

Adjudications News n°

36

Vers une pondération minimale des critères de qualité ?

Selon le Tribunal fédéral, le critère d'adjudication « prix » doit être pondéré à 60 % au minimum pour les marchés les plus simples et au moins à 20 % pour les marchés complexes. Dans ce contexte, existe-il également des principes directeurs en matière de pondération minimale des critères de qualité ?



Par **Martin Zobl**

Avocat, Dr. iur., LL.M.

Associé

Téléphone +41 58 658 55 35

martin.zobl@walderwyss.com



et **Florian Roth**

Avocat, MLaw, LL.M.

Managing Associate

Téléphone +41 58 658 55 79

florian.roth@walderwyss.com



Traduction par **Valentine Verhopen**

MLaw

Trainee Lawyer

Téléphone +41 58 658 83 98

valentine.verhopen@walderwyss.com

Vers une pondération minimale des critères de qualité ?

Plus la prestation décrite dans un appel d'offres est complexe, moins il convient d'accorder de poids au critère du prix. D'autres critères, notamment la qualité, revêtent alors une importance accrue. Si le Tribunal fédéral s'est intéressé à plusieurs reprises à la pondération minimale du critère du prix, la question se pose de savoir si une pondération minimale des critères de qualité est également prévue de par la loi.

Lignes directrices de la jurisprudence

Le pouvoir adjudicateur dispose d'une large marge d'appréciation pour définir les critères d'adjudication ainsi que leur pondération, mais il doit néanmoins tenir compte du type de marché.¹ Selon le Tribunal fédéral, la règle générale est la suivante : plus la prestation décrite dans l'appel d'offres est complexe, moins le critère du prix doit avoir d'importance. Dans ce cas, des critères tels que la qualité prennent une importance accrue.²

Le Tribunal fédéral a jugé à plusieurs reprises que même pour des marchés complexes, le critère du prix doit au moins être pondéré à 20 %, et cette pondération ne peut pas être encore affaiblie par la méthode d'évaluation (par exemple une courbe de prix plate).³ Récemment, le Tribunal fédéral a jugé que, pour les marchés les plus simples, le prix devait également être pondéré, cette fois à 60 % au moins.⁴ On peut ainsi en déduire que (i) même pour les marchés les plus complexes, le prix ne doit pas être pondéré à moins de 20 % et (ii) pour les marchés pouvant être qualifiés de « simples », le prix doit toujours être pondéré entre 60 et 100 %. Lors de l'adjudication de « prestations standardisées », il est possible (mais pas nécessaire) de se baser uniquement sur le 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 (art. 29 al. 4 LMP).⁵

À ce jour, le Tribunal fédéral n'a pas encore jugé si la loi prévoit non seulement une pondération minimale, mais aussi une pondération maximale du critère du prix. Corollaire d'un tel principe, une pondération maximale du prix impliquerait une pondération minimale des critères de qualité. Dans un jugement récent du Tribunal administratif fédéral, rendu sous l'égide de la LMP révisée, une partie recourante avait exigé une pondération minimale de 20 à 30 % du critère de qualité, arguant que l'entrée en vigueur de la nouvelle LMP s'accompagnait d'un changement de paradigme, à savoir le passage d'une concurrence basée sur le prix à une concurrence basée sur la qualité. Pour cette raison, le pouvoir adjudicateur devait s'assurer qu'une pondération minimale des critères de qualité soit respectée et que le choix des critères et/ou la méthode d'évaluation ne permettait pas de descendre en dessous d'une certaine pondération. Il fallait donc partir du principe qu'une pondération minimale de la qualité était indiquée selon l'esprit de la loi révisée. Le Tribunal administratif fédéral s'est contenté de juger que le Tribunal fédéral n'avait jusqu'à présent pas exigé de pondération minimale de la qualité. La question pouvait donc rester ouverte, car il ne s'agissait pas d'un marché complexe qui exigerait, le cas échéant, une pondération plus élevée de la qualité.⁶

Principes directeurs de la pratique en matière d'adjudication

En raison de la grande diversité de prestations qui peuvent être acquises, la pratique a recouru à des catégories, qui ne peuvent pas être délimitées avec précision, de prestations dites « complexes », « simples », « standardisées », « ni complexes ni simples » voire même « moyennement complexes ».

Selon la position défendue ici, les critères possibles afin d'évaluer la complexité d'un marché sont notamment les exigences techniques qui y sont liées, les risques induits (p. ex. sécurité des personnes et des biens, ou des intérêts immatériels), les effets à long terme du marché, ainsi que l'importance de l'objet ou de la prestation à laquelle le marché doit servir. En définitive, la catégorie auquel on peut se rattacher doit faire l'objet d'une évaluation au cas par cas, sur la base de toutes les caractéristiques pertinentes du marché concerné. Une pondération plus importante du critère de qualité s'impose, par exemple, lors de l'achat de services dont la qualité aura des effets à long terme. Ainsi, les investissements dans la préparation et dans l'étude d'un projet, qui comprennent par exemple l'élaboration et l'évaluation de différentes solutions, sont payants : ils permettent généralement de réduire les coûts totaux et de retirer un plus grand bénéfice de l'acquisition.⁷ Il en va de même lorsque la prestation comporte des risques plus élevés ou que des biens juridiques importants sont concernés.

Guide de la KBOB

Le 14 décembre 2020, la KBOB a publié un guide pour l'acquisition de prestations dans le domaine de la gestion des bâtiments (« **Guide de la KBOB** »), basé sur le droit des marchés publics révisé.⁸ Le Guide a pour but de montrer aux membres de la KBOB comment obtenir l'offre la plus avantageuse lors de l'adjudication de prestations dans le domaine de la gestion des bâtiments.⁹

L'Annexe 1 du Guide de la KBOB contient des explications sur le choix et l'évaluation (y compris la pondération) des critères d'adjudication.¹⁰

Dans son Guide, la KBOB recommande les pondérations suivantes pour les critères de prix et de qualité, en fonction des différents degrés de complexité du marché :¹¹

Exigences/complexité	Bas	Moyen	Elevé
Prix	50 à 70%	30 à 50%	20 à 40%
Qualité	30 à 50%	50 à 70%	60 à 80%

Influence du droit des marchés publics révisé ?

Sous l'ancien droit, le marché était adjugé à « l'offre la plus avantageuse économiquement » (art. 21 al. 1 aLMP¹²). Au cours des débats parlementaires, la notion d'offre « la plus avantageuse économiquement » a été remplacée par celle d'offre « la plus avantageuse », ce qui traduit également la volonté de renforcer la concurrence au niveau de la qualité.

Cette terminologie est plus proche de celle de l'AMP 2012¹³, qui exige que le marché soit adjugé à la soumission « la plus avantageuse » (AMP 2012 XV : 5 let. a).

Une grande liberté d'interprétation

En principe, l'offre la plus avantageuse doit être déterminée sur la base des critères d'adjudication et les pouvoirs adjudicateurs avaient déjà la possibilité, avant la révision, d'accorder une grande importance à la qualité, en définissant l'objet de la prestation et les critères d'adjudication. Les principes directeurs développés par la jurisprudence concernant l'offre la plus avantageuse économiquement¹⁴ s'appliquent donc par

analogie à la détermination de l'offre la plus avantageuse.¹⁵ Certains auteurs voient dans la nouvelle formulation de l'art. 41 LMP un « changement de paradigme », passant de la concurrence basée sur le prix à la concurrence basée sur la qualité.¹⁶ L'objectif de la LMP vers une concurrence par la qualité transparaît en tout cas dans la version adoptée par le Parlement et est placé au même niveau que les autres objectifs de la loi.¹⁷

Pour d'autres auteurs, l'art. 29 LMP montre que le législateur voulait plutôt permettre une forme d'évolution de la concurrence basée sur la qualité. Selon cette position, ce sont les pouvoirs adjudicateurs qui doivent décider de cette mise en œuvre lors de l'élaboration de leurs appels d'offres (en particulier en pondérant les critères d'adjudication, c'est-à-dire en mettant davantage l'accent sur les critères de qualité).¹⁸

Il reste à savoir si le Tribunal fédéral laissera entièrement aux pouvoirs adjudicateurs le soin d'opérer le passage, soutenu par le législateur, d'une concurrence basée sur le prix à une concurrence basée sur la qualité, ou s'il leur imposera des limites plus strictes sous la forme d'une pondération minimale du critère de qualité. Selon la position défendue ici, il n'y a en tout cas pas de raison pour que la jurisprudence prévoie une pondération minimale pour les marchés ayant différents degrés de complexité, mais pas de pondération maximale du critère du prix. En effet, la qualité de la prestation soumise à l'appel d'offres, qualité qui peut avoir des effets à long terme, peut être aussi importante que le prix pour l'utilisation économique des fonds publics. Le droit des marchés publics révisé fournit en tout cas des arguments supplémentaires pour justifier une pondération maximale du critère du prix ou une pondération minimale des critères de qualité pour les marchés plus complexes.

Obligation de contester les irrégularités de l'appel d'offres

Du point de vue du soumissionnaire, il convient de garder à l'esprit que, conformément à l'art. 53 al. 2 LMP, les prescriptions contenues dans les documents d'appel d'offres doivent être contestées au moment de la publication de l'appel d'offres, pour autant que leur importance soit identifiable par le soumissionnaire. Les prescriptions qui figurent dans l'appel d'offres doivent être contestées au moyen d'un recours. Parmi ces prescriptions figure notamment la pondération des critères d'adjudication du prix et de la qualité. Si le délai de recours est échu, une pondération excessive du critère du prix ne pourra plus être contestée par un recours contre la décision d'adjudication.

Conclusion

Bien que la pondération minimale des critères de qualité n'ait pas encore fait l'objet d'un jugement du Tribunal fédéral, les pouvoirs adjudicateurs seraient avisés de définir avec soin la pondération des critères de qualité, notamment en fonction de la complexité du marché et, le cas échéant, des effets économiques à long terme de la qualité. Malgré son champ d'application limité, le Guide de la KBOB peut servir d'aide à l'orientation afin de réduire le risque de recours.

Adjudications News vous informe des développements récents et des questions importantes dans le domaine du droit suisse des marchés publics. Les informations et commentaires qu'il contient ne sont pas constitutifs d'un conseil juridique et les opinions exprimées ne doivent pas être utilisées pour agir sans un conseil juridique préalable.

Sur le site www.adjudications.ch, vous trouverez une introduction et des informations complémentaires sur le droit suisse des marchés publics, en particulier des liens utiles vers les différentes sources juridiques, ainsi que des publications.

Notes de fin

- 1 Arrêt du TA ZH VB.2017.00351 du 18 août 2017, consid. 4.3.2.
- 2 Cf. arrêt du Tribunal fédéral 2C_802/2021 du 24 novembre 2022, consid. 1.6.
- 3 ATF 143 II 553 consid. 6.4 ; ATF 130 I 241, consid. 6.3 ; ATF 129 I 313 consid. 9.2.
- 4 Arrêt du Tribunal fédéral 2C_802/2021 du 24 novembre 2022, consid. 3.3, mais la décision avait été rendue selon l'ancien AIMP.
- 5 Pour une critique de l'ajout concernant les spécifications techniques, voir LOCHER THOMAS/OECHSLIN BARBARA, in : TRÜEB (édit.), *Handkommentar zum schweizerischen Beschaffungsrecht*, art. 49 N 34 ; cf. aussi § 33 al. 2 Submissionsverordnung du canton de Zurich (RS/ZH 720.11), qui parle de biens « largement standardisés ».
- 6 Cf. décision incidente du Tribunal administratif fédéral dans l'arrêt B-4019/2021 du 25 novembre 2021, consid. 7.4.
- 7 Message concernant la révision totale de la loi fédérale sur les marchés publics du 15 février 2017, FF 2017 1695, 1717.
- 8 Disponible sur : <https://www.kbob.admin.ch/fr/exploitation-des-biens-immobiliers> (consulté le 17 octobre 2024).
- 9 Guide de la KBOB, ch. 1.1.
- 10 Guide de la KBOB, ch. 1.3.
- 11 Guide de la KBOB Annexe 1, ch. 4.1.
- 12 Loi fédérale sur les marchés publics du 16 décembre 1994 (RS 172.056.1).
- 13 Accord révisé sur les marchés publics du 15 avril 1994 (RS 0.632.231.422), version de l'Accord révisé selon le ch. 1 du Prot. du 30 mars 2012 (RO 2020 6493).
- 14 Pour déterminer « l'offre la plus avantageuse économiquement », d'autres critères d'adjudication que le prix pouvaient déjà être pris en compte sous l'ancien droit, cf. ATF 143 II 553, consid. 6.4 et les références citées.
- 15 TRÜEB HANS RUDOLF/NATHALIE CLAUSEN, in : *Wettbewerbsrecht II Kommentar*, art. 41 LMP N 1.
- 16 Comme par exemple STEINER MARC, *Kurzabriss zu Entstehungsgeschichte und Zwecksetzung des BöB vom 21. Juni 2019*, BR/DC 2020 p. 10 ; cf. aussi le Communiqué de presse constructionsuisse du 19 novembre 2019.
- 17 STEINER, op. cit., p. 10.
- 18 MÜLLER THOMAS P., in : Trüeb Hans Rudolf (édit.), *Handkommentar zum schweizerischen Beschaffungsrecht*, art. 41 N 19 et les références citées.

Contact



Thomas P. Müller

Associé, Zurich

Téléphone +41 58 658 55 04

thomas.p.mueller@walderwys.com



Hans Rudolf Trüeb

Associé, Zurich

Téléphone +41 58 658 55 88

hansrudolf.trueb@walderwys.com



Ramona Wyss

Associée, Zurich

Téléphone +41 58 658 52 44

ramona.wyss@walderwys.com



Martin Zobl

Associé, Zurich

Téléphone +41 58 658 55 35

martin.zobl@walderwys.com



Daniel Zimmerli

Counsel, Zurich

Téléphone +41 58 658 55 33

daniel.zimmerli@walderwys.com



Hugh Reeves

Managing Associate, Lausanne

Téléphone +41 58 658 52 73

hugh.reeves@walderwys.com



Lena Götzinger

Associate, Zurich

Téléphone +41 58 658 56 63

lena.goetzinger@walderwys.com



Florian Roth

Senior Associate, Zurich

Téléphone +41 58 658 55 79

florian.roth@walderwys.com



Lucina Herzog

Associate, Zürich

Téléphone +41 58 658 56 15

lucina.herzog@walderwys.com



Matthieu Seydoux

Associate, Lausanne

Téléphone +41 58 658 83 58

matthieu.seydoux@walderwys.com



Felix Tuchs Schmid

Associate, Zurich

Téléphone +41 58 658 56 16

felix.tuchs Schmid@walderwys.com