

diesem Zeitpunkt nicht effektiv bezweifelbaren Expertise des Experten unterlegen, doch spielt es im vorliegenden Zusammenhang keine Rolle, ob sie angefochten hat oder nicht, solange sie von der Bestechung nichts wusste oder diese nicht beweisen konnte). Aufgrund einer korrigierten Expertise und Bewertung ist erstellt, dass die genannte Anbieterin den Zuschlag erhalten hätte, und es besteht auch kein Zweifel daran,

dass die Vergabestelle dem richtigen Ergebnis gefolgt wäre, wenn sie es gekannt hätte. In einem solchen Fall ist es hinreichend wahrscheinlich, dass das rechtswidrige Handeln der Vergabestelle (die sich das Handeln ihres Experten anrechnen lassen muss) dazu geführt hat, dass der Anbieterin der Vertrag und der damit verbundene Gewinn entgangen sind.

La validité des critères de la fiabilité du prix et des différents niveaux de prix en droit cantonal

Selon la Cour constitutionnelle jurassienne, le législateur cantonal n'est pas autorisé à insérer – dans la loi (cantonale) d'adhésion à l'Accord intercantonal sur les marchés publics – des critères d'adjudication supplémentaires à ceux énumérés à l'art. 29 al. 1 AIMP. L'ajout, dans la loi jurassienne, des critères de la fiabilité du prix et des différents niveaux de prix où la prestation est fournie viole l'art. 63 al. 4 AIMP, qui limite l'autonomie législative des cantons en ne leur permettant d'adopter que des dispositions d'exécution.

Das Verfassungsgericht des Kantons Jura hat den kantonalen Gesetzgeber zurückgebunden. Im Gesetz über den Beitritt des Kantons zur IVöB 2019 dürfen keine Zuschlagskriterien formuliert werden, die zu den Zuschlagskriterien hinzutreten sollen, die schon in Art. 29 Abs. 1 IVöB geregelt werden. Der Zusatz, wonach es beim Zuschlag auch auf die «Verlässlichkeit des Preises» ankommen soll und die «unterschiedlichen Preisniveaus in den Ländern, in welchen die Leistung erbracht wird» (siehe dazu Art. 29 BöB), berücksichtigt werden dürfen, läuft Art. 63 Abs. 4 IVöB zuwider, nach dem die beitretenden Kantone lediglich Ausführungsbestimmungen erlassen können.

Arrêt de la Cour constitutionnelle jurassienne du 14 décembre 2023 (CST 1/2023)

Domenico Di Cicco, docteur en droit, avocat, chargé de cours de l'Université de Fribourg à l'EPFL*

Le cas

(259) Le 6 septembre 2023, le Parlement de la République et Canton du Jura a approuvé en deuxième lecture sa nouvelle loi sur les marchés publics (LMP-JU), laquelle a été publiée dans le Journal officiel cantonal.

L'art. 15 al. 3 de cette loi avait la teneur suivante :

« En plus des critères d'adjudication mentionnés dans l'AIMP, les critères < fiabilité du prix > et < différence de niveau des prix dans les pays dans lesquels la prestation est fournie > peuvent être pris en compte dans le respect des engagements internationaux de la Suisse. »

Le 25 septembre 2023, le Gouvernement de la République et du Canton du Jura a déposé une requête en contrôle de la constitutionnalité et de la conformité au droit supérieur de cette loi, en demandant à la Cour constitutionnelle de constater la nullité de l'art. 15 al. 3 LMP-JU.

En substance, le Gouvernement faisait valoir que l'art. 15 al. 3 LMP-JU, en tant qu'il introduisait deux nouveaux critères d'adjudication par le biais du droit d'exécution, serait contraire au droit supérieur, notamment à l'Accord intercantonal sur les marchés publics du 15 novembre 2019 (ci-après : AIMP), adopté par le Parlement de la République et du Canton du Jura le 21 juin 2023.

Dans sa détermination du 30 octobre 2023, le Parlement a conclu au rejet de la requête.

L'arrêt

La Cour constitutionnelle a suivi la position du Conseil d'État et prononcé la nullité de l'art. 15 al. 3 LMP-JU. La Cour a en outre constaté que la disposition légale annulée était séparable de la loi attaquée, de sorte que les autres dispositions légales pouvaient entrer en vigueur (à l'exclusion de celle annulée).

1. Le droit jurassien institue une Cour constitutionnelle (art. 104 Cst.-JU) et confère au gouvernement cantonal la compétence de déposer des « requêtes en contrôle de la constitutionnalité des lois » auprès de cette instance (art. 178 let. a

* L'auteur remercie vivement le Prof. Martin Beyeler pour ses précieux conseils durant la rédaction de cette contribution.

Cpa-JU). Ces « requêtes » s'apparentent au demeurant à un recours abstrait, dans la mesure où elles permettent à la Cour d'annuler les lois soumises au contrôle du respect du droit supérieur.

2.1. Saisie d'une requête en contrôle de la constitutionnalité d'une loi, la Cour constitutionnelle doit examiner si celle-ci est conforme au droit fédéral, au droit international, à la Constitution cantonale et au droit intercantonal (art. 185 al. 1 Cpa-JU).

La Cour n'annule la loi attaquée que si celle-ci ne se prête à aucune interprétation conforme au droit invoqué ou si, en raison des circonstances, sa teneur fait craindre avec une certaine vraisemblance qu'elle soit interprétée de façon contraire au droit supérieur.

Dans le cadre d'un contrôle abstrait, si une interprétation conforme de la loi attaquée paraît possible, elle ne sera alors pas annulée au seul motif qu'elle puisse éventuellement être appliquée de façon inconstitutionnelle dans un cas particulier.

2.2. La Cour rappelle les différentes méthodes d'interprétation de la loi (littérale, historique, téléologique et systématique). Elle souligne également que le droit fédéral des marchés publics et sa pratique y relative peuvent constituer une source d'interprétation pour l'application du droit cantonal et intercantonal. Cela vaut aussi pour le droit européen des marchés publics et la jurisprudence rendue en la matière.

2.3. La Cour se réfère également à l'art. 185 al. 2 Cpa-JU, qui limite le pouvoir d'examen de la Cour aux griefs invoqués devant elle, sauf lorsque la loi attaquée est manifestement contraire au droit supérieur. Nous y reviendrons dans le commentaire de l'arrêt ci-dessous.

3. Le Gouvernement jurassien fait valoir que l'art. 15 al. 3 LMP-JU serait contraire au droit supérieur en tant qu'il adopte, en plus des critères d'adjudication mentionnés dans l'AIMP, ceux de la fiabilité du prix et de la différence des niveaux des prix dans les pays où la prestation est fournie. L'ajout de ces deux critères d'adjudication violerait ainsi l'art. 63 al. 4 AIMP, qui dispose que les cantons peuvent édicter des dispositions d'exécution de l'Accord dans le respect des engagements internationaux.

4.1. La Cour procède à l'interprétation de l'art. 63 al. 4 AIMP, qui autorise les cantons à adopter des dispositions d'exécution. Par définition, les dispositions d'exécution doivent s'en tenir au cadre légal et ne peuvent notamment pas établir des nouvelles règles limitant les droits ou imposant de nouvelles obligations, même si ces règles sont compatibles avec les buts de la loi. La Cour retient que l'AIMP révisé a été conçu comme une réglementation détaillée et, pour l'essentiel, exhaustive. Elle rappelle en outre que les cantons doivent se conformer au droit intercantonal auquel ils ont adhéré (art. 48 al. 5 Cst.), comme c'est le cas en l'espèce du Canton du Jura qui a décidé de souscrire à l'AIMP révisé. Ceci posé, la Cour indique laisser ouverte la question de savoir si l'art. 15 al. 3 LMP-JU développe de nouvelles obligations légales, allant au-delà de simples dispositions d'exécution.

4.2. La Cour commence par rappeler qu'au plan historique, suite à la révision de l'accord OMC sur les marchés publics de 2012 (ci-après : AMP), la Confédération et les cantons devaient revoir leur législation respective en la matière. À l'occasion de la réforme législative qui s'était engagée à cet effet, la Confédération et les cantons étaient ainsi convenus de mettre parallèlement en œuvre les dispositions internationales dans le cadre de leurs compétences respectives.

4.3. La Cour souligne ensuite que les procédures législatives fédérale et cantonales avaient été menées séparément, mais qu'elles reposaient sur des propositions de réglementation émanant d'un groupe de travail paritaire composé de représentants de la Confédération et des cantons. Ceci rappelé, la Cour se plonge dans les discussions parlementaires fédérales et les travaux législatifs de l'autorité intercantonale, pour retenir en substance que l'art. 29 AIMP n'a volontairement pas repris les deux critères litigieux adoptés par l'Assemblée fédérale (c'est-à-dire la « fiabilité du prix » et la « différence des niveaux de prix dans les pays où la prestation est fournie »). Faute de reprise de ces deux critères dans l'AIMP, la Cour en déduit que les cantons ont renoncé à une harmonisation complète avec le droit fédéral. Elle fonde également sa position sur un argument d'interprétation historique, en se référant au vote négatif de 15 cantons de reprendre ces critères (dans le cadre d'une enquête menée durant l'été 2019), ainsi qu'au message accompagnant l'accord expliquant que le critère de la « différence des niveaux de prix » était difficile à appliquer et peu compatible avec l'interdiction de discrimination. La Cour considère encore que, dans la mesure où le Parlement jurassien a adhéré à l'AIMP, il s'oblige à le respecter dans sa législation d'exécution (art. 48 al. 5 Cst.), de telle sorte qu'il ne peut pas adopter des dispositions dont les cantons n'ont pas voulu lors de l'adoption de l'AIMP. Le fait que l'art. 29 AIMP contienne une liste non exhaustive des critères d'adjudication n'y change rien et ne saurait donc autoriser le canton à insérer des critères qui ont été exclus lors de l'adoption de l'AIMP.

4.4. La Cour conclut que les deux critères susmentionnés ont été expressément exclus par l'AIMP, de sorte que leur reprise dans la législation cantonale, au moyen de l'art. 15 al. 3 LMP-JU, est contraire au droit intercantonal et donc frappée de nullité (art. 189 Cpa-JU). La disposition légale annulée est séparable du reste de la loi, laquelle peut donc entrer en vigueur et la procédure législative suivre son cours (art. 187 Cpa-JU).

Le commentaire

1. Cette jurisprudence présente la singularité de porter sur un contrôle abstrait d'une loi cantonale adhérent à l'AIMP révisé. Dans le cadre des récentes procédures cantonales d'adhésion à l'AIMP, cette situation ne s'est produite à notre connaissance et pour l'instant que dans les cantons de Neuchâtel et de Vaud¹.

¹ Arrêt Cour constitutionnelle du TC-VD, CCST.2022.0003 du 1^{er} mai 2023 (recours pendant au TF sous la référence 2C_325/2023). À Neuchâtel, deux recours distincts ont été déposés au Tribunal fédéral (affaires pendantes).

a. L'intérêt de cette jurisprudence réside en particulier dans l'examen *in abstracto* de la possibilité pour les cantons de prévoir dans leur législation deux critères d'adjudication dont la validité est controversée, à savoir ceux de la « fiabilité du prix » et de la « différence des niveaux de prix dans les pays où la prestation est fournie », étant rappelé que ces critères figurent dans la loi fédérale révisée (art. 29 al. 1 LMP). La portée de la réponse à cette question s'étend potentiellement au-delà des frontières jurassiennes, car de nombreux autres cantons ont inséré ces deux critères (ou l'un d'entre eux) dans leur loi d'adhésion à l'AIMP².

b. Dans ces autres cantons, la loi cantonale prévoyant ces critères litigieux n'a cependant pas fait l'objet de recours, de sorte qu'elle est entrée en vigueur. La question de la validité de ces critères ne pourra ainsi qu'être examinée de façon incidente, dans le cadre d'un recours individuel et concret vraisemblablement dirigé contre un appel d'offres qui prévoit l'un de ces deux critères d'adjudication. Cette éventualité sera approfondie dans les développements qui suivent.

2. La motivation de l'arrêt rendu par la Cour constitutionnelle est quelque peu regrettable, dans la mesure où elle se fonde exclusivement sur l'art. 63 al. 4 AIMP. La Cour a ainsi limité son examen à des questions formelles de compétence, en particulier en lien avec l'autonomie législative résiduelle des cantons ayant adhéré à l'AIMP révisé. Or, s'il est exact que l'art. 63 al. 4 AIMP limite la compétence législative laissée aux cantons en matière de marchés publics, puisque cette norme ne permet aux cantons d'adopter « que » des dispositions d'exécution, les conséquences qu'en tire la Cour à propos de l'ajout de critères d'adjudication dans la loi cantonale et son interprétation historique de l'art. 29 al. 1 AIMP paraissent critiquables.

a. S'agissant d'abord de l'ajout de critères d'adjudication au niveau de la loi cantonale, on peine à voir en quoi cette démarche du législateur cantonal pourrait contrevenir uniquement à l'art. 63 al. 4 AIMP, puisque l'art. 29 al. 1 AIMP énumère une liste non exhaustive de critères d'adjudication (Message type AIMP du 8.9.2022, p. 69). L'ajout de critères d'adjudication supplémentaires paraît donc en soi compatible avec la compétence législative résiduelle laissée aux cantons ayant adhéré à l'AIMP. D'après notre interprétation de l'art. 29 al. 1 AIMP en lien avec l'art. 63 al. 4 AIMP, la contrariété au droit supérieur d'un critère d'adjudication inséré au niveau de la loi cantonale ne peut être constatée qu'à l'issue d'un examen matériel du critère litigieux. En d'autres termes, le constat de la violation de l'art. 63 al. 4 AIMP implique nécessairement un certain examen matériel du critère d'adjudication litigieux (lequel peut par exemple s'avérer contraire aux buts et principes du droit des marchés publics). Cette lacune dans la motivation de l'arrêt peut cependant s'expliquer par l'art. 185 al. 2 Cpa-JU, qui limite le pouvoir d'examen de la Cour aux griefs invoqués devant elle. À la lecture de l'arrêt, il semblerait en

effet que le Gouvernement jurassien se soit limité à soulever la violation de l'art. 63 al. 4 AIMP, sans autre grief matériel, ce qui paraît aussi regrettable.

b. S'agissant ensuite de l'interprétation historique de l'art. 63 al. 4 AIMP, le raisonnement de la Cour qui retient que les deux critères litigieux auraient été volontairement exclus de l'AIMP, en se référant notamment au résultat de l'enquête menée auprès des cantons durant l'été 2019 (15 cantons se sont déclarés défavorables à la reprise des deux critères), nous paraît peu convaincant. Outre le fait que le résultat du vote consultatif ait été mitigé, il convient de garder à l'esprit que l'entité législative intercantonale n'était pas un parlement ordinaire, mais une conférence réunissant des représentants de chaque canton issus du pouvoir exécutif (Conférence suisse des directeurs cantonaux des travaux publics, de l'aménagement du territoire et de l'environnement). La volonté du « législateur intercantonal » – si tant est que cette notion soit saisissable – ne nous paraît ainsi pas pouvoir être établie à la lumière d'une décision ponctuelle que « l'organe législatif » de ce pouvoir intercantonal a prise à l'issue d'une enquête consultative. Selon nous, la Cour fait en outre une lecture erronée du message de l'AIMP révisé, en particulier des passages expliquant la décision de ne pas reprendre ces deux critères d'adjudication dans l'accord. En effet, le message indique expressément que le comité de pilotage politique avait proposé de ne reprendre que le critère de la « plausibilité de l'offre » et de conserver pour le surplus la formulation potestative de la disposition, comme dans la version initiale du Conseil fédéral et des cantons. Le message indique encore qu'« [u]ne harmonisation complète de cette disposition n'est donc pas soutenue par les cantons » (Message type AIMP du 8.9.2022, p. 69). À notre sens, ces passages ne permettent pas de conclure que l'AIMP ait retiré toute compétence aux cantons ayant adhéré à l'accord d'adopter des critères d'adjudication supplémentaires, respectivement les deux critères litigieux de la « fiabilité du prix » et de la « différence des niveaux de prix ». Au contraire, le fait d'avoir volontairement maintenu une formulation potestative et d'avoir sciemment renoncé à une harmonisation sur ces critères plaide en faveur d'une autonomie laissée aux cantons en la matière.

3. À la faveur des développements qui précèdent, la conformité au droit supérieur de ces deux critères d'adjudication – insérés au niveau d'une loi cantonale – doit faire l'objet d'un examen matériel, étant rappelé que dans le cadre d'un recours abstrait, la norme examinée ne doit être annulée que si son interprétation conforme au droit supérieur paraît exclue. Comme le rappelle la Cour, le fait qu'une norme puisse se révéler contraire au droit supérieur dans un cas d'application particulier ne suffit pas à la rendre nulle *in abstracto* (cons. 2.1). Il convient d'examiner la conformité matérielle de chaque critère d'adjudication séparément.

4. Le critère d'adjudication tendant à prendre en compte la « différence des niveaux de prix dans les pays où la prestation est fournie » est matériellement contraire au droit supérieur et toute interprétation conforme avec celui-ci paraît exclue.

² Cf. § 2 DöB-AG, art. 3 let. a et b EGöB-AI, § 4 let. g EG IVöB-BL, § 2 EG IVöB-BS, art. 5 EG IVöB-GL, § 2 EG IVöB-LU, § 3 SubG-SO, § 3 Kantonsratsbeschluss über den Beitritt zur IVöB-SZ, § 3 GöB-TG, art. 9 al. 1 OcMP-VS, § 2 SubG-ZG, § 4 BeiG IVöB-ZH.

a. D'après les discussions parlementaires à l'Assemblée fédérale et le calculateur mis à disposition par la KBOB, ce critère devrait *a priori* s'appliquer davantage comme un coefficient visant à majorer les prix formulés dans les offres, en fonction du niveau de prix dans le pays où la prestation est réalisée par le soumissionnaire³. Cette majoration interviendra uniquement dans le cadre de l'évaluation des offres, les prix offerts restant valables lors de l'éventuelle conclusion du contrat. En d'autres termes, le prix majoré ne sera utilisé que dans le cadre de la notation de ce critère. Concrètement, le pouvoir adjudicateur procédera à une majoration des prix offerts, lorsque la prestation est réalisée dans un pays où le niveau des prix est bas.

b. Selon cette définition, le critère de la «différence des niveaux de prix» est ainsi décorréolé des considérations techniques et/ou économiques qui devraient pourtant présider à l'évaluation des offres. En effet, ce critère ne fournit au demeurant aucune indication sur les mérites de l'offre déposée par un soumissionnaire. Le fait que les niveaux de prix soient bas ou élevés dans un pays ne permet pas de tirer quelque conclusion objective que ce soit sur le rapport qualité-prix d'une offre déposée dans le cadre d'une procédure d'adjudication. Par conséquent, un tel «critère» contrevient manifestement à l'interdiction de discriminer les soumissionnaires, car il revient à pénaliser – sans motif valable – les soumissionnaires qui produisent leurs prestations dans des pays où le niveau de prix est bas, par rapport à ceux qui fournissent leur prestation dans un pays où le niveau de prix est élevé (p.ex. la Suisse). La doctrine considère ainsi que ce critère viole ainsi les art. IV AMP, art. 2 let. c AIMP et art. 11 let. c AIMP⁴.

c. Ce critère est aussi contraire au principe de la durabilité économique (anciennement désignée «utilisation parcimonieuse des deniers publics» [art. 2 let. a AIMP]) et à l'obligation d'adjuger le marché à l'offre la plus avantageuse (art. 41 AIMP), puisqu'il revient à pénaliser (indirectement) les prix bas. Selon nous, ce critère viole de surcroît le principe de la neutralité concurrentielle de l'État (art. 27 et 94 Cst.), car il revient à avantager indûment les entreprises qui produisent leur prestation dans des pays où le niveau des prix est élevé⁵. À cet égard, ce critère s'apparente à une mesure de politique économique visant aussi à avantager les entreprises actives en Suisse, où le niveau des prix est réputé particulièrement élevé⁶. Compte tenu de ce qui précède, toute application conforme de ce critère au droit supérieur paraît d'emblée exclue. Le fait que la base légale qui prévoit ce critère litigieux indique qu'il doit

être appliqué «dans le respect des engagements internationaux de la Suisse» n'y change rien, car ce critère est tout bonnement inconciliable avec les principes cardinaux qui sous-tendent toute procédure d'adjudication soumise au droit des marchés publics.

d. Au vu de ce qui précède, le critère de la «différence des niveaux de prix» viole en particulier les art. 2 let. a et c, 11 let. c et 41 AIMP, de sorte qu'il n'a pas sa place dans une loi cantonale adhérent à l'AIMP. Le législateur cantonal qui adopte ce critère dans la loi (cantonale) d'adhésion à l'AIMP révisé outre-passe ainsi la compétence législative résiduelle prévue à l'art. 63 al. 4 AIMP. Dans les cantons où la loi d'adhésion à l'AIMP prévoit ce critère et est déjà entrée en vigueur, il sera possible d'attaquer incidemment ce critère au moyen de recours concrets dirigés contre l'appel d'offres (pour autant que le pouvoir adjudicateur ait décidé d'appliquer ce critère). Le tribunal saisi d'un tel recours devra examiner si le critère d'adjudication appliqué en vertu de la loi cantonale est conforme à l'AIMP et à défaut, annuler l'appel d'offres vicié.

e. À noter que les conséquences ne sont pas tout à fait les mêmes au niveau fédéral, car l'art. 29 al. 1 LMP bénéficie de l'immunité des lois fédérales (art. 190 Cst.). Dans les marchés fédéraux, le critère de la «différence des niveaux de prix» pourrait ainsi trouver application en dehors du champ d'application des traités internationaux, étant souligné qu'il s'agit d'une hypothèse surtout théorique, notamment du fait que ce critère perdrait beaucoup de son utilité dans les procédures fermées à la concurrence internationale⁷.

5. Le critère de la fiabilité du prix présente un risque accru de contrariété au droit supérieur, en particulier au principe de la durabilité économique (art. 2 let. a AIMP) et de l'obligation légale d'adjuger le marché à l'offre la plus avantageuse (art. 41 AIMP)⁸. Cela est le cas, lorsque ce critère est défini et appliqué de façon à pénaliser les offres dont le prix s'écarte de la moyenne du prix des autres offres déposées ou de l'estimation du prix faite par le pouvoir adjudicateur. Selon cette définition classique du critère de la fiabilité du prix, un prix jugé trop bas par rapport à celui des autres offres déposées se fait ainsi sanctionner dans le cadre de sa notation, au seul motif qu'il est considéré comme «trop bas» ou «trop éloigné» du prix offert par les autres soumissionnaires, respectivement du prix de référence fixé par le pouvoir adjudicateur. La pratique tessinoise applique de cette façon le critère de la fiabilité du prix, où il est désigné sous l'appellation d'*attendibilità del prezzo* (art. 32 al. 1 LCPubb-TI). Dans le cadre de la mise en œuvre du nouvel art. 29 al. 1 LMP, la KBOB a élaboré un guide qui propose d'appliquer le critère de la fiabilité du prix selon la pratique tessinoise⁹.

³ Cf. BO CE 2019 N 314; KBOB, <<https://www.kbob.admin.ch/kbob/fr/home/themen-leistungen/revidiertes-beschaffungsrecht/instrumente.html>> (vu le 17 juin 2024). Cf. ég. Di Cicco D., Le prix dans le nouveau droit des marchés publics, in : J.B.-Zufferey/M. Beyeler/S. Scherler (éds), *Marchés publics 2022*, Zurich/Genève 2022, p. 333 ss, N 96 ss et les réf. cit.

⁴ D. Di Cicco, *Le prix en droit des marchés publics*, thèse Fribourg, Zurich 2022, N 709 ss; C. SCHNEIDER HEUSI, *Neues Vergaberecht in den Kantonen: Überblick und erste Bilanz*, ZBl 2023, p. 515 ss, p. 520 s.; H.R. TRÜEB/M. ZOBL, *Prise en compte des différents niveaux de prix dans les marchés publics – Admissibilité juridique et mise en œuvre pratique*, Zurich 2020, N 88 ss.

⁵ Aussi de cet avis : TRÜEB/ZOBL (n.4), N 83.

⁶ Di Cicco (n. 4), N 724 ss.

⁷ Cf. Di Cicco (n. 3), N 109 ss; TRÜEB/ZOBL (n. 4), N 7 ss, 61 ss.

⁸ Di Cicco (n. 3), N 68 ss et 78 ss; SCHNEIDER HEUSI (n. 4), p. 521 s.

⁹ KBOB, *Guide concernant l'acquisition de prestations de mandataire, Annexe 2: Fiche d'information pour les projets pilotes de la Confédération concernant les critères d'adjudication «fiabilité du prix» et «plausibilité de l'offre»* (art. 29, al. 1, LMP 2019), Berne 2020, p. 13 ss.

a. Le critère de la fiabilité du prix entre aussi en tension avec la liberté dont dispose les soumissionnaires pour calculer leur prix et formuler leur offre. En effet, le Tribunal fédéral a eu l'occasion de juger qu'un soumissionnaire est libre de travailler à perte et qu'il peut ainsi proposer un prix inférieur à son coût de revient, pourvu qu'il remplisse les conditions de participation et qu'il soit apte à fournir la prestation conformément aux exigences de l'appel d'offres¹⁰. En d'autres termes, si une offre est anormalement basse, il appartient au pouvoir adjudicateur de la traiter comme telle et de la clarifier conformément à l'art. 38 al. 3 AIMP. Si le soumissionnaire interpellé n'est pas en mesure de justifier son prix anormalement bas en donnant toutes les garanties nécessaires, le pouvoir adjudicateur pourra alors exclure l'offre en application de l'art. 44 al. 2 let. c AIMP. En d'autres termes, le pouvoir adjudicateur ne peut pas sanctionner – au travers d'un critère d'adjudication – un prix bas, au seul motif qu'il est précisément plus bas que celui des autres offres déposées. De deux choses l'une, soit le prix anormalement bas conduit à détecter une offre viciée, auquel cas il convient éventuellement de l'exclure de la procédure (et non de lui attribuer une note défavorable sur un critère d'adjudication), soit ce prix très bas a été offert de façon réfléchie par un soumissionnaire en mesure de prouver qu'il respecte les conditions de participation et les critères d'aptitude, auquel cas son offre particulièrement avantageuse sur le critère du prix doit être récompensée à ce titre.

b. En réalité, le critère de la fiabilité du prix a pour effet d'affaiblir la pondération du prix en tant que critère d'adjudication récompensant la capacité des soumissionnaires à offrir des prix bas, puisqu'un prix attractif sera récompensé lors de la notation du critère du prix (nominal), mais simultanément pénalisé lors de la notation du critère de la fiabilité du prix. Cette manière de procéder est d'autant plus problématique lorsque le critère de la fiabilité du prix est érigé en sous-critère du prix, car un tel sous-critère n'a au demeurant pas de lien cohérent avec le critère principal qu'il est censé concrétiser. Un tel procédé contradictoire, où un sous-critère (qualitatif) n'a pas de lien avec le critère principal (financier), peut en outre violer le principe de la transparence¹¹.

c. Selon la jurisprudence, le critère de la plausibilité de l'offre est en revanche admissible, car il vise à s'assurer que le soumissionnaire ait bien compris les exigences décrites dans l'appel d'offres¹². Par exemple, dans des marchés complexes, il peut se justifier de sanctionner le soumissionnaire qui sous-estime les quantités à fournir, car cela dénote un manque de compréhension de sa part à propos de la prestation qu'il devra fournir selon l'appel d'offres. Cet écart entre la prestation offerte et la prestation attendue dans l'appel d'offres doit cependant rester dans une limite raisonnable pour pouvoir n'être que sanctionnée dans le cadre de la notation des critères d'adjudication. Si la prestation offerte ne correspond pas ou s'écarte de façon excessive des exigences de l'appel d'offres,

l'offre concernée devra plutôt être exclue (art. 44 al. 1 let. b AIMP).

d. Tel que défini ci-avant (modèle tessinois), le critère de la fiabilité du prix est contraire à l'AIMP, puisqu'il contrevient au principe de la durabilité économique (art. 2 let. a AIMP) et à l'obligation légale d'adjuger le marché à l'offre la plus avantageuse (art. 41 AIMP). Selon la cohérence imposée par toute procédure d'adjudication, les prix modiques doivent être récompensés lors de la notation des critères financiers. Quant aux offres anormalement basses, elles doivent être clarifiées par le pouvoir adjudicateur conformément à l'art. 38 al. 3 AIMP, voire éventuellement exclues lorsque la clarification échoue (art. 44 al. 2 let. c AIMP). En tant qu'il pénalise les offres basses au seul motif qu'elles s'écartent de la moyenne des prix offerts ou d'un prix de référence fixé par le pouvoir adjudicateur, le critère de la fiabilité du prix n'est pas compatible avec l'AIMP révisé, de sorte que les cantons ayant adhéré à l'accord ne sont pas autorisés à instaurer ce critère dans leur législation sous peine de violer l'art. 63 al. 4 AIMP.

e. Cela étant, nous considérons que dans le cadre d'un recours abstrait, une interprétation conforme au droit supérieur du critère de la fiabilité du prix n'est pas d'emblée exclue, contrairement à ce qui vaut pour le critère de la « différence des niveaux de prix » (chap. 4, c-d). En effet, la loi jurassienne prévoyait que le critère de la fiabilité du prix devait être appliquée « dans le respect des engagements internationaux de la Suisse ». Selon nous, cet ajout dans le texte de la loi impose d'interpréter et de définir le critère de la fiabilité du prix dans un sens proche de celui du critère de la plausibilité de l'offre¹³. Afin d'être compatible avec les buts et principes du droit des marchés publics et à l'instar du critère de la plausibilité de l'offre, le critère de la fiabilité devrait ainsi servir à mesurer la bonne compréhension par les soumissionnaires des exigences décrites dans l'appel d'offres. Par exemple, le critère de la fiabilité du prix pourrait consister à mettre en relation des prix unitaires avec des quantités (p.ex. tarif horaire et nombre d'heures)¹⁴. Ce qui importe, c'est que le critère de la fiabilité du prix ne serve pas uniquement à pénaliser les prix bas, sans égard à toute autre considération technique et/ou économique permettant d'apprécier objectivement le rapport qualité-prix de l'offre. Le cas échéant, le critère de la fiabilité du prix pourrait être appliqué de façon compatible avec les buts et principes du droit des marchés publics et donc conforme à l'AIMP. Nous soutenons donc que les pouvoirs adjudicateurs pourraient valablement appliquer le critère de la fiabilité du prix dans le cadre d'un appel d'offres. Cette question pourrait d'ailleurs surgir dans le cadre d'un recours concret dirigé contre un appel d'offres, dans les marchés fédéraux ou dans les cantons qui ont adopté le critère de la fiabilité du prix. Il s'agira à cette occasion d'examiner comment le pouvoir adju-

¹⁰ ATF 143 II 553, cons. 7.1 et les réf. cit.

¹¹ Cpr. ATF 143 II 553, cons. 7.6-7.9.

¹² ATF 143 II 553, cons. 7.2-7.5.

¹³ DI CICCO (n. 4), N 964 ss. *Contra*: M. MARTI M., Der Paradigmenwechsel im öffentlichen Beschaffungsrecht, Berne 2022, p. 53 s. (qui considère que le législateur fédéral a souhaité rompre avec la jurisprudence du TF); SCHNEIDER HEUSI (n. 4), p. 521 s.

¹⁴ DI CICCO (n. 3), N 84 s.

dicateur a défini le critère de la fiabilité du prix dans le marché remis en cause.

f. Bien qu'une interprétation conforme au droit supérieur du critère de la fiabilité du prix ne paraisse pas absolument exclue, à tout le moins pas dans la même mesure que le critère de la différence des niveaux de prix examiné plus haut, nous concédons que son ajout dans une loi cantonale n'apporte rien, voire nuit à la sécurité et à la clarté du droit. En effet, le critère de la plausibilité de l'offre prévue à l'art. 29 al. 1 AIMP permet déjà de mesurer la bonne compréhension par les soumissionnaires de la prestation technique décrite dans l'appel d'offres. Afin d'éviter toute confusion et surtout tout risque de contradiction aux buts et principes du droit des marchés publics, il est préférable de s'en tenir au seul critère de la plausibilité de

l'offre. Cette recommandation se justifie d'autant plus que la pratique tend à proposer des applications du critère de la fiabilité du prix prévu à l'art. 29 al. 1 LMP qui paraissent incompatibles avec les buts et principes du droit des marchés publics¹⁵.

6. En définitive, si la motivation de l'arrêt est quelque peu lacunaire, le résultat auquel parvient la Cour est plutôt positif, car il fait obstacle à l'adoption de critères d'adjudication dont l'application conforme au droit des marchés publics aurait été particulièrement ardue, voire *a priori* exclue pour le critère de la différence des niveaux de prix.

¹⁵ KBOB (n. 9), p. 4 ss ; MARTI (n. 13), p. 54 ss.

Schneider Heusi Claudia

(260)