

Appels d'offres et évaluation des offres de prestations de mandataire

Recommandations de l'USIC destinées aux adjudicateurs

Etat: 9 avril 2009



Auteur: groupe de projet Evaluation des offres

Dr. Peter Schuster, direction,
Ernst Basler + Partner AG
Eduard Tüscher, KBOB
Beat Schneeberger, Emch + Berger
AG
Raphael Wick, Gähler und Partner AG
Michèle Winiker, avocate,
Ernst Basler + Partner AG
Dr. Stefan Scherler, avocat,
Ernst Basler + Partner AG
Erich Ramer, Ernst Basler + Partner AG

Conseils juridiques:

Denis Esseiva, avocat, Fribourg

Rédaction et secrétariat:

Ernst Basler + Partner AG, Zurich

Table des matières

1	Situation initiale et objectifs.....	1
1.1	Situation actuelle dans le domaine des marchés publics, besoins.....	2
1.2	Voies destinées à améliorer la situation	3
1.3	Objectifs visés par la proposition d'harmonisation.....	3
2	Recommandations pour les appels d'offres et l'évaluation des offres de prestations de mandataire.....	4
2.1	Principes, délimitation	5
2.2	Critères d'adjudication appropriés.....	5
2.3	Pondération des critères d'adjudication	8
2.4	Appréciation des critères de qualité	9
2.5	Appréciation du prix	10
2.6	Liens des appréciations partielles avec l'appréciation globale.....	11
2.6.1	Méthode de la valeur utile.....	11
2.6.2	Méthode des coefficients	12
2.6.3	Principe de la guillotine.....	13
2.6.4	Offres de même valeur	13
2.7	Exigences applicables à la publication	13
2.7.1	Publication des critères d'adjudication, de leur pondération et de la méthode d'appréciation	13
2.7.2	Lieu et moment de la publication	14
2.8	Adaptations ultérieures	14
3	Explications sur les recommandations.....	15
3.1	Généralités.....	16
3.2	Critères d'adjudication.....	16
3.3	Pondération des critères d'adjudication	16
3.4	Appréciation des critères de qualité	17
3.5	Appréciation du prix	18
3.6	Liens des appréciations partielles avec l'appréciation globale.....	19
3.7	Exigences relatives à la publication.....	19
3.7.1	Publication des critères d'adjudication, de leur pondération et de la méthode d'appréciation	19
3.7.2	Lieu et moment de la publication	20

Annexe

A1	Liste des bases juridiques et de la juridiction (état 2007)	1
1	Remarque préalable	2
2	Le choix des critères d'adjudication	3
	Bases légales	3
	Jurisprudence	4
3	Délimitation des critères de qualification	5
	Jurisprudence	5
4	Exigences en matière de transparence	6
	Bases légales	6
	Jurisprudence	6
5	Pondération du prix	9
	Jurisprudence	9
6	Echelle des notes (méthode d'évaluation)	11
	Jurisprudence	11

1 Situation initiale et objectifs

1.1 Situation actuelle dans le domaine des marchés publics, besoins

La législation de la Confédération et des cantons ne contient que peu de renseignements concrets sur la manière d'établir les appels d'offres et d'évaluer les offres. L'essentiel à cet égard est le principe de la transparence ancré dans les documents internationaux. S'appuyant essentiellement sur ce principe, une jurisprudence s'est développée qui concrétise les exigences applicables à certains aspects et qui va ainsi au-delà du droit écrit, mais qui présente parfois des contradictions. L'annexe 1 contient une récapitulation des bases légales et une évaluation de la législation dans ce domaine.

Un grand nombre de services adjudicateurs dispose de directives et d'instructions consacrées à la procédure d'adjudication. Le groupe de projet a procédé à une évaluation du contenu de celles de la Confédération et des cantons, pour autant qu'elles soient connues et accessibles, en relation avec l'appréciation des offres. La récapitulation qui suit indique à quoi servent les renseignements qu'elles contiennent.

	DFROU	CFF	DTAP	AG	AR	BE	BL	BS	GR	SG	SH	SZ	TG	ZH	FR	Guide r.	AI	GL	LU	OW	SO	TI	UR	ZG
Propositions de critères appropriés																								
Propositions concrètes de critères																								
Informations sur les preuves, les limites, l'application																								
Pondération																								
Propositions concernant le prix																								
Propositions concernant les critères de qualité																								
Informations pour la notation																								
Informations pour la notation du prix																								
- courbe de prix linéaire																								
- hyperbole																								
- appréciation séparée du prix																								
Informations pour la notation de la qualité																								
Procédures d'évaluation																								
Proposition de méthodes d'évaluation concrètes																								
- analyse de la valeur utile (valeur utile totale)																								
- quotient prix/valeur utile de la qualité																								
- qualité minimale (guillotiné)																								
- autres																								
Critères d'adjudication																								
Communication des critères d'adjudication																								
Communication des crit. d'adjudication (y c. sous-critères)																								
Communication de l'ordre d'importance ou de la pond.																								
Communication de la pond. et de l'appréc. du prix																								
Pas d'instruction pour les directives																								

Figure 1: renseignements sur l'évaluation des offres dans les directives des services d'adjudication de la Confédération et des cantons. Les surfaces bleues signalent les règlements en partie concrets, en partie de portée générale (le Guide romand est appliqué par les cantons de FR, GE, JU, NE, VD, VS).

Cette évaluation a donné lieu à deux constatations:

- très souvent, les règles à appliquer par les adjudicateurs manquent ou sont lacunaires; il importe de combler de telles lacunes;
- le contenu des directives diffère considérablement et les règles proposées sont très disparates; une harmonisation s'impose.

Ces constatations sont particulièrement valables pour les prestations intellectuelles, dont l'acquisition représente un énorme défi.

1.2 Voies destinées à améliorer la situation

L'harmonisation de l'appréciation des offres permet de mieux comprendre les conditions des appels d'offres, de traiter la procédure d'adjudication de manière plus économique tant côté demandeur que côté soumissionnaire et de disposer d'une plus grande sécurité juridique, ce qui devrait réduire le nombre de procédures de recours.

Il importe par conséquent:

- a) que les adjudicateurs règlent de façon résolue les aspects qui entraînent souvent des insécurités ou des recours et
- b) que les règlements des différents adjudicateurs soient autant que possible harmonisés.

1.3 Objectifs visés par la proposition d'harmonisation

La proposition d'harmonisation de l'usis vise les objectifs suivants:

- montrer la nécessité de définir des règles pour l'appréciation des offres et leurs répercussions sur le contenu des appels d'offres;
- créer des règlements simples, adaptés à la pratique;
- encourager le consensus tant chez l'adjudicateur que chez le planificateur;
- offrir la possibilité de reprendre les règles dans les instructions des adjudicateurs.

Ces objectifs ont également servi à structurer le présent rapport:

- le chapitre 2 contient les recommandations de l'usis pour les règles à fixer par les adjudicateurs, sous forme de modules de texte à reprendre directement;
- le chapitre 3 contient les explications et les justifications des recommandations;
- les chapitres 2 et 3 sont structurés de la même manière.

2 Recommandations pour les appels d'offres et l'évaluation des offres de prestations de mandataire

2.1 Principes, délimitation

Les présentes recommandations ont été élaborées spécialement pour l'adjudication de prestations de planification (ou d'études). Elles ne peuvent pas dès lors être reprises telles quelles pour d'autres types de prestations. Elles ne portent pas non plus sur les concours d'architectes et d'ingénieurs, visés dans le règlement SIA 142.

Ces recommandations sont valables pour la procédure invitant à soumissionner, la procédure sélective et la procédure ouverte, indépendamment de la valeur du marché. En revanche, elles ne s'appliquent pas à la procédure de gré à gré.

Les recommandations peuvent être reprises directement sous forme de modules de texte dans les directives des services d'adjudication. Les explications et les justifications qui s'y rapportent figurent dans le chapitre 3 et sont structurées de la même manière.

Les recommandations portent essentiellement sur l'évaluation des offres, c'est-à-dire sur leur appréciation selon les critères d'adjudication. Elles renseignent par ailleurs sur le contenu des appels d'offres. Toutefois, elles n'abordent pas l'examen de la qualification du soumissionnaires, ni les critères de qualification.

2.2 Critères d'adjudication appropriés

Les critères d'adjudication doivent dans tous les cas être adaptés à l'objet. En règle générale, trois à cinq critères – éventuellement assortis de sous-critères – suffisent.

Les propositions ci-après montrent des critères d'adjudication appropriés.

	Etudes de projet et direction des travaux			Conseils et tâches de maître d'ouvrage	
	Etudes ou tâches de direction des travaux simples	Etudes ou tâches de direction des travaux moyennement difficiles	Etudes ou tâches de direction des travaux difficiles	Mandat de conseils de facile à moyennement difficile	Mandat de conseils, tâches de maître d'ouvrage comprises, difficile
Personnes-clé <ul style="list-style-type: none"> ▪ Expérience de tâches similaires (y compris renseignements donnés par les références et propre expérience) ▪ Disponibilité 	x	x	x	x	x
Expérience du soumissionnaire dans les tâches similaires (y compris renseignements donnés par les référence et propre expérience) ¹	x	x	x	x	x
Analyse du mandat avec p.ex.: <ul style="list-style-type: none"> ▪ compréhension du mandat, ▪ proposition de procédure, méthode, phases, ▪ qualité: contribution à la solution pour atteindre le but, ▪ analyse des chances et des risques, ébauches de solution. 		x	x		x
Calendrier: saisie des aspects essentiels, plausibilité.		x	x		x
Appropriation de l'organisation de projet pour la tâche concrète.	x	x	x	x	x
Qualité: <ul style="list-style-type: none"> ▪ mise en oeuvre des exigences QM du maître d'ouvrage, ▪ plan QM du soumissionnaire pour le projet. 			x		x
Prix <ul style="list-style-type: none"> ▪ montant de l'offre, ▪ plausibilité des travaux demandés, ▪ plausibilité de la répartition des travaux sur les fonctions. 	x	x	x	x	x
Quantité et teneur des prestations (seulement pour les concours avec cadre budgétaire prescrit)	x	x	x	x	x

Tableau 1: critères d'adjudication appropriés

¹ Si l'expérience du soumissionnaire sert également de critère de qualification, on veillera à ce qu'aucun examen à double ne soit effectué, donc que pour la qualification et l'adjudication des aspects différents soient examinés.

Lorsqu'on les définit, on fera en sorte que les critères d'adjudication ne donnent pas lieu à des travaux d'études. Ces travaux doivent faire l'objet du mandat à attribuer et non de l'offre. Pour éviter une telle situation, on peut limiter le nombre de lignes (p. ex. pour la description des projets de référence) ou le nombre de pages (p. ex. de 1 à 3 pour l'analyse du mandat).

On indiquera clairement, pour chaque critère, les preuves que le soumissionnaire doit fournir afin que l'appréciation dans le sens du critère soit possible. Une analyse probante et objective nécessite que, d'une part, les objectifs du projet et, d'autre part, les thèmes à traiter dans l'analyse, soient clairement formulés.

Les critères impératifs concernant les propriétés du produit (critères d'exclusion, notes minimales pour un critère) sont admis. Les offres qui ne répondent pas aux critères impératifs sont exclues d'emblée par le pouvoir adjudicateur.

En général, les critères ci-après ne sont pas adaptés à l'estimation des offres de prestations de planification:

- échange et répartition des mandats entre les bureaux de planification,
- formation d'apprentis,
- présence sur place, distance du lieu d'exécution, domicile fiscal,
- présentation (peut être utile dans les cas spéciaux; les informations et impressions ainsi obtenues doivent être jugées dans le cadre des critères du tableau 1),
- description des prestations rédigée par le soumissionnaire (elle doit être établie par l'adjudicateur),
- infrastructure, instruments (ce point peut constituer une exigence, donc un critère impératif).

Par «Critère de qualité», on entend ci-après tous les critères d'adjudication, à l'exception du critère du prix.

2.3 Pondération des critères d'adjudication

Comme le nombre et le genre des critères de qualité doivent être fixés en fonction du projet, il n'est pas possible d'élaborer des règles pour leur pondération. En revanche, pour la somme des points des critères de qualité et du critère du prix, les propositions suivantes sont possibles:

	Etudes de projet et direction des travaux			Conseils et tâches de maître d'ouvrage	
	Etudes ou tâches de direction des travaux simples	Etudes ou tâches de direction des travaux moyennement difficiles	Etudes ou tâches de direction des travaux difficiles	Mandat de conseils facile	Mandat de conseils, tâches de maître d'ouvrage comprises, difficile
Somme de la pondération de tous les critères de qualité	70 – 40%	80 – 60%	85 – 75%	80 – 70%	85 – 75%
Pondération du critère du prix	30 – 60%	20 – 40%	15 – 25%	20 – 30%	15 – 25%

Tableau 2: valeurs indicatives pour la pondération des critères d'adjudication

Dans la fixation de la pondération du prix, on tiendra compte du fait que les prestations de planification représentent souvent une part de coût relativement faible de la réalisation du projet. La minimisation séparée du coût de la planification peut, par rapport à l'ouvrage complet, avoir un effet contraire, c'est pourquoi on optera de préférence pour une faible pondération du prix.

Comme critère, on peut aussi laisser tomber celui du prix lorsqu'il constitue une exigence et que, pour la procédure d'achat, il s'agit de déterminer la meilleure prestation disponible (concours de prestations).

L'adjudication sur la seule base du prix n'est pas judicieuse pour la planification.

La recommandation ci-dessus pour fixer la pondération du prix se réfère uniquement à la somme de l'offre. Si, selon le tableau 1, d'autres critères sont appliqués pour la plausibilisation de la détermination du temps nécessaire et de la répartition du temps par phase, leur pondération partielle doit être comprise comme faisant partie des critères de qualité.

2.4 Appréciation des critères de qualité

Pour l'appréciation des critères de qualité, il faut définir une échelle de notes fondée sur le degré d'atteignabilité des objectifs. L'échelle ci-après des CFF, légèrement modifiée, a fait ses preuves:

Note	Satisfaction des critères	Qualité des indications
0	non évaluable	aucune indication
1	critère très mal rempli	indications insuffisantes, incomplètes
2	critère mal rempli	indications insuffisantes ne correspondant pas suffisamment au projet
3	critère normalement rempli, dans la moyenne	qualité moyenne, correspondant aux exigences de l'appel d'offres
4	critère bien rempli	très bonne qualité
5	critère très bien rempli	excellente qualité, offre correspondant très bien aux objectifs visés

Tableau 3: échelle des notes des critères de qualité (barème des CFF, légèrement modifié)

L'application systématique d'une telle échelle de notes garantit que la largeur de bande est plus ou moins mise à profit et que les notes ne sont pas trop proches les unes des autres. Dans la pratique, l'estimation des offres sous forme d'une comparaison transversale a donné de bons résultats.

Il n'est pas recommandé d'appliquer une échelle de 10 (note supérieure), au lieu de 5, car une notation vraiment différenciée, comme ci-dessus, serait difficile et le système fournirait alors une fausse impression de précision; il en irait de même en cas d'utilisation de demi-note ou de fractions de note.

Chaque aspect doit être jugé par une note entière et l'addition de plusieurs aspects (p. ex. plusieurs références ou plusieurs aspects d'une référence) doit être arrondie à une note suivie le cas échéant d'une décimale.

2.5 Appréciation du prix

Les notes servant à juger le prix doivent être fixées à l'aide d'une courbe linéaire assortie des valeurs de référence ci-après:

- note maximale pour l'offre la plus basse. Les offres qui ne peuvent pas être admises à l'appréciation des critères d'adjudication doivent être éliminées auparavant;
- note 0 pour X% de l'offre valable la plus basse et pour toutes les offres plus élevées;

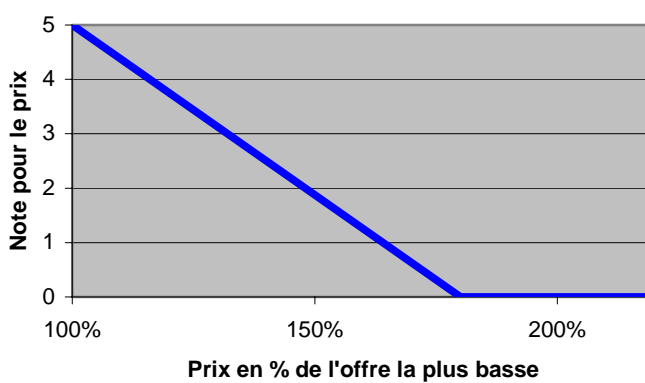


Figure 2: fonction linéaire pour la notation du prix

Pour la fixation du point zéro X de la courbe des prix, c'est-à-dire de la fourchette des prix, il faut tenir compte des aspects ci-après:

- la fourchette des prix doit coïncider le mieux possible avec la fourchette des prix supposée et attendue des offres;
- la fourchette des prix est plus étendue lorsque le travail doit être déterminé par le soumissionnaire et plus faible lorsque l'adjudicateur prescrit des heures;

Comme valeurs indicatives pour la fixation du point zéro de la courbe des prix, les indications suivantes s'appliquent:

- 130 – 150% pour les objets normaux, usuels et simples (dangers moindres et chances restreintes) pour les appels d'offres avec nombre d'heures imposé (zone A de la Figure 3);
- 150 – 200% pour les objets complexes (dangers élevés et chances nombreuses) pour les appels d'offres sans nombre d'heures imposé (zone B de la Figure 3)

La note doit être arrondie à une décimale.

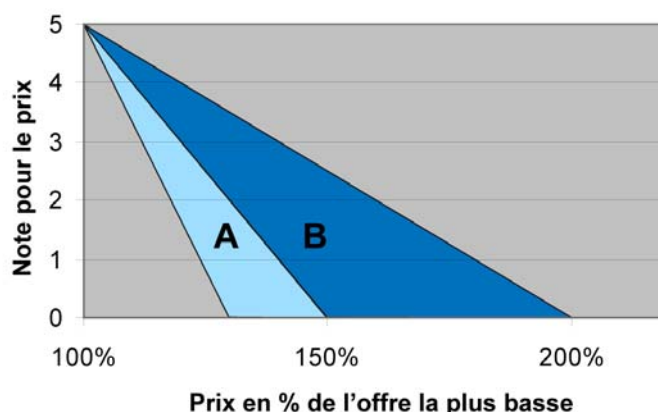


Figure 3: zone recommandée pour la notation du prix

Il faut toujours indiquer clairement quel prix est jugé (prise en compte p. ex. d'options, de prestations supplémentaires imposées par le mandant, de rabais, d'escomptes). Il est préférable d'utiliser un tableau pour déterminer le prix offert déterminant.

2.6 Liens des appréciations partielles avec l'appréciation globale

2.6.1 Méthode de la valeur utile

La méthode de la valeur utile s'est établie comme méthode standard et elle est recommandée pour tous les cas. Elle est également reconnue par la jurisprudence comme méthode appropriée. La valeur utile globale est déterminée d'après le schéma de calcul suivant:

Critère d'adjudication (l'un d'eux est le prix)	Note (1)	Pondération (2)	Points de valeur utile (pvu) (3) = (1) x (2)
Critère d'adjudication 1	3	50%	150
Critère d'adjudication 2	2	30%	60
Critère d'adjudication 3	4	20%	80
Somme		100%	290

Tableau 4:schéma de calcul de la méthode de la valeur utile (constitué de chiffres arrondis pour faciliter l'interprétation)

Dans cet exemple, la valeur utile globale de l'offre jugée est de 290 points et la valeur utile maximale (pour une note maximale de 5), de 500 points. L'adjudication ira donc à l'offre qui aura obtenue le plus grand nombre de points de valeur utile.

2.6.2 Méthode des coefficients

La méthode des coefficients est une forme spéciale de la méthode de la valeur utile. La valeur utile globale est déterminée uniquement pour les critères de qualité. Ensuite, le coefficient est calculé à partir de la valeur utile globale et du prix, c'est-à-dire qu'un rapport coût-utilité (c-u) ou utilité-coût (u-c) est constitué; le premier est plus pratique à appliquer.

Critère d'adjudication	Note (1)	Pondération (2)	Points de valeur utile (pvu) (3) = (1) x (2)
Critère de qualité 1	3	60%	180
Critère de qualité 2	2	40%	80
Somme		100%	260

Prix		390'000
Rapport c-u (= 390'000 : 260)	[Fr./pvu]	1'500
Rapport u-c (= 260 : 390'000)	[pvu /Fr.]	0.00067

Tableau 5: schéma de calcul de la méthode des coefficients (constitué de chiffres arrondis pour faciliter l'interprétation)

L'adjudication ira donc à l'offre présentant le rapport coût-utilité le plus bas / le rapport utilité-coût le plus élevé.

La méthode des coefficients a pour particularité que le prix a le même poids que la somme des critères de qualité. Elle correspond donc à la méthode de la valeur utile avec une pondération du prix de 50%. Par conséquent, elle n'est applicable qu'aux cas où le prix doit être pondéré avec 50%. Selon la recommandation du tableau 2, il s'agit ici d'«études de projet ou de tâches de direction des travaux simples»

2.6.3 Principe de la guillotine

Le principe de la guillotine prévoit d'appliquer un nombre minimal de points de valeur utile pour toute l'offre.

On renoncera à de telles conditions dans l'appréciation de l'adjudication; toutefois, les critères impératifs mentionnés au chapitre 2.2 sont admis.

2.6.4 Offres de même valeur

Les offres sont de même valeur lorsqu'elles obtiennent à peu près la même appréciation globale (différence allant jusqu'à 1% pour le nombre de points de valeur utile ou de valeur c-u). Si les offres sont équivalentes, on tiendra compte de ce qui suit:

- quelques cantons ont fixé dans leur système juridique les critères applicables dans de tels cas;
- les adjudicateurs qui ne doivent pas suivre de telles règles peuvent décider librement. Toutefois, la règle applicable dans ce cas doit être communiquée dans les documents d'appel d'offres. Possibilités: a) libre choix ou b) critère concret (p. ex. qualité supérieure, qualification plus élevée des personnes clé, prix plus bas).

2.7 Exigences applicables à la publication

2.7.1 Publication des critères d'adjudication, de leur pondération et de la méthode d'appréciation

Pour des raisons de transparence, il faut communiquer aux soumissionnaires, en prévision de l'adjudication, ce qui suit:

- critères d'adjudication avec sous-critères (chap. 2.2)
- preuves à fournir pour l'appréciation des critères d'adjudication (chap. 2.2)
- pondération des critères et des sous-critères d'adjudication (chap. 2.3)
- échelle des notes des critères de qualité (chap. 2.4)
- courbe de la notation du prix (chap. 2.5)
- méthode servant à établir le lien entre appréciations partielles et appréciation globale (chap. 2.6)

2.7.2 Lieu et moment de la publication

Par principe, tous les renseignements doivent être communiqués soit dans la publication (annonce, appel d'offres), soit dans les documents d'appel d'offres.

Si un prix est fixé pour les documents d'appel d'offres, cette précision devra figurer entièrement dans la publication.

Au cas où les exigences ne sont communiquées que dans les documents d'appel d'offres, elles doivent être remises aux soumissionnaires qui le désirent immédiatement après la publication (1 jour ouvrable). Les délais légaux minimaux pour la remise des offres courent à partir de la date de publication. Un envoi retardé de la documentation réduit le temps de traitement pour les soumissionnaires.

Il peut être judicieux de publier le marché prévu avec ses critères essentiels avant la publication officielle, surtout lorsque la formation de communautés de soumissionnaires en prévision d'un marché présentant des exigences particulières est complexe.

2.8 Adaptations ultérieures

L'adaptation de critères d'adjudication, de la pondération, de la courbe des prix ou d'autres valeurs d'appréciation après la publication n'est pas autorisée.

3 Explications sur les recommandations

3.1 Généralités

Le chapitre 2 contient des recommandations pour les adjudicateurs sous forme de modules de texte pour l'appel d'offres et l'appréciation des offres. Le chapitre 3 comprend, avec la même structure, les explications et les justifications nécessaires.

3.2 Critères d'adjudication

Pour autant que l'ordre juridique contienne des remarques pour les critères d'adjudication, elles sont généralement peu concrètes (p. ex. «qualité») ou inadaptées au mandat de planification. Il est par conséquent nécessaire de fixer des critères spécifiques à l'objet de l'acquisition ou, autrement dit, d'indiquer les aspects concrets qui serviront à juger la qualité de l'offre.

Ainsi, les critères d'adjudication qui n'ont pas de lien avec l'objet de l'acquisition ou qui n'ont rien à voir avec le marché sont inappropriés:

- L'expression «Echange et répartition des mandats entre les bureaux de planification» n'a aucun lien avec l'«offre la plus avantageuse économiquement».
- La «Formation des apprentis» est admise avec un faible nombre de points dans les cantons mais n'a normalement pas de relation avec l'«offre la plus avantageuse économiquement» et ne doit pas figurer dans l'appel d'offres.
- «Fournisseur local», «Domicile fiscal» veillent à favoriser les soumissionnaires du crû, ce qui n'est pas admis.
- «Présentation»: l'appréciation d'une présentation est délicate. D'une part, cette précision peut conduire à améliorer après coup une offre de façon non admise; d'autre part, il y a un risque d'arbitraire dans l'appréciation. Il est permis en revanche d'avoir un entretien pour élucider des points obscurs.
- «Description des prestations»: elle doit être établie par l'adjudicateur. Les descriptions des soumissionnaires diffèrent quant à leur contenu, ce qui empêcherait la comparaison des offres.
- «Infrastructure», «Instrument»: ces expressions ne sont adaptées qu'à la forme d'une exigence (critère impératif), en particulier lorsque, pour une tâche, un équipement, un logiciel ou un format de données spécial inhabituel dans la branche est nécessaire. La demande d'équipements de bureau normalisés ou de logiciels standard n'est pas judicieuse.

3.3 Pondération des critères d'adjudication

Il s'agit ici de répondre au but de «l'offre la plus avantageuse économiquement». A cet effet, les objectifs de l'adjudicateur doivent être pris en compte de façon com-

plète. C'est précisément lorsque l'adjudicateur veut construire un bâtiment que le but doit être de réaliser l'ouvrage de la manière la plus avantageuse économiquement.

On sait que c'est durant les premières phases d'études qu'on a la plus grande marge de manoeuvre pour influencer sur le coût du produit final. Il est donc peu judicieux que le planificateur, vu la pression sur les coûts, étudie trop peu de variantes et ne trouve pas la solution la plus avantageuse. Le graphique ci-après montre de façon manifeste comment, pendant la phase d'études comprenant une faible part des coûts totaux du projet, on peut influencer considérablement sur ces coûts.

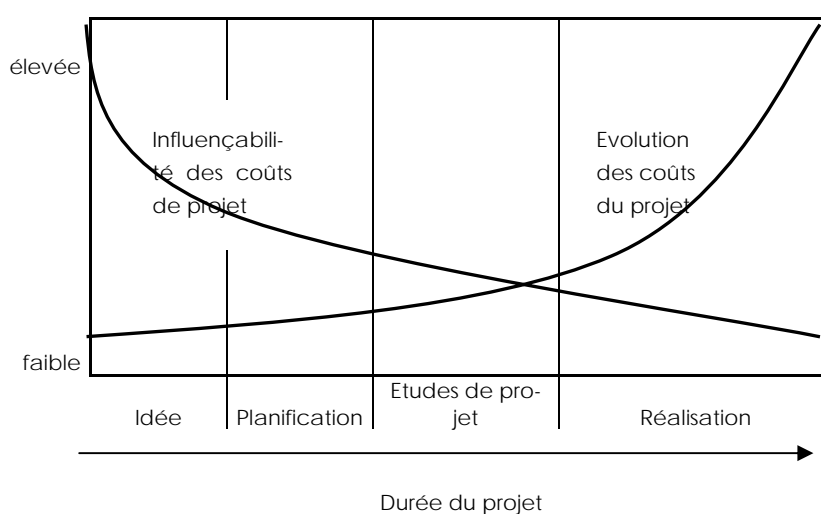


Figure 4: Influçabilité et courbe des coûts de projet

Il est justifié, pour les tâches comptant encore de nombreuses conditions accessoires en suspens, de pondérer faiblement le prix, voire de tabler uniquement sur la qualité.

En outre, il n'est pas judicieux, pour les prestations de planification, de se fonder uniquement sur le prix, car cette solution n'est adaptée qu'à des «biens largement normalisés», ce qui n'est pas le cas des travaux d'études.

3.4 Appréciation des critères de qualité

Dans la pratique, il arrive souvent que toutes les offres obtiennent quasiment la meilleure note parce que «tous les soumissionnaires ont remis d'excellentes offres». Régulièrement, on a peur de ne pas pouvoir rendre plausible l'évaluation des soumissionnaires. Il en résulte que les critères de qualité perdent de leur poids et que le prix devienne le critère déterminant en dépit de son faible poids, parfois contrairement à l'intention de l'adjudicateur.

La pratique montre cependant que l'application de l'échelle des notes proposée permet d'arriver à une dispersion élargie de l'évaluation. En particulier, la comparaison transversale des indications sur le critère considéré dans les offres permet généralement d'apprécier une offre comme «moyenne» (note 3), une autre comme «supérieure à la moyenne» (note 4 ou 5) ou «inférieure à la moyenne (note 1 ou 2). Cette façon de justifier les décisions est comprise, même par les soumissionnaires non retenus, comme l'expérience le montre.

3.5 Appréciation du prix

L'application d'une courbe de prix linéaire est largement soutenue par la jurisprudence, pour autant qu'elle s'exprime à ce sujet.

Une des évaluations d'un grand nombre d'appel d'offres montre que les fourchettes de prix pour les mandats d'études et de direction des travaux d'ouvrages importants effectués pendant plusieurs années atteint typiquement jusqu'à 200% de l'offre la plus basse. C'est pourquoi nous préconisons de fixer le point zéro de la courbe de prix pour de tels appels d'offres entre 150 et 200%.

Le point de vue exprimé parfois qui voudrait que la courbe de prix se poursuive dans la zone négative ne conduit pas au but visé. De pareilles courbes élargissent la fourchette des notes et déplacent la pondération relative de manière que le prix obtienne un poids anormalement élevé, les critères de qualité n'ayant pas de notes négatives.

Les courbes de prix ayant une partie horizontale près à la note maximale (voir Figure 5) peuvent faire que plusieurs offres obtiennent la note maximale bien qu'elles diffèrent (même considérablement) par le prix. Ce genre de courbe n'est pas admis par la jurisprudence.

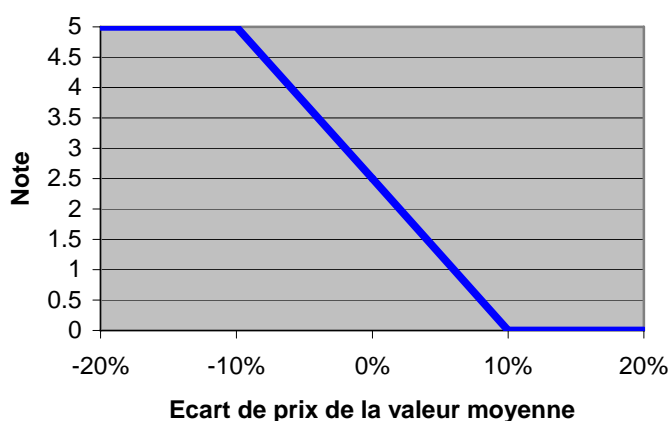


Figure 5: Courbe de prix non admise

Les courbes de prix hyperboliques utilisées parfois ne sont pas adaptées aux appels d'offres de prestations de planification. Elles sont constituées de façon que même le plus petit surcoût conduit à une grande perte pour cette note et, ainsi, pour les points de valeur utile. En cas de petite différence de prix, l'adjudicateur est alors empêché de retenir l'offre présentant la meilleure qualité, ce qui est contraire à ses intérêts. Il faudrait dans pareil cas appliquer une courbe non linéaire qui serait inversée, de façon qu'un surcoût minime entraînerait une différence très modeste, alors qu'un surcoût important se traduirait proportionnellement par une très grande différence au niveau de la note.

Finalement, la clarté, la simplicité et la compréhensibilité parlent en faveur de la courbe de prix linéaire.

3.6 Liens des appréciations partielles avec l'appréciation globale

La méthode de la valeur utile est établie et elle est soutenue par la jurisprudence; elle peut donc être recommandée pour une utilisation à large échelle.

La méthode des coefficients a en revanche une application limitée. Elle peut être remplacée sans problème par la méthode de la valeur utile lorsque la pondération du prix est de 50%.

Le principe de la guillotine a en revanche souvent heurté la jurisprudence. On lui reproche de constituer un échelon d'évaluation supplémentaire non prévu dans l'ordre juridique, à savoir une seconde appréciation de la qualification. Il est donc préférable de formuler et de juger les exigences visées comme critères de qualification ou comme critères impératifs.

3.7 Exigences relatives à la publication

3.7.1 Publication des critères d'adjudication, de leur pondération et de la méthode d'appréciation

Le principe de la transparence constitue un principe de procédure important, formulé dans les accords internationaux comme dans les règlements nationaux et cantonaux. Dans l'optique du soumissionnaire, c'est en plus un devoir de loyauté qui veut qu'il soit informé de tous les aspects déterminants pour l'appréciation de l'offre. Ce n'est que de cette manière qu'il pourra élaborer la meilleure offre possible, répondant aux exigences. De plus, c'est également le devoir de l'adjudicateur de faciliter

la tâche du soumissionnaire, car il souhaite, lui aussi, recevoir l'offre qui répond le mieux à l'objet du marché.

On peut en conclure qu'il est dans l'intérêt des deux partenaires que tous les aspects indispensables pour l'offre soient publiés d'avance.

3.7.2 Lieu et moment de la publication

Tous les points déterminants pour l'appréciation des offres doivent être publiés au plus tard dans les documents d'appel d'offres.

Malheureusement, la présentation des publications dans les organes officiels est loin d'être optimale, ce qui complique la mise en évidence d'exigences différenciées. Il en résulte que la publication ne contient souvent qu'une partie, ou une récapitulation, des exigences, voire un renvoi aux documents d'appel d'offres.

Lorsque les documents d'appel d'offres ne sont pas remis gratuitement, tous les aspects déterminants doivent impérativement figurer dans la publication. Si ce n'est pas le cas, le soumissionnaire doit – en non-connaissance des exigences essentielles, surtout des critères de qualification et d'adjudication – payer souvent un prix (trop) élevé pour ces documents avant de constater qu'il n'est pas en mesure de déposer une offre. La possibilité de remettre l'offre sur CD ou via Internet devrait permettre aujourd'hui de remettre également gratuitement les plans.

A1 Liste des bases juridiques et de la juridiction (état 2007)

1 Remarque préalable

Le droit des marchés publics de la Confédération et des cantons doit garantir que, dans l'adjudication des marchés publics, les principes de non-discrimination, traitement égalitaire, transparence et concurrence efficace servent à assurer un emploi économique des fonds publics. En revanche, il ne se prononce guère sur la façon d'évaluer les offres des soumissionnaires et sur les critères d'évaluation. C'est pourquoi il est nécessaire de recourir à la doctrine et à la jurisprudence pour savoir quels principes appliquer.

Vous trouverez ci-après une brève récapitulation de l'état de la jurisprudence et quelques ébauches de solution discutées dans la doctrine pour l'appréciation des offres. On observera que seules ces ébauches servent à l'interprétation du droit écrit. En outre, l'autorité adjudicatrice dispose généralement d'une grande marge d'interprétation dans laquelle l'autorité judiciaire ne peut pas intervenir.

On retiendra enfin que, jusqu'au 1^{er} janvier 2007, la Commission fédérale de recours en matière de marchés publics (CRM) se prononçait en dernière instance sur les marchés des autorités fédérales. Le Tribunal fédéral (TF) se prononçait en revanche définitivement sur les recours et sur les décisions d'adjudication de dernière instance des cantons. Cette «cascade» de moyens juridiques a provoqué des désaccords entre ces juridictions. De plus, il est intéressant de se référer à quelques décisions intéressantes de dernière instance de tribunaux cantonaux (sans prétention d'exhaustivité). On remarquera en l'occurrence que des divergences, voire des contradictions, existent entre les cantons.

Voir également à ce sujet l'annexe spéciale Droit de la construction 2004 «Der Angebotspreis: Probleme und Lösungen» (Vergabetagung 2004).

2 Le choix des critères d'adjudication

Bases légales:

LMP, art. 21, al. 1: «Le marché est adjugé au soumissionnaire ayant présenté l'offre la plus avantageuse économiquement. Celle-ci est évaluée en fonction de différents critères, notamment le délai de livraison, la qualité, le prix, la rentabilité, les coûts d'exploitation, le service après-vente, l'adéquation de la prestation, le caractère esthétique, le caractère écologique et la valeur technique.»

AIMP, art. 13: «Ces dispositions d'exécution cantonales doivent garantir: ... **let. f):** des critères d'attribution propres à adjuger le marché à l'offre économiquement la plus avantageuse;»

LMI, art. 3: «La liberté d'accès au marché ne peut être refusée à des offreurs externes. Les restrictions doivent prendre la forme de charges ou de conditions et ne sont autorisées que si elles:

- a. s'appliquent de la même façon aux offreurs locaux;
- b. sont indispensables à la préservation d'intérêts publics prépondérants;
- c. répondent au principe de la proportionnalité.

Les restrictions ne répondent pas au principe de la proportionnalité lorsque:

- a. une protection suffisante des intérêts publics prépondérants peut être obtenue au moyen des dispositions applicables au lieu de provenance;
- b. les attestations de sécurité ou certificats déjà produits par l'offreur au lieu de provenance sont suffisants;
- c. le siège ou l'établissement au lieu de destination est exigé comme préalable à l'autorisation d'exercer une activité lucrative;
- d. une protection suffisante des intérêts publics prépondérants peut être garantie par l'activité que l'offreur a exercée au lieu de provenance.

Les restrictions visées à l'al. 1 ne doivent en aucun cas constituer une barrière déguisée à l'accès au marché destinée à favoriser les intérêts économiques locaux».

LMI, art. 5: «Les marchés publics des cantons, des communes et des autres organes assumant des tâches cantonales ou communales sont régis par le droit cantonal ou intercantonal. Ces prescriptions, et les décisions fondées sur elles, ne doivent pas discriminer les personnes ayant leur siège ou leur établissement en Suisse d'une manière contraire à l'art. 3.

Les cantons, les communes et les autres organes assumant des tâches cantonales et communales veillent à ce que les projets de marchés publics de grande importance portant sur des fournitures, des services ou des travaux, de même que les critères de participation et d'attribution du marché, soient publiés dans un organe officiel. Ils tiennent compte à cet égard des engagements internationaux pris par la Confédération.»

Jurisprudence:

L'expression «l'offre la plus avantageuse économiquement» est une notion juridique indéfinie à préciser dans chaque cas particulier par l'autorité adjudicatrice qui dispose ainsi d'un certain pouvoir d'appréciation². Les critères d'adjudication et leur pondération doivent être justifiés matériellement, donc se fonder sur un projet concret et tendre à obtenir l'offre la plus avantageuse économiquement³. Toutefois, il n'est pas admis d'appliquer des critères non directement liés au mandat envisagé; en font partie les critères ayant trait à la politique régionale, aux impôts ou à la politique structurelle⁴.

Le § 31, al. 1, de l'ordonnance sur les soumissions du canton de Zurich (SubmV ZH) prévoit par exemple la formation d'apprentis comme critère d'adjudication. Toutefois, l'admissibilité et le rapport de fait de ce critère sont contestés⁵. Alors que les cantons de Zurich et d'Argovie admettent ce critère en dépit de son caractère étranger à l'adjudication, la Thurgovie le considère comme non admissible et le Valais admet qu'il peut soulever des problèmes⁶.

L'appréciation des connaissances du lieu par le soumissionnaire n'est pas non plus considérée impérativement comme étrangère au critère d'adjudication, Ainsi, les cantons de Zurich et d'Argovie, où il n'est pas exclu d'emblée, considèrent que, compte tenu de la particularité du marché à attribuer, des connaissances du lieu sont utiles et qu'elles peuvent servir de critère d'adjudication matériellement justifié. Cependant, les connaissances du lieu doivent vraiment être motivées par le mandat concret⁷.

² CRM 29.06.1998

³ VGer AG 28.08.1999

⁴ Peter Gauch/Hubert Stöckli, Thèses sur le nouveau droit fédéral des marchés publics, 1999, Fribourg 1999, ch. 12.1

⁵ Réponse à une interpellation urgente du canton de Zurich (KR-Nr. 115/ 1996 et questions KR-Nrn. 189/1999 et 211/1999, letztere mit RRB Nr. 1595 vom 25. August 1999; vgl. VGr, 3. November 1999)

⁶ VGer ZH in VB.2001.00215, VGer AG in BE.99.00179, VGer TG in TVR 2000 Nr. 30 S. 143 und KGer VS 8.11.2000

⁷ VGer ZH 6.6.2001 (VB.2000.00391), VGr AG, AGVE 1998, S. 375

3 Délimitation des critères de qualification

Jurisprudence:

Par principe, les critères de qualification et les critères d'adjudication doivent être examinés séparément⁸. Il s'agit ainsi de déterminer la qualification du soumissionnaire sur les plans financier, économique et technique. L'annexe 3 à l'OMP contient une liste non exhaustive des documents que l'adjudicateur peut demander et consulter pour l'examen de la capacité du soumissionnaire. L'interdiction d'une appréciation à double est incontestée tant par la CRM que par une grande partie de la doctrine et de la jurisprudence⁹.

Il existe toutefois des différences entre les jurisprudences cantonales en ce qui concerne certains critères¹⁰. Ainsi, le Tribunal administratif d'Argovie précise même: «Il doit être admis d'appliquer certains critères deux fois et, par exemple, d'utiliser les références tant pour les critères de qualification que pour les critères d'adjudication ou comme une sorte de «surqualification» d'un soumissionnaire dans l'évaluation des offres. Surtout pour les mandats de prestations, cette façon de procéder peut sembler correcte. Dans la mesure où la compétence professionnelle du soumissionnaire joue un grand rôle, par exemple dans les mandats d'étude, une distinction entre critères applicables à l'offre et critères se rapportant au soumissionnaire ne paraît guère possible dans la pratique, ni judicieuse¹¹.»

⁸ CRM 4.2.1999 (012/1998) VPB 64.9

⁹ p. ex. CRM 3.9.1999 (006/1999) VPB 64.30

¹⁰ Exemple du Tribunal administratif du canton de Vaud du 23.04.2001 (GE 2000/0161): «A titre d'exemple, l'organisation générale du soumissionnaire et la qualification ISO, notamment, sont des critères qui relèvent clairement de la phase de préqualification; ils ne sauraient en tous les cas être repris au stade de l'adjudication lorsqu'ils ont déjà été utilisés - comme en l'espèce - dans la phase précédente». En revanche, l'arrêt du Tribunal administratif du 2.11.2000 de Zurich (VB.2000.00136) précise: «Il est admis que l'expérience professionnelle des titulaires des positions clé ainsi que le temps pendant lequel le soumissionnaire est certifié ISO soient appliqués tant comme critère de qualification que comme critère d'adjudication, pour autant que cela ait été indiqué dans les documents d'appel d'offres».

¹¹ VGer AG 4.11.1999 (AGVE 1999, S. 324 Nr. 63)

4 Exigences en matière de transparence

Bases légales:

Accord (international) sur les marchés publics (GPA), art. XII, ch. 2: «La documentation relative à l'appel d'offres remise aux fournisseurs contiendra ... **let. h):** les critères d'adjudication, y compris tous les éléments, autres que le prix, qui seront pris en considération lors de l'évaluation des soumissions, et les éléments des coûts à prendre en compte pour l'évaluation des prix de soumission, tels que frais de transport, d'assurance et d'inspection et, dans le cas de produits ou services d'autres parties, droits de douane et autres impositions à l'importation, taxes et monnaie du paiement.»

GPA, art. XIII 4., let. b): «Sauf si elle décide, pour des raisons d'intérêt public, de ne pas passer le marché, l'entité l'adjugera au soumissionnaire qui aura été reconnu pleinement capable d'exécuter le contrat et dont la soumission, qu'elle porte sur des produits ou services nationaux ou sur des produits ou services d'autres parties, sera la soumission la plus basse ou celle qui aura été reconnue comme étant la plus avantageuse selon les critères d'évaluation spécifiés dans les avis ou dans la documentation relative à l'appel d'offres.

let. c): Les adjudications seront faites conformément aux critères et aux conditions essentielles spécifiés dans la documentation relative à l'appel d'offres.»

LMP, art. 21, ch. 2: «Les critères d'adjudication doivent figurer par ordre d'importance dans les documents concernant l'appel d'offres.»

OMP, annexe 4: «Indications devant figurer dans un appel d'offres public concernant un marché adjugé selon la procédure ouverte ou sélective: ... **ch. 14:** Critères d'adjudication dans les cas où il n'est pas remis de documents concernant l'appel d'offres.»

OMP, annexe 5: «Indications requises dans les documents concernant l'appel d'offres, remis dans le cadre d'une procédure ouverte ou sélective: ... **ch. 6:** Critères d'adjudication et autres aspects pris en compte lors de l'appréciation des offres.»

AIMP, art. 1, ch. 3: Objectifs poursuivis, notamment «... **let. c:** assurer la transparence des procédures de passation des marchés.»

LMI, art. 5, ch. 2: «Les cantons, les communes et les autres organes assumant des tâches cantonales et communales veillent à ce que les projets de marchés publics de grande importance portant sur des fournitures, des services ou des travaux, de même que les critères de participation et d'attribution du marché, soient publiés dans un organe officiel. Ils tiennent compte à cet égard des engagements internationaux pris par la Confédération.»

Jurisprudence:

L'un des points les plus contestés actuellement est la question de savoir dans quelle mesure la pondération des critères d'adjudication doit être communiquée par avance. Selon l'accord international sur les marchés publics (GPA) et la LMI, seule la

publication préalable des critères est obligatoire. Selon la doctrine et la jurisprudence, il est incontestable que, conformément au principe de la transparence, les critères d'adjudication doivent être fixés au moment de la publication.

En revanche, l'OMP et la jurisprudence du Tribunal fédéral, ainsi que les directives d'adjudication révisées font preuve de plus de retenue à cet égard et stipulent que, selon la règle de transparence, tous les critères d'adjudication doivent être mentionnés préalablement par ordre d'importance dans les documents relatifs à l'appel d'offres¹². Cependant, selon un arrêt du Tribunal fédéral: «Les sous-critères et leur pondération doivent être également portés à la connaissance des soumissionnaires préalablement dans la mesure où ils sont déjà connus de l'adjudicateur au moment de l'appel d'offres¹³.» Ainsi, pour le Tribunal fédéral, les sous-critères et leur pondération doivent être connus des soumissionnaires, mais uniquement s'ils sont connus de l'adjudicateur au moment de l'appel d'offres¹⁴.

L'exigence de publier également la pondération des critères n'est pas reconnue par tous les tribunaux cantonaux. Certains cantons l'admettent, d'autres vont au-delà de cette exigence dans leurs règlements ou leur jurisprudence, demandant en plus la publication de la pondération en pourcentage. C'est également ce qu'exige la Commission fédérale de recours en matière de marchés publics (CRM)¹⁵, qui demande, en outre, que les critères et les sous-critères soient publiés¹⁶. L'utilisation d'une expression non définie comme critère d'adjudication exige impérativement, selon la CRM, qu'elle soit précisée à l'aide de sous-critères et de critères partiels. Ceux-ci doivent être portés à la connaissance des offrants dans l'appel d'offres déjà ou, dans tous les cas, dans les documents d'appel d'offres, de façon qu'ils puissent être pris en considération dans l'offre¹⁷. La CRM constate, en plus: «Il ne suffit pas, à la place d'une pondération précise, d'indiquer que les critères d'adjudication seront évalués sous forme d'une analyse de la valeur utile. Une telle façon de procéder ne remplace pas non plus la publication préalable des critères individuels avec leur pondération. ... Dès qu'une pondération relative est introduite, elle doit également être communiquée préalablement aux offrants. Publier les critères d'adjudication

¹² ATF 2P.172/2002

¹³ ATF 2P.172/2002

¹⁴ ATF 2P.172/2002, ATF 2P.299/2000: «Le principe de la transparence exige du pouvoir adjudicateur qu'il énumère par avance et dans l'ordre d'importance tous les critères d'adjudication qui seront pris en considération lors de l'évaluation des soumissions; à tout le moins doit-il spécifier clairement par avance l'importance relative qu'il entend accorder à chacun d'eux.» ATF 2P.222/1999: Il est juridiquement correct d'introduire après coup un système de points qui s'est appuyé sur l'ordre publié des critères d'adjudication, donc après la remise des offres (argument fortement critiqué dans la doctrine).

¹⁵ Décision de la Commission de recours du 1er septembre 2000, publié dans VPB 65.11, consid. 2a

¹⁶ CRM 04/2002 ou CRM 13/2000

¹⁷ CRM 29.1.2003

dans leur ordre de pondération ne suffit pas. Il y a alors une violation du principe de transparence¹⁸.»

Selon les nouvelles directives de l'UE sur les adjudications, la pondération des critères d'adjudication doit être mentionnée par principe dans les documents d'appel d'offres, mais elle peut être communiquée sous forme d'une fourchette au lieu d'un chiffre précis. «Pour des raisons compréhensibles», le pouvoir adjudicateur peut en plus renoncer à publier la pondération et, à la place, indiquer les critères dans l'ordre décroissant de leur importance¹⁹.

A ce jour, ni la doctrine, ni la pratique n'ont conclu à l'obligation générale de publier préalablement les échelles détaillées des notes. La publication de l'échelle des notes utilisée pour l'appréciation des critères n'est pas demandée²⁰.

Une fois que les critères et les pondérations ont été révélés, il n'est plus permis de les modifier au cours de la procédure et après la remise des offres²¹.

¹⁸ CRM 5/00, CRM 3/02 et 4/02; voir aussi VGer BL (BLVGE 1998/1999) S. 324 f, VGer LU (LGVE 2000 II Nr. 13, ainsi que VGer FR 16.7.1999, VGer GR 9.2.1999, VGer NE 23.5.2002, VGer TI 5.3.2002, OGer UR 5.5.1999, VGer VD 29.8.2003, KGer VS 10.7.2002

¹⁹ Art. 53, al. 2, directive consolidée; art. 55, al. 2, directive sectorielle

²⁰ TF 2P.231/2003, Tribunal administratif VD 4.6.2002 / Tribunal administratif VD 26.1.2000 (GE 1999/0135)

²¹ ATF 125 II 86, ATF 125 II 86, ATF 2P.299/2000

5 Pondération du prix

Jurisprudence:

La CRM admet les adjudications sans évaluation du prix dans les cas spéciaux. Ainsi, pour la CRM, il peut être justifié, par exemple pour les mandats de prestations complexes, de déterminer l'offre la plus avantageuse économiquement par le fait qu'un plafond des coûts est prescrit et qu'on cherche la prestation la plus convaincante²².

Dans le cas contraire également, toujours selon la CRM, il est possible, pour l'acquisition de biens ou de prestations (largement) standardisés, de se fonder uniquement sur le critère du prix²³. Certains cantons ont toutefois considéré cette façon de procéder comme inadmissible²⁴.

Enfin, le Tribunal fédéral aborde cette question avec plus de retenue et reconnaît «que la pondération du prix à raison de 13% seulement ne viole pas le principe de l'adjudication du marché au soumissionnaire ayant présenté l'offre la plus avantageuse économiquement lorsque l'évaluation de l'offre, après comparaison du prix et de la prestation, présente un pouvoir d'appréciation considérable²⁵.» En revanche, la pondération du prix à raison de 20% peut, en relation avec une courbe de prix «plate», faire passer ce critère au second plan par rapport aux autres et conduire parfois à des résultats inacceptables. Il en va de même pour le mandat de prestations de service complexe²⁶. A cet égard, le Tribunal fédéral a considéré la pondération du prix à 20% comme la limite inférieure, sinon le principe de la prise en compte de l'offre économiquement la plus avantageuse perd de sa substance. Lors de l'établissement de la courbe des prix, l'adjudicateur dispose en plus d'un autre pouvoir d'appréciation. Une courbe de prix plate n'est pas inadmissible, mais peut, en

²² CRM 5.7.2001 (VPB 65.94)

²³ CRM 9.8.1998. Toutefois dans CRM 32/2003, la CRM a reconnu que pour un marché de fourniture d'un logiciel standard l'un des objectifs de la LMP est d'encourager l'emploi économique des fonds publics. Même s'il s'agit d'une acquisition jugée complexe, la pondération du prix à raison d'à peine 3,5% a clairement violé ce principe. Une telle négation de l'aspect financier du marché ne se situe plus dans le pouvoir d'appréciation dont dispose l'adjudicateur.

²⁴ p. ex.: VGer TI 19.7.2001 (RDAT 2002 I Nr. 26): «Il n'est pas admissible d'adjuger les marchés de fournitures et de prestations uniquement selon le critère du prix le plus bas. L'appel d'offres qui prévoit une telle façon de procéder doit être suspendu.»

²⁵ ATF 2P.274/1999

²⁶ ATF 129 I 313: Dans ce cas concret, le critère du prix n'était pondéré qu'à raison de 20% dans l'évaluation et, en raison du nivellement dû à une courbe de prix relativement plate par rapport à d'autres critères, était passé encore plus au second plan.

s'ajoutant à une pondération extrêmement faible du prix, donner des résultats inadmissibles²⁷.

²⁷ ATF 129 I 313 E. 9.2 S. 327 f., jugement 2P.111/2003

6 Echelle des notes (méthode d'évaluation)

Jurisprudence:

Dans la jurisprudence permanente, les tribunaux appliquent l'expression de «courbe de prix réaliste». Lors de la fixation de la courbe d'appréciation, l'autorité adjudicatrice ne doit pas en l'occurrence se fonder sur les offres effectivement reçues par hasard, mais fixer des notes minimales et maximales à l'aide d'une courbe de prix qui paraît réaliste pour l'adjudication de ce genre de marché²⁸.

Le Tribunal fédéral considère par principe comme admissible que l'adjudicateur pondère le critère du prix de façon que la moyenne arithmétique de tous les prix proposés soit calculée en faisant abstraction du prix le plus élevé et du prix le plus bas et qu'il attribue des notes à partir de cette moyenne. Pour cette juridiction, il n'y a pas de mélange inadmissible entre l'examen de la qualification et l'appréciation des offres étant donné que, si l'offre supérieure et l'offre inférieure sont bien exclues du calcul, elles ne le sont pas de la procédure d'adjudication. Par ailleurs, l'appréciation du critère du prix, qui accorde la meilleure note à toutes les offres qui sont inférieure d'au moins 15% au prix moyen, manque de différenciation. Elle relativise considérablement l'importance du prix et n'est pas adaptée pour tenir compte suffisamment de la fonction du critère du prix qui consiste à déterminer l'offre la plus avantageuse économiquement²⁹.

En outre, la doctrine tend à admettre que la méthode d'évaluation ne doit pas conduire non plus à des résultats qui brouillent la pondération communiquée des critères d'adjudication, voir l'inverse. Si la pondération est faite de façon que la multiplication du nombre de points obtenu pour chaque critère par un facteur correspondant à la pondération du critère, il convient de veiller à ce que la même échelle de points harmonisée soit appliquée à tous les critères. Dans le cas contraire, la pondération résultant des facteurs serait contournée par une méthode mathématique non correcte³⁰.

S'agissant de l'application de la courbe de Gauss, la CRM souligne que «la méthode d'évaluation du prix, avec laquelle ce n'est pas l'offre la meilleur marché pour le

²⁸ p. ex. ATF 129 I 313, décision du 21.04.2004 du Tribunal administratif de Zurich [VB 2003.00469], décision du 23.04.2001 du Tribunal administratif du canton de Vaud [dans BR 2002 S. 75 f.]

²⁹ ATF 2P.153/2001 Pour la jurisprudence cantonale, voir la documentation «Tagungsunterlagen der Vergabetagung 04».

³⁰ Elisabeth Lang, Eignungs- und Zuschlagskriterien, Tagungsunterlagen Vergabetagung 02:

critère du prix qui reçoit la meilleure note, mais une offre au prix sensiblement plus élevé se révèle non acceptable sur le plan juridique³¹.»

La définition d'une matrice d'appréciation est de la compétence de l'autorité adjudicatrice. Elle est limitée par l'interdiction de l'arbitraire³².

³¹ CRM 32/2003

³² voir aussi VGer GR 8.8.2001