

La réforme du droit des marchés publics et sa mise en œuvre – De la concurrence sur les prix à la concurrence sur la qualité

Marc Steiner,
Juge au Tribunal administratif fédéral*

*L'intervenant exprime son opinion personnelle.

Lituanie 2018: Quelle est la qualité du gas?



COBALT
ESTONIA LATVIA LITHUANIA BELARUS

**VIEŠŪJŲ PIRKIMŲ
KONFERENCIJA 2018**
Efektyvūs viešieji pirkimai:
kaip tai užtikrinti?

2018 m. gegužės 10 d.
09:00 - 16:00 val.
„Vilnius Grand Resort“ Ežeraičių g 2, Vilniaus raj.

**DR. DEIVIDAS
SOLOVEIČIK**
COBALT



MARC STEINER
Šveicarijos federalinis
administracinis teismas



DIANA VILYTĖ
Viešųjų pirkimų
tarnyba



La concurrence fondée sur la qualité comme nouveau paradigme

“Les nouveaux critères permettront de mettre fin à la **dictature du prix le plus bas** et de remettre la qualité au cœur des préoccupations“, M. Tarabella a expliqué.

(Communiqué de presse du Parlement européen du 26 juin 2013 : « Paquet sur les marchés publics : un nouvel accord pour garantir des dépenses publiques plus responsables »)

L'offre économiquement la plus avantageuse au sens de l'article 67 de la directive 2014/24/UE

La nouvelle législation européenne en matière de marchés publics vise à passer du prix le plus bas au meilleur rapport qualité-prix et, par conséquent, à instaurer une nouvelle culture des marchés publics. Contrairement à la réglementation actuelle, le législateur européen n'accordera à l'avenir qu'une importance secondaire à la concurrence purement tarifaire (Soudry/Hettich, p. 64 ; cf. également à ce sujet 17ème forum sur les marchés publics, discussions 2015, p. 148).

Le changement de paradigme approche!

**«Nous souhaitons (avec l'offre la plus
avantageuse) concrétiser le changement
de paradigme que nous avons opéré dans
la loi.»**

Le Conseiller fédéral Ueli Maurer au Conseil d'Etat le 5.6.19

Loi sur les marchés publics : acteurs importants dont la position rend le résultat compréhensible



Harmonisation

Aperçu des adhésions à l'AIMP (état au 1er mai 2024)

Übersicht Beitritte zur IVöB 2019 (Stand: 01.05.2024)



Der Kanton Bern ist nicht Mitglied der IVöB2019. Er wendet diese interkantonale Vereinbarung als kantonales Recht mit eigenem Rechtsweg an.

IVöB 2019 in Kraft.

Kantonales Beitrittsverfahren läuft.

© BFS, ThemaKart - Neuchâtel 2012

Le canton de Berne n'est pas membre de l'AIMP 2019. Il applique cet accord international en tant que droit cantonal avec ses propres voies de recours

[AIMP 2019 en vigueur](#)

[Procédure cantonale d'adhésion en cours](#)

Les objectifs du droit des marchés publics selon la nouvelle LMP et la nouvelle AIMP

Art. 2 E-LMP [gras = nouveau] : La présente loi a pour but :

- a- l'utilisation économique, durable sur le plan **économique, écologique et social** des fonds publics ;
- b- la transparence de la procédure d'adjudication ;
- c- l'égalité de traitement / la non-discrimination ;
- d- la promotion d'une concurrence efficace et **loyale [y compris les mesures contre les accords de concurrence et la corruption]**.

Le système du nouveau droit : durabilité + concurrence qualitative

Art. 56, al. 3, LMP :

L'opportunité d'une décision ne peut être examinée [par un tribunal]. ->

Culture d'adjudication

Art. 29, al. 1, LMP :

Importance des critères d'attribution qualitatifs soulignée.

Art. 41, al. 1, LMP : L'adjudication est attribuée à l'offre la plus avantageuse.

Art. 12, al. 2 f. LMP:
Dumping par le non-respect des normes sociales minimales en Suisse et à l'étranger

Art. 38, al. 3, LMP:
Dumping des prix en Suisse et à l'étranger

Art. 12, al. 3, LMP en relation avec l'art. 4, al. 3, OMP : Dumping par le non-respect des normes écologiques minimales en Suisse et à l'étranger

Économie circulaire et marchés publics (RSDCC 3/2025)

Droit des marchés publics

Art. 30, al. 4, LMP : l'invention du futur à la croisée de l'économie circulaire et du droit des marchés publics

Marc Steiner, Avocat, Juge au Tribunal administratif fédéral, St. Gall

Depuis la réforme du droit des marchés publics et son entrée en vigueur au niveau fédéral le 1^{er} janvier 2021, le monde n'est définitivement pas resté immobile. En raison du volume des achats publics, la loi sur le climat et l'innovation, la loi sur l'électricité et le projet de loi sur l'économie circulaire ne peuvent être mis en œuvre qu'avec la transformation du système des marchés publics. Il est important que les différents thèmes soient abordés dans le cadre d'un même concept. Le principe directeur suprême est celui de la cohérence des systèmes et des politiques.

Culture d'adjudication – Prémisse

La discussion sur la culture des marchés publics repose sur l'hypothèse que la pratique des marchés publics dans le cadre de la marge d'appréciation prévue par la loi spéciale (art. 56, al. 3, LMP/AIMP) n'est pas un gâchis administratif voulu par Dieu, mais une action (au moins grossièrement) contrôlable par des impulsions de gestion et politiquement responsable.

Entrée en matière (Allemagne) – Paquet de transformation des marchés publics

Le ministère fédéral allemand de l'Économie et de la Protection du climat a lancé une consultation publique sur la transformation du droit des marchés publics (« Paquet de transformation des marchés publics »). **Selon la BDI, ce n'est toutefois pas le droit des marchés publics qui doit être modifié, mais plutôt les pratiques en matière d'attribution des marchés.** Il convient donc d'abord d'appliquer les règles existantes en matière de marchés publics avant d'envisager de modifier la réglementation.

#culturedesmarchéspublics

Innovation et marchés publics

Les fournisseurs s'adaptent au comportement de la demande du côté des clients. Extrait du procès-verbal des négociations : « En raison de l'importance (élevée) accordée au prix, nous avons proposé la solution conventionnelle. »

Quelle leçon en tirons-nous ? La concurrence sur les prix a une utilité marginale lorsqu'il s'agit de promouvoir l'innovation. La concurrence sur la qualité est plus appropriée.

Projet du Conseil fédéral pour la loi sur les marchés publics de 1994

Art. 21 Critères d'adjudication

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.

2 Les critères d'adjudication doivent figurer par ordre d'importance dans les documents concernant l'appel d'offres.

3 L'adjudication peut se faire exclusivement selon le critère du prix le plus bas.

L'offre économiquement la plus avantageuse selon l'art. 21 de l'ancienne LMP

Au vu tant du libellé que de la genèse de l'art. 21, al. 3, aLMP, on peut en déduire que le législateur considère que la concurrence purement basée sur les prix n'est pas appropriée pour les biens qui ne sont pas largement standardisés (décision incidente du Tribunal administratif fédéral B-2960/2014 du 28 octobre 2014, Cons. 4.2.5.1 f. avec références ; Steiner, dans : Zufferey/Stöckli (éd.), Aktuelles Vergaberecht 2014, p. 166 s. avec références).

L'offre la plus avantageuse économiquement selon l'avant-projet 2008 pour une nouvelle LMP

La détermination du meilleur rapport qualité-coût (et non pas uniquement du rapport qualité-prix) des offres par l'évaluation de tous les critères d'adjudication est le véritable sens et l'objectif de la procédure d'adjudication (rapport explicatif relatif au rapport AP-LMP du 30 mai 2008, p. 54 concernant l'art. 39, al. 3, AP-LMP 2008).

Concours de qualité

En matière de concurrence qualitative, le problème ne venait pas tant de l'ancienne législation que de la mentalité de la couche archéologique 2, qui a façonné une culture d'attribution des marchés trop axée sur la concurrence des prix. #mindset

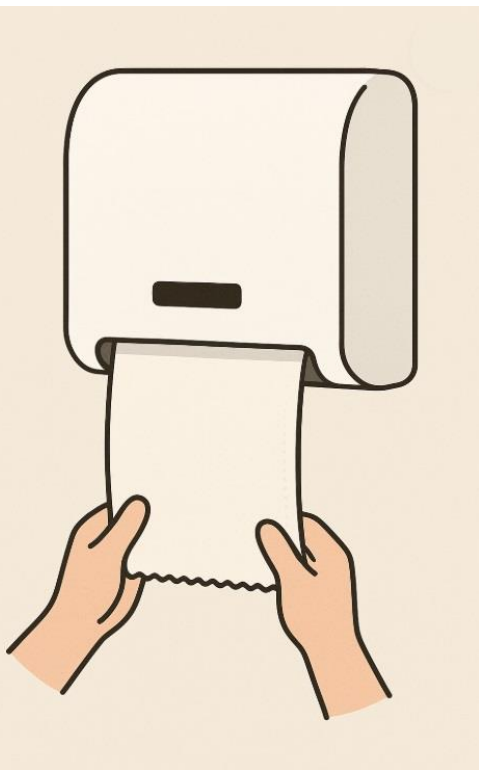
Afin d'éviter ce genre de « malentendus », notamment de la part des pouvoirs adjudicateurs, le lobby de la construction s'est imposé, malgré l'opposition notamment de la DTAP, pour que, selon le droit révisé des marchés publics, l'adjudication soit attribuée à l'« offre la plus avantageuse » plutôt qu'à l'« offre la plus avantageuse économiquement » (art. 41 LMP/AIMP 2019). L'avarice n'est pas cool !

Vérification de la conformité juridique des méthodes d'évaluation du prix

Arrêt du TF 2C_802/2021 du 22 novembre 2022, consid. 1.6) :

Selon la jurisprudence du Tribunal fédéral, même si plus la prestation mise au concours est complexe, moins le critère du prix doit être pris en compte, ce dernier doit être pondéré à hauteur d'au moins 20 %, même dans le cas de marchés complexes. En outre, cette pondération du prix, déjà faible, ne doit pas être encore affaiblie par la méthode d'évaluation.

Pondération du prix I



Pour les **prestations peu complexes** ou les adjudications les plus simples, il convient (selon l'ancien droit) de respecter une **limite inférieure de 60 pour cent** en ce qui concerne la pondération des prix (arrêt du TF 2C_802/2021 du 24 novembre 2022).

Objet du marché : équipement de locaux sanitaires et d'installations de WC avec des distributeurs de serviettes, y compris le maintien en état de fonctionnement / service de lavage

Pondération du prix II



¹ Martin Beyeler,
Droit de la
construction 4/2023,
S. 203

L'arrêt du TF
2C_802/2021 décrit la
situation juridique selon
l'ancien droit : "On ignore
donc **si le TF** déduira de
l'accent mis sur la qualité
(par rapport au prix), qui
peut être déduit des actes
législatifs révisés (...), **Il
est donc impossible de
savoir si cela entraînera
une modification de la
jurisprudence.**

ATAF 2018 IV/2 - Pondération de la qualité par appel d'offres et effective

Considérant 7.4 :

"L'interdiction d'une "pondération effective" par la méthode d'évaluation, qui contredit ou dilue la pondération annoncée dans le résultat, s'applique donc également à la méthode utilisée pour évaluer la qualité (CHRISTOPH JÄGER, Marge réaliste des offres également lors de l'évaluation des critères de qualité, in : BR 2017, ch. 2c, p. 233, GALLI/MOSER/LANG/STEINER, op. cit., ch. 914)".

Art. 29 al. 4 AIMP

Les prestations standardisées peuvent être adjudgées sur la base du seul critère du prix le plus bas.

Art. 29 al. 4 LMP

Les prestations (signifie: largement) standardisées peuvent être adjudgées sur la base du seul critère du prix total le plus bas, pour autant que les spécifications techniques concernant les prestations permettent de garantir le respect d'exigences élevées en matière de durabilité sociale, écologique et économique.

Arrêt ATA/298/2025 du Tribunal administratif de Genève du 25 mars 2025

Une prestation de service concernant la surveillance d'un musée d'histoire naturelle avec contrôle d'accès à l'aide d'éléments informatiques n'est certainement pas une prestation (signifie : largement) standardisée au sens du nouveau droit.

Contrôle de conformité juridique des méthodes d'évaluation de la qualité

Arrêt du TAF B-1185/2020 du 1er décembre 2020:

La recourante reproche à l'adjudicateur d'avoir choisi, pour l'évaluation des offres sous les critères d'adjudication qualitatifs et en particulier sous le critère d'adjudication ZK3 "Analyse du mandat", un système d'évaluation de type taxonomique B [...] qui, dans son application, n'est pas apte à garantir une évaluation suffisamment différenciée de la qualité, notamment compte tenu de la pondération élevée de celle-ci. Et elle a raison !

Arrêt du TAF B-1185/2020

Catalogue des exigences - Critères d'adjudication

N°	Question et justificatif	Taxonomie appliquée	Evaluation du fournisseur	Documentation des prestations	Points max.
ZK03	<p>Analyse des commandes</p> <p>L'analyse doit décrire de manière plausible et compréhensible au moins les points suivants:</p> <ul style="list-style-type: none">- Procédure- Calendrier et organisation- Défis et mesures- Fonctionnalités particulières <p>Preuve</p> <p>Description sur 10 pages A4 maximum</p>	<p>Taxonomie de type B</p> <p>La note maximale est attribuée lorsque les quatre critères requis sont présentés de manière plausible et compréhensible dans l'analyse de la commande.</p> <p>La moitié des points est attribuée lorsque trois des quatre critères exigés sont présentés de manière plausible et compréhensible dans l'analyse de la commande.</p> <p>Aucun point n'est attribué si moins de trois des quatre critères requis sont présentés de manière plausible et compréhensible dans l'analyse de la commande.</p>	<ul style="list-style-type: none">- Remplie- Remplie en partie- Non remplie	<p><i>Insérer ici les informations requises</i></p>	400

Décision incidente du TAF B-4158/2021 du 21 février 2022

ZK03.1	Procédure L'analyse de la commande présente la procédure selon la méthodologie Hermes. Elle évalue si la méthodologie est correctement décrite par rapport à la commande en question.	Taxonomie type B Le nombre total de points sera attribué si la procédure est présentée de manière plausible et compréhensible, avec une référence correcte à la mise en œuvre d'une solution informatique. La moitié des points sera attribué si la procédure est présentée de manière plausible et compréhensible, sans référence ou avec une référence minimale à la mise en œuvre d'une solution informatique. Aucun point n'est attribué si les critères requis ci-dessus ...	<ul style="list-style-type: none">- Remplie- Remplie en partie- Non remplie	<i>Insérer ici les informations requises</i>	60
--------	--	--	---	--	----

Journée BKB/KBOB/OFEV sur l'achat durable mai 2025 (discours liminaire sur la jurisprudence)

Conclusion

La jurisprudence suit pour l'essentiel les principes directeurs de la nouvelle législation. Elle n'est donc pas de nature à inciter les pouvoirs adjudicateurs à se montrer trop prudents lorsqu'il s'agit d'exercer leur pouvoir discrétionnaire. #Culture des marchés publics.

Selon les termes du Tribunal cantonal du Valais :« La prise en compte des trois dimensions de la durabilité -...- est un élément essentiel de la notion de qualité. » 1

1 Arrêt du Tribunal cantonal du Valais du 26 septembre 2024 E. 4.6.2

Stratégie d'approvisionnement / recommandation de mise en oeuvre

Recommandations de la BKB / KBOB pour guider les services d'achat et les services demandeurs dans la mise en œuvre de la stratégie d'achat de l'administration fédérale

Berne, juin 2021

Le 1er janvier 2021, la révision totale du droit fédéral des marchés publics (LMP/OMP) et, parallèlement, la stratégie d'achat de l'administration fédérale (« stratégie de mise en œuvre du Conseil fédéral relative à la révision totale du droit des marchés publics pour la période stratégique 2021-2030 ») sont entrées en vigueur.

Afin de relever les défis liés à la mise en œuvre de la révision totale, le Conseil fédéral a formulé six axes stratégiques dans la stratégie d'acquisition (cf. fig. 1) et en a déduit des objectifs stratégiques pour les acquisitions de la Confédération

.Le Conseil fédéral charge les services d'acquisition de l'administration fédérale ...

Pour la période stratégique 2021-2030, le Conseil fédéral a défini les six axes suivants pour la gestion des achats de la Confédération : (2)

1. Approvisionnement axé sur la qualité
 2. Approvisionnement durable
 3. Approvisionnement innovant
 4. Approvisionnement favorable aux fournisseurs
 5. Processus numérisés, standardisés et conviviaux
 6. Réforme du reporting
- Les services chargés des achats et des besoins sont responsables de la mise en œuvre et de la réalisation des objectifs fixés par le Conseil fédéral...

L'Observatoire des marchés publics de la construction I

Pondération des critères qualitatifs d'attribution

Part des commandes répondant à des critères de durabilité

Gewichtung qualitativer Zuschlagskriterien

51.9%

Anteil Aufträge mit Nachhaltigkeitskriterien

35%

Anteil Aufträge mit Dialogverfahren

1.7%

Anteil Aufträge mit zugelassenen Varianten

18%

Part des marchés attribués dans le cadre d'une procédure avec mise en concurrence

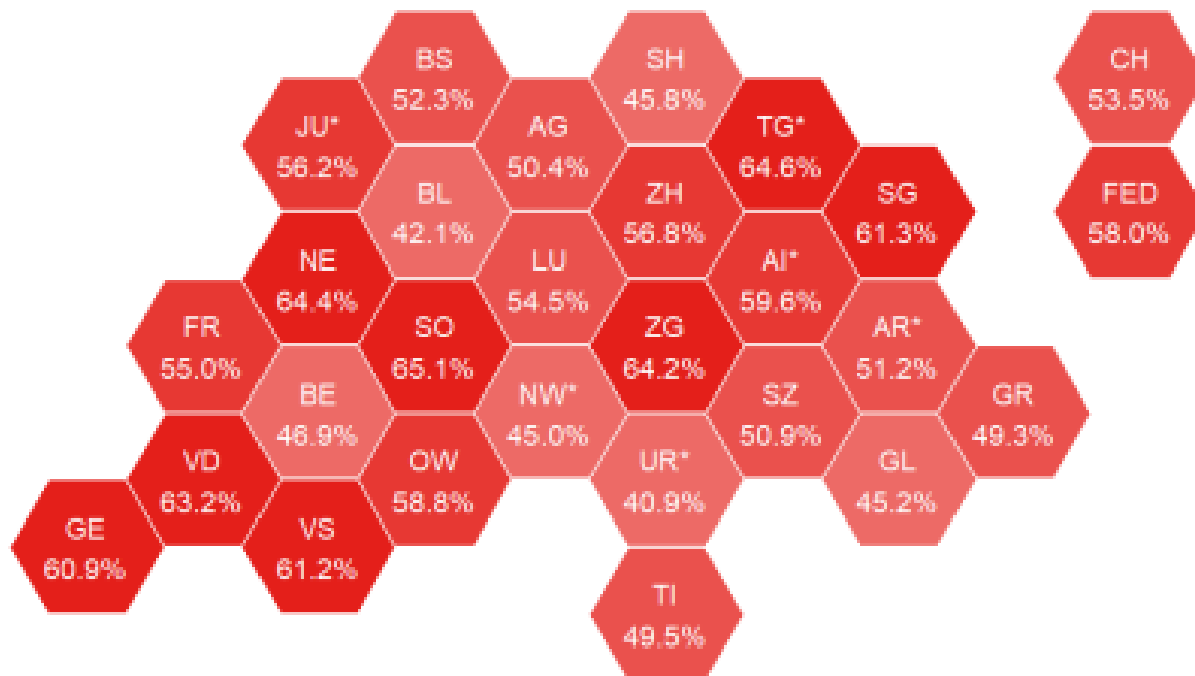
Part des commandes avec variantes autorisées

Le moniteur des marchés publics dans le secteur de la construction II

Figure 4: Part des critères d'attribution qualitatifs en pourcentage, moyenne mobile annuelle T2 2025 (* trimestre précédent) Suisse

Abbildung 4: Anteil qualitative Vergabekriterien in Prozent, gleitendes Jahresmittel Q2 2025 (* früheres Quartal)

Schweiz



Conclusion

Le nouveau droit suisse harmonisé est clairement axé sur la qualité et la durabilité. L'accent sur la qualité est incontesté, alors que dans le domaine de la durabilité, des questions restent ouvertes, notamment en ce qui concerne l'admissibilité des spécifications techniques sociales et la pondération des critères d'adjudication sociaux.

Dans le cadre de la nouvelle culture d'adjudication, la pondération du prix doit diminuer selon le concept du législateur (voir Stratégie d'achat de la Confédération) et c'est effectivement le cas (voir Vergabemonitor bauenschweiz). L'attribution de marchés uniquement sur la base du prix doit rester l'exception absolue.