

Fiche d'information

Traitement des offres dont le prix est anormalement bas

(art. 38, al. 3, et art. 44, al. 2, let. c, LMP/AIMP 2019)

Berne, le 1^{er} juin 2023 (V 1.0)

Dans le contexte de la révision du droit des marchés publics et de l'objectif visant à faire évoluer la culture en matière d'adjudication vers une concurrence davantage axée sur la qualité, la question se pose de savoir si et comment des offres «dont le prix est anormalement bas», c'est-à-dire des offres avec un prix total ou des éléments de coût comparativement bas, peuvent être prises en compte lors de l'évaluation des offres.

Les adjudicateurs sont désormais légalement tenus de demander des renseignements aux soumissionnaires s'ils font une offre dont le prix est anormalement bas. Cette vérification vise à «s'assurer que les conditions de participation sont remplies et que les autres exigences de l'appel d'offres ont été comprises» (art. 38, al. 3, LMP/AIMP 2019).

Dans la mesure où le soumissionnaire concerné ne prouve pas, après y avoir été invité, qu'il remplit les conditions de participation, et ne donne aucune garantie que les prestations faisant l'objet du marché à adjuger seront exécutées conformément au contrat, l'adjudicateur peut l'exclure de la procédure d'adjudication (art. 44, al. 2, let. c, LMP/AIMP).

Offres dont le prix est anormalement bas selon l'ancienne législation et selon la législation révisée (LMP/AIMP)

La loi fédérale sur les marchés publics en vigueur jusqu'à fin 2020 (LMP 1996) et l'accord intercantonal sur les marchés publics (AIMP 2001) ne prévoyaient encore aucune disposition explicite relative à la gestion des offres dont le prix est anormalement bas. La possibilité de poser des questions au soumissionnaire y prenait la forme d'une disposition potestative: en ce qui concerne les offres dont le prix est anormalement inférieur aux autres, l'adjudicateur *pouvait* demander des précisions au soumissionnaire afin de s'assurer qu'il n'existait aucun motif d'exclusion au sens de l'art. 11 aLMP

(art. 25, al. 4, aOMP) et que les conditions de participation étaient respectées ainsi que les conditions du marché satisfaites (§ 31 DEMP).

Selon la nouvelle législation, l'adjudicateur qui reçoit une offre dont le prix est anormalement bas par rapport aux prix des autres offres *doit* demander les renseignements utiles au soumissionnaire afin de s'assurer que les conditions de participation sont remplies et que les modalités du marché ont été comprises, conformément à l'art. 38, al. 3, LMP/AIMP. Faute d'éléments d'information permettant de conclure que les conditions de participation sont remplies et que les prestations faisant l'objet du marché à adjuger seront exécutées conformément au contrat, l'adjudicateur peut exclure l'offre (cf. art. 44, al. 2, let. c, LMP/AIMP). Dans ce cas, l'adjudicateur notifie une décision d'exclusion vis-à-vis du soumissionnaire (art. 51, al. 1, LMP/AIMP).

L'actuel droit des marchés publics de la Confédération se distingue de celui des cantons dans la mesure où l'art. 38, al. 3, LMP parle d'un «*prix total*» anormalement bas alors que l'art. 38, al. 3, AIMP utilise la notion légèrement plus large de «prix». De par cette formulation, les cantons souhaitent donner une possibilité d'exclure les offres dont les *prix individuels* sont anormalement bas, sans pour autant que le prix total soit également anormalement bas (à cet égard cf. message type de l'AiMp relatif à l'AIMP 2019 du 16 janvier 2020, p. 79).

Principe de libre calcul du prix

Le Tribunal fédéral part du principe que les soumissionnaires sont libres de calculer les prix offerts comme ils le souhaitent, dans la mesure où ils respectent les conditions données dans l'appel d'offres.

Comme le Tribunal fédéral l'a déjà relevé à plusieurs reprises (cf. ATF 143 II 553, consid. 7), les offres dont les prix sont comparativement bas ne

sont pas interdites en tant que telles si les soumissionnaires remplissent les conditions de participation, les exigences relatives à la prestation elle-même et les critères d'aptitude (capacité professionnelle, financière, économique, technique ou organisationnelle).

Les adjudicateurs ne devraient ainsi pas exclure automatiquement de l'adjudication une offre dont le prix est très bas, même en cas d'importantes différences de prix. Selon le Tribunal fédéral, il s'agit de clarifier dans la limite du raisonnable si l'offre dont le prix est particulièrement bas est réalisable au prix proposé. Dans la mesure où les clarifications supplémentaires révèlent que l'offre concernée présente effectivement des défauts, il s'agit de l'exclure ou de l'évaluer à la baisse sur la base de ceux-ci et non de son prix.

Interdictions relatives au calcul du prix

Les offres qui contreviennent à la loi fédérale contre la concurrence déloyale (LCD, par ex. «offres d'appel») ou à la loi sur les cartels (LCart) sont dans tous les cas interdites. Ce dernier cas pourrait par exemple se produire si un soumissionnaire abuse de son pouvoir de marché vis-à-vis de ses concurrents au sens de l'art. 7 LCart, et le premier cas si une entreprise couvre la différence par rapport au prix coûtant en recourant à des moyens illégaux, par exemple en enfreignant des conventions collectives de travail ou en utilisant les économies réalisées par soustraction d'impôt ou de redevances. Pour de telles offres, il existe des motifs d'exclusion au sens des art. 44, al. 1, let. g ou 44, al. 2, let. b, f, g ou h LMP/AIMP.

De plus, la jurisprudence précise que les offres pour lesquelles un subventionnement croisé se traduit par un calcul plus avantageux sont problématiques (ATF 2C_838/2019). C'est pourquoi, en cas de soupçon de subventionnement croisé, il existe une obligation de vérification adaptée aux circonstances particulières de la part de l'adjudicateur, par exemple si des soumissionnaires publics (ou gérés par les pouvoirs publics) soumettent une offre (cf. ATAF B-3797/2015; ATF 2C_582/2016).

Quand le prix d'une offre est-il considéré comme anormalement bas?

Compte tenu de la jurisprudence du Tribunal fédéral, de la formulation ouverte figurant dans le droit des marchés publics ainsi que de l'article sur le but (art. 2 LMP/AIMP), il y a lieu de décider au cas par cas dans quelle mesure le prix d'une offre semble anormalement bas.

La loi ne précise pas quand il faut considérer que le prix d'une offre est anormalement bas. On peut identifier une offre dont le prix est anormalement

bas en la comparant avec les autres offres, des valeurs empiriques issues de marchés antérieurs ou l'estimation interne des coûts. Il s'agit souvent (mais pas nécessairement) d'une offre qui ne couvre pas le prix de revient.

En théorie, un prix calculé en bonne et due forme comprend le prix de revient du soumissionnaire (salaires, matériel, services, coûts fixes) ainsi qu'une marge usuelle pour la branche et le marché concernés. Un soumissionnaire qui dépose une offre à un prix anormalement bas accepte de subir une perte économique dans le cadre de l'activité concernée afin de produire des effets positifs pour lui-même.

En Suisse, la pratique n'a pas édicté de règles absolues concernant le pourcentage («seuil d'intervention») à partir duquel le prix d'une offre est considéré comme anormalement bas par rapport à celui des offres des concurrents (cf. toutefois à cet égard par ex. les arrêts du Tribunal administratif du canton de Vaud selon lesquels un prix inférieur de 30 % à la moyenne des autres constitue un indice d'un prix anormalement bas [MPU.2013.0003 et MPU.2020.0019]). Dans l'un de ses arrêts, le Tribunal administratif du canton d'Argovie considère à l'inverse que des différences de prix de 25 % ne sont pas inhabituelles dans le secteur des services et ne permettent pas de conclure en soi à une «offre de dumping» [AGVE 2014 p. 192]. En Allemagne, le Tribunal régional supérieur de Düsseldorf a validé un seuil d'intervention avec un écart d'«au moins 20 %» par rapport à l'offre dont le prix est le plus proche [VII-Verg 26/19]).

Des divergences en pourcentage par rapport aux valeurs empiriques de longue date peuvent constituer un indice d'un prix anormalement bas, mais ne dispensent pas l'adjudicateur de clarifier si l'offre en question est réalisable au prix proposé.

Étendue des preuves à fournir en droit international

Étant donné que ni la LMP, ni l'AIMP ne se prononcent en ce qui concerne l'étendue des preuves à fournir, il est approprié, à titre de comparaison, de se pencher sur ce que prévoit le droit de l'UE en matière d'offres dont le prix est anormalement bas (directive 2014/24/UE): le ch. 103 des considérations préliminaires précise que «Les offres qui paraissent anormalement basses par rapport aux travaux, fournitures ou services concernés *pourraient reposer sur des hypothèses ou des pratiques techniquement, économiquement ou juridiquement contestables*». Dans ce cas, l'adjudicateur serait tenu de demander des explications au soumissionnaire. Conformément à l'art. 69, al. 2 de la directive en question, les explications peuvent concerner notamment: a) l'économie du procédé de fabrication des produits, de la prestation

des services ou du procédé de construction; b) les solutions techniques adoptées ou les conditions exceptionnellement favorables dont dispose le soumissionnaire pour fournir les produits ou les services ou pour exécuter les travaux; c) l'originalité des travaux, des fournitures ou des services proposés par le soumissionnaire; d) le respect des obligations dans les domaines du droit environnemental, social et du travail; e) le respect des obligations par les sous-traitants; f) l'obtention éventuelle d'une aide d'État par le soumissionnaire.

L'adjudicateur évalue les informations fournies en consultant le soumissionnaire. Il ne peut rejeter l'offre que si les éléments de preuve fournis n'expliquent pas de manière satisfaisante le bas niveau du prix ou des coûts proposés, compte tenu des éléments visés ci-dessus.

Cas où l'exclusion est autorisée

L'exclusion d'une offre dont le prix est anormalement bas peut donc être indiquée dans certains cas si, malgré les explications demandées au soumissionnaire, il existe des éléments d'information

permettant de conclure que les conditions de participation ne sont pas remplies et que les prestations faisant l'objet du marché à adjudger ne seront pas exécutées conformément au contrat. À cet égard, il s'agit néanmoins de tenir compte du fait qu'un soumissionnaire n'est pas tenu de fournir la preuve selon laquelle les conditions de participation sont remplies et les conditions du marché pourront être satisfaites au sens juridique du terme (ATF 2P.70/2006 et 2P.71/2006).

Une exclusion peut par exemple avoir lieu lorsque des investigations poussées révèlent que le soumissionnaire est effectivement incapable de fournir les prestations demandées au prix offert et de respecter les modalités du marché (ATAF B-2686/2022).

Renseignements complémentaires

Secrétariat de la KBOB

kbob@bbl.admin.ch

Bureau de la CA

bkb@bbl.admin.ch