

## Fiche d'information

# Nouvelle culture en matière d'adjudication: la concurrence axée sur la qualité, la durabilité et l'innovation au cœur du droit révisé sur les marchés publics

Berne, le 25 septembre 2020

Le 21 juin 2019, le Conseil national et le Conseil des États ont adopté la révision totale de la loi fédérale sur les marchés publics (LMP). La loi et l'ordonnance sur les marchés publics (OMP) révisées entreront en vigueur le **1<sup>er</sup> janvier 2021**. Le 15 novembre 2019, les cantons ont adopté l'accord intercantonal sur le droit des marchés publics (AIMP) révisé, qui entrera en vigueur lorsque deux cantons l'auront ratifié.

Lors de la mise en œuvre du droit révisé, une attention particulière sera accordée, à tous les échelons de l'État fédéral, à la **nouvelle culture en matière d'adjudication** visée, à savoir des marchés publics davantage axés sur la qualité, la durabilité et l'innovation.

La présente fiche vise une compréhension commune de cette nouvelle culture en matière d'adjudication pour les pouvoirs adjudicateurs: l'objectif est de permettre à ces derniers d'intégrer les modifications et les accents du droit révisé dans la pratique des appels d'offres. Le changement de culture en matière d'adjudication soutenu par le législateur est particulièrement évident dans le catalogue illustratif des différents **critères d'adjudication**.

### Nouvelle culture en matière d'adjudication dans la LMP et l'AIMP révisés

La nouvelle culture en matière d'adjudication voulue par le législateur résulte tout d'abord du fait que les **buts** de la loi et de l'accord sont formulés de manière plus large et que l'**article exprimant le but** exige une utilisation des deniers publics qui ne soit plus seulement économique, mais qui ait aussi des effets économiques, écologiques et sociaux durables (art. 2, let. a, LMP/AIMP).

En n'attribuant plus (simplement) le marché aux soumissionnaires présentant l'offre «économiquement la plus avantageuse», mais «l'**offre la plus**

**avantageuse**» (art. 41 LMP/AIMP), le législateur souhaite souligner et garantir que la **qualité** et les autres critères d'adjudication mentionnés dans la loi et dans l'accord **prédominant** par rapport au prix ou sont mis sur un pied d'égalité. Outre le critère du prix, des critères de qualité appropriés doivent toujours être définis.

En ce qui concerne l'évaluation des offres à la lumière de la nouvelle culture en matière d'adjudication et de la volonté du législateur, les services adjudicateurs pourraient être davantage amenés à utiliser largement les critères d'adjudication que sont la **durabilité**, le **caractère innovant** et la **plausibilité** de l'offre (qualitative et commerciale), qui sont explicitement mentionnés dans le droit révisé. Selon la jurisprudence du Tribunal fédéral, une aptitude supérieure au minimum requis peut également être prise en compte (ATF 139 II 489).

Ce changement ouvre des interfaces supplémentaires entre les différents intérêts publics pour les services adjudicateurs: ceux-ci devront utiliser la marge de manœuvre qui leur est offerte dans l'application du droit révisé et pondérer les conflits d'intérêts pour atteindre les objectifs visés.

### But et principes régissant la procédure

Outre la transparence, l'égalité de traitement et une concurrence efficace et équitable entre les soumissionnaires, la loi promeut également une utilisation économique et durable des deniers publics. Pour appliquer la nouvelle culture en matière d'adjudication, les services adjudicateurs devront sélectionner des **exigences** concrètes de manière à ce que les soumissionnaires puissent proposer des solutions innovantes et des offres d'une qualité élevée moyennant une charge de travail raisonnable. L'objectif est de donner une chance dans le processus de sélection aux entreprises qui produisent en Suisse, en particulier les PME, que ce soit en tant qu'adjudicataires directs, membres

d'une communauté de soumissionnaires ou d'un consortium.

Les services adjudicateurs prévoient des mesures concrètes et adaptées contre les conflits d'intérêts, les accords illicites affectant la concurrence et la corruption (art. 11, let. b, LMP/AIMP). Toute infraction à ces dispositions pourra entraîner des sanctions (art. 45, al. 1, LMP/AIMP).

## Critères d'adjudication

### a) Critères visés à l'art. 29, al. 1, LMP/AIMP

La volonté du législateur de renforcer la concurrence axée sur la qualité est particulièrement évidente dans la disposition relative aux **critères d'adjudication**: «outre le prix et la qualité de la prestation»<sup>1</sup>, les services adjudicateurs prennent en considération d'autres critères d'adjudication (cf. art. 29, al. 1, LMP/AIMP<sup>2</sup>). La loi et l'accord révisés énumèrent, à titre d'exemples, de nouveaux critères d'adjudication liés aux prestations. Toutefois, ce «catalogue» n'est pas totalement identique dans la LMP et dans l'AIMP: l'AIMP ne mentionne pas les critères de «fiabilité du prix» et des «différents niveaux de prix pratiqués dans les pays où la prestation est fournie».

### b) Plausibilité de l'offre

La LMP, l'OMP et l'AIMP révisés prévoient expressément que les prestations offertes puissent être plausibilisées et évaluées.

Dans la pratique, cela signifie par exemple que l'**estimation du nombre d'heures** d'une offre est soumise à un **contrôle de la plausibilité**, soit par une prévision individuelle de la qualité, soit par une comparaison avec les offres des concurrents ou l'estimation du nombre d'heures du service adjudicateur (cf. ATF 143 II 553, consid. 7.5.2).

Si la plausibilité de l'offre doit être évaluée, les documents de l'appel d'offres doivent indiquer non seulement la pondération du critère d'adjudication, mais aussi **la manière dont son évaluation est effectuée**.

➤ *Informations complémentaires: cf. guides de la KBOB concernant l'acquisition de prestations de mandataire et de travaux de construction ainsi que de prestations dans le domaine de la gestion des bâtiments (en cours d'élaboration), sous [www.kbob.admin.ch](http://www.kbob.admin.ch) → Thèmes et tendances → Mise en œuvre de la révision du droit des marchés publics.*

### c) Fiabilité du prix (LMP)

Pour les services adjudicateurs qui attribuent des marchés publics conformément au droit fédéral

(LMP/OMP), le catalogue des critères d'adjudication constitue une innovation supplémentaire en ce sens qu'outre l'évaluation du prix de l'offre, sa «fiabilité» peut également être prise en compte.

En partant du principe que des offres de prix particulièrement basses peuvent entraîner des coûts subséquents élevés et inattendus, des modèles d'évaluation doivent être examinés dans le cadre d'une sélection de projets pilotes de la Confédération afin que des propositions concrètes puissent être faites pour traiter le critère en pratique, sous réserve d'exclusion en raison d'une sous-enchère (voir ci-dessous).

➤ *Informations complémentaires: cf. guides de la KBOB concernant l'acquisition de prestations de mandataire et de travaux de construction ainsi que de prestations dans le domaine de la gestion des bâtiments (en cours d'élaboration), sous [www.kbob.admin.ch](http://www.kbob.admin.ch) → Thèmes et tendances → Mise en œuvre de la révision du droit des marchés publics.*

### d) Innovations

Les innovations se caractérisent par leur nouveauté et la valeur ajoutée qu'elles génèrent. L'acquisition d'innovations est rendue possible par des procédures d'adjudication appropriées (→ par ex. description fonctionnelle des prestations, dialogue, concours ou mandats d'étude parallèles) et par la sélection de critères d'aptitude et d'adjudication appropriés.

La qualification d'un soumissionnaire peut notamment être évaluée sur la base de son potentiel d'innovation (par ex. en répertoriant les brevets et les projets d'innovation aboutis). Les critères d'adjudication peuvent inclure une liste des caractéristiques innovantes de la solution proposée, une estimation de la valeur ajoutée monétaire, le gain de temps ou la contribution à réduire l'empreinte écologique.

### e) Service à la clientèle

Le service à la clientèle est la période pendant laquelle le personnel formé peut être disponible pour effectuer le service, en particulier la suppression des dérangements.

### f) Différents niveaux de prix pratiqués dans le pays d'origine (LMP)

Le critère d'adjudication consistant à prendre en compte les «différents niveaux de prix pratiqués dans les pays où la prestation est fournie» a été introduit dans la LMP lors des débats parlementaires. Pour les marchés de la Confédération non soumis aux accords internationaux, il est possible de retenir le niveau de prix (ou l'indicateur économique correspondant) du pays où le service est

<sup>1</sup> Le prix et la qualité sont toujours des critères essentiels à prendre en compte. Les critères de qualité doivent tenir compte de l'interdiction de discrimination.

<sup>2</sup> AIMP: «L'adjudicateur [...] peut [...] prendre en considération».

fourni. Le modèle d'évaluation doit être examiné dans le cadre d'une sélection de projets pilotes de la Confédération.

### g) Coûts du cycle de vie

Selon les messages relatifs à la LMP et à l'accord révisés, «coûts du cycle de vie» est une expression générique recouvrant les coûts d'acquisition, d'exploitation, de démolition et d'élimination. Les coûts externes de l'impact environnemental peuvent être pris en compte, à condition que des méthodes d'évaluation reconnues soient disponibles. D'une part, les coûts du cycle de vie peuvent être optimisés dans la conception d'un ouvrage. D'autre part, ils peuvent être pris en compte comme critères d'adjudication dans un marché public concret (par ex. pour les installations techniques, le mobilier, les véhicules).

➤ *Informations complémentaires: cf. recommandation de la KBOB 2021/2: Coûts du cycle de vie (en cours d'élaboration)*

### h) Durabilité

Les trois dimensions de la durabilité (sociale, économique et environnementale) doivent être prises en compte de manière équilibrée à travers toutes les phases de la procédure d'acquisition: la formulation des besoins et la définition des exigences influencent en particulier les possibilités de prendre en compte les aspects du développement durable dans l'évaluation des offres et dans la fourniture des services. En raison de la mention explicite de la durabilité dans l'article énonçant le but de la loi, celle-ci peut être prise en compte non seulement dans les critères d'adjudication, mais aussi dans les spécifications techniques, les conditions obligatoires de participation et dans les critères d'aptitude. Dans la phase de mise en œuvre, il faut s'assurer que les exigences sont appliquées tout au long de la chaîne d'approvisionnement ou de prestation.

Des exemples de prise en compte de la durabilité sont les suivants:

- Société: respect des conditions de travail conformément au partenariat social ou d'autres standards internationaux du travail importants; commerce équitable dans les caractéristiques des produits.
- Économie: prise en compte des coûts liés au cycle de vie.
- Environnement: choix de matériaux respectueux de l'environnement et recyclables et de solutions à haut rendement énergétique.

Le contrôle des preuves doit être fondé sur le risque, c'est-à-dire là où une évaluation des risques ou une clarification du marché indique un risque accru de non-conformité aux exigences en matière de durabilité posées dans l'appel d'offres.

➤ *Informations complémentaires: cf. recommandation de la KBOB 2021/1: Marchés publics durables dans le secteur de la construction (en cours d'élaboration)*

➤ *Informations complémentaires: cf. principes directeurs et leurs fiches d'information «Gestion immobilière durable» de la KBOB, sous [www.kbob.admin.ch](http://www.kbob.admin.ch) → Thèmes et tendances → Gestion immobilière durable et principes directeurs de la CA pour des achats publics durables (de biens et de services), sous [www.bkb.admin.ch](http://www.bkb.admin.ch) → Services d'achat → Durabilité des marchés publics*

➤ *Informations complémentaires: cf. recommandation «Achats durables» de la CA (en cours d'élaboration).*

### Méthode des deux enveloppes

Le droit révisé prévoit la possibilité de recourir à la méthode des deux enveloppes pour la remise et l'ouverture des offres (cf. art. 38, al. 4, LMP/AIMP). À ces fins, l'adjudicateur annonce dans l'appel d'offres que les prestations (ainsi que les preuves) et les prix proposés (liste des prix) doivent être remis dans deux enveloppes distinctes.

L'idée sous-jacente est que la prestation et la qualité d'une offre peuvent être évaluées plus objectivement lorsque le critère du prix intervient plus tard dans l'évaluation.

### Examen des offres anormalement basses

Il est désormais **obligatoire d'examiner** les offres anormalement basses. Cette obligation remplace la formulation potestative, qui laissait aux services adjudicateurs le soin de décider, en fonction des circonstances particulières, si un réexamen du prix était nécessaire (cf. art. 38, al. 3, LMP/AIMP).

### Concours et mandats d'étude parallèles

#### a) Concours

Les concours sont organisés sous la forme de concours d'étude ou de concours portant sur les études et la réalisation sur la base de propositions de solutions anonymes. Ils permettent l'évaluation par un jury d'experts et la comparaison de différentes solutions. Ils sont par exemple publiés dans le but d'encourager les innovations et de trouver le meilleur projet possible pour la tâche mise au concours.

#### b) Mandats d'étude parallèles

Le mandat d'étude parallèle est désormais explicitement ancré dans la loi et dans l'accord (cf. art. 22 LMP/AIMP). Il sert à favoriser la recherche de solutions pour une tâche complexe par le biais de travaux d'étude, indépendamment du prix. Le jury d'experts peut recommander la meilleure offre pour son développement ultérieur ou un mandat subséquent.

➤ *Informations complémentaires: cf. guides de la KBOB relatifs aux concours et aux mandats d'étude parallèles, sous [www.kbob.admin.ch](http://www.kbob.admin.ch) → Thèmes et tendances → Mise en œuvre de la révision du droit des marchés publics (en cours d'élaboration).*

## Dialogue

Le dialogue (cf. art. 24 LMP/AIMP) permet aux services d'achat de développer et de définir des solutions ou des procédures avec les fournisseurs dans le cas de marchés complexes, de prestations intellectuelles ou de prestations innovantes. L'avantage d'impliquer les entreprises suffisamment tôt est que des solutions efficaces peuvent être trouvées à un stade précoce du processus.

➤ *Informations complémentaires: cf. guide de la KBOB relatif aux procédures d'acquisition avec dialogue, sous [www.kbob.admin.ch](http://www.kbob.admin.ch) → Thèmes et tendances → Mise en œuvre de la révision du droit des marchés publics (en cours d'élaboration).*

## Pour de plus amples informations

Secrétariat de la KBOB / Bureau de la CA

Tél. 058 465 50 63 / 058 462 38 50

[kbob@bbl.admin.ch](mailto:kbob@bbl.admin.ch)

[bkb@bbl.admin.ch](mailto:bkb@bbl.admin.ch)