères d'aptitude, selon lesquels les soumissionnaires doivent établir la preuve de leur capacité et stabilité économiques, par exemple au moyen d'indicateurs financiers extraits de leur rapport d'activité, ou basés sur le nombre ou la portée des poursuites engagées contre eux ;
- les critères d'aptitude ou d'adjudication fondés sur des références certifiant aux soumissionnaires qu'ils ont exécuté des marchés comparables dans le respect du prix et de la qualité ;
- la définition de clauses contractuelles propres à réduire les risques, en fixant par exemple des règles régissant le contrôle de la qualité, la réception de l'ouvrage, le plan de paiement, les conséquences des retards et la gestion des perturbations d'activité. L'inobservation de ce genre de clauses peut notamment être sanctionnée par un système de malus ou par des peines conventionnelles.

Les mesures de ce type doivent toutefois restées mesurées, car elles peuvent restreindre le nombre de soumissionnaires potentiels, les inciter à répercuter sur le prix les risques qu'ils sont ainsi amenés à supporter ou les dissuader de répondre à l'appel d'offres, avec pour résultat d'obtenir moins d'offres ou des offres plus onéreuses. Avant de décider de l'opportunité de prendre ce genre de mesures et, le cas échéant, de déterminer lesquelles, il faut donc toujours évaluer les risques encourus au cas par cas. En d'autres termes, on ne peut jamais totalement écarter la possibilité que ces risques se réalisent, par exemple si l'adjudicataire fait faillite, car le « risque zéro » n'existe pas, dans les marchés publics comme dans toute activité économique.

2. *La « fiabilité du prix » est-elle comprise dans le critère de « plausibilité de l'offre » ?*

3. *Dans la négative, quelles en sont les raisons ?*

Non. Lors de la révision de l'AIMP, les cantons n'ont pas jugé opportun d'y intégrer ce critère d'adjudication, que le parlement fédéral avait ajouté dans la législation fédérale sur les marchés publics. Ils ont estimé qu'il n'était pas applicable (Message type relatif à l'AIMP, p. 69), ne serait-ce que parce que sa définition et la manière de le mesurer sont floues.

Destinataire

– Grand Conseil