

Jurisprudence actuelle sur la durabilité des marchés publics

Marc Steiner
Juge au Tribunal administratif fédéral*

*L'orateur exprime son opinion personnelle

Bienne, 6 mai 2025

Le système du nouveau droit: Durabilité & concurrence axée sur la qualité

- ❖ **Art. 2:**

La durabilité comme élément constitutif de l'objectif légal du «best value for money»

- ❖ **Art. 41 al. 1 LMP/IVöB:**

Le marché est adjugé au soumissionnaire ayant présenté l'offre la plus avantageuse.
(cf. Art. 29 LMP/AIMP).

- ❖ **Art. 56 al. 3 LMP/IVöB:**

L'opportunité d'une décision ne peut être examinée dans le cadre d'une procédure de recours [veut dire par un tribunal].

Art. 12 Abs. al. 2 let f

LMP/AIMP: Dumping par le mépris des normes sociales minimales dans la Suisse et à l'étranger

Art. 38 al. 3 LMP/AIMP:

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 mépris des normes écologiques minimales en Suisse et à l'étranger

Nouvel AIMP du 15 novembre 2019

Vue d'ensemble des adhésions à l'AIMP 2019 (état au 01.05.2024)



Le canton de Berne n'est pas membre de l'AIMP2019. Il applique cet accord intercantonal comme droit cantonal selon sa propre voie de recours.

Adhésion à l'AIMP 2019 entrée en vigueur

Procédure d'adhésion cantonale en cours

Loi portant introduction



Art. 6a OOMP – Durabilité

- 1 Les **services d'achat** prennent en considération le caractère durable des prestations achetées.
- 2 Ils prévoient à cette fin des **critères** correspondants ou des **spécifications techniques**, pour autant que cela n'implique pas une restriction excessive de la concurrence.
- 3 (...)

Marge d'appréciation de l'adjudicateur

L'Adjudicateur dispose d'une large marge d'appréciation ou d'un large pouvoir discrétionnaire pour définir les critères, leur pondération et le choix des méthodes d'évaluation.¹

- Le Tribunal fédéral et tous les tribunaux administratifs sont unanimes à ce sujet.²

¹ Arrêt 100.2024.276U du Tribunal administratif du canton de Berne du 13 décembre 2024, consid. 4.1

² Cf. par exemple ATF 143 II 558 consid. 6.3.2 concernant les communes ainsi que la décision incidente du TAF B-5488/2021 du 29 juillet 2022 consid. 10.4.2 « Tunnelfunkanlagen I ».

Aptitude supérieure au minimum requis

Selon la jurisprudence du Tribunal fédéral, la meilleure évaluation du **personnel clé** dans le cadre de l'adjudication au sens d'une aptitude supplémentaire (« Mehr-eignung ») est expressément autorisée.¹

- Cela vaut d'autant plus selon le droit révisé.²



Quelle: Bundesgericht

¹ Arrêt du TF 2C_91/2013 du 23 juillet 2013 = ATF 139 I 489 ; cf. également BVGE 2011/58 E. 11.2 avec référence à Marc Steiner, Die Berücksichtigung der Mehreignung, in: European Law Reporter 5/2010, S.189 ff.

² Décision incidente du TAF B-5341/2024 du 19 décembre 2024, considérant 5.4.2.2 "Kleiderlogistik"

Pondération du prix I

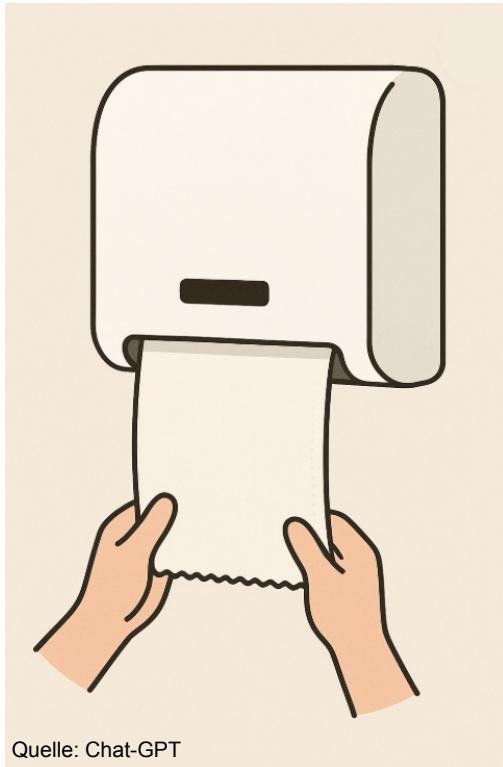


Le prix revêt généralement moins d'importance lors de l'acquisition d'ouvrages ou de prestations complexes ; d'autres critères tels que la qualité [...] sont alors privilégiés.
[Le prix doit toutefois] être pris en considération à hauteur d'au moins 20 %, même pour les achats complexes (du moins selon l'ancienne législation).¹

Quelle: Chat-GPT

¹ BGE 143 II 553 cons. 6.4

Pondération du prix II



Quelle: Chat-GPT

Pour les prestations **peu complexes** ou les marchés les plus simples, il convient (selon l'ancienne législation) de respecter **une limite inférieure de 60 %** en matière de pondération des prix.¹

Objet du marché : équipement de salles sanitaires et de toilettes avec distributeurs de serviettes, y compris maintenance en état de fonctionnement / service de lavage

¹ [Arrêt du TF 2C_802/2021 du 24 novembre 2022](#)

Pondération du prix III



Quelle: Chat-GPT

L'arrêt du TAF 2C_802/2021 couvre la situation juridique selon l'ancien droit: **Il n'est donc pas connu si le TF**, en mettant l'accent sur la qualité (par opposition au prix), comme cela ressort des dispositions révisées (...), **conclura à la nécessité de modifier sa jurisprudence.**¹

¹ Martin Beyeler, Baurecht 4/2023, S. 203; Opinion divergente: arrêt BE.2023.371 du tribunal administratif d'Argovie du 21 décembre 2023, considérant 2.3 in fine.

Arrêt du TAF B-1185/2020 du 1er décembre 2020 / évaluation de la qualité

Katalog der Anforderungen – Zuschlagskriterien					
Nr.	Frage und Nachweis	Angewendete Taxonomie	Anbietertaxierung	Dokumentation der Leistungen	Max. Punkte
ZK03	<p>Auftragsanalyse</p> <p>Die Auftragsanalyse soll mindestens die folgenden Punkte plausibel und nachvollziehbar beschreiben:</p> <ul style="list-style-type: none">• Vorgehen• Terminplan und Organisation• Herausforderungen und Massnahmen• Besondere Funktionalitäten <p>Nachweis</p> <p>Beschreibung auf maximal 10 A4 Seiten.</p>	<p>Taxonomietyp B</p> <p>Die volle Punktzahl wird vergeben, wenn alle vier geforderten Punkte in der Auftragsanalyse plausibel und nachvollziehbar aufgezeigt werden.</p> <p>Die halbe Punktzahl wird vergeben, wenn drei der vier geforderten Punkte in der Auftragsanalyse plausibel und nachvollziehbar aufgezeigt werden.</p> <p>Keine Punktzahl wird vergeben, wenn weniger als drei der vier geforderten Punkte in der Auftragsanalyse plausibel und nachvollziehbar aufgezeigt werden</p>	<input type="checkbox"/> erfüllt <input type="checkbox"/> teilweise erfüllt <input type="checkbox"/> nicht erfüllt	<i>Angaben hier einfügen</i>	400

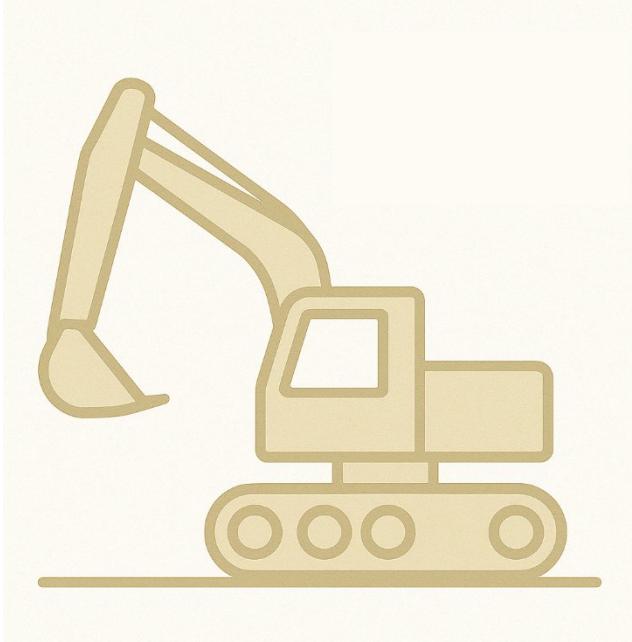
Critère d'adjudication “durabilité”/ rapport avec le marché

Comme tous les critères d'adjudication, le critère « durabilité » doit toujours être **en relation avec la prestation concrète à fournir** (l'objet du marché ou l'objet du mandat).

- Cette exigence vise à empêcher « que des objectifs protectionnistes soient poursuivis ou que certains soumissionnaires puissent bénéficier d'une préférence illicite ».¹

¹ Urteil des Verwaltungsgerichts Aargau WBE.2023.371 vom 21. Dezember 2023 E. 4.3.4.1

Système de management environnemental comme preuve d'aptitude



Quelle: Eigene Chat-GPT Darstellung

La norme ISO 14001 définit les exigences mondialement reconnues auxquelles doit satisfaire un système de management environnemental et répond donc à un critère de protection de l'environnement.

La prise en compte des aspects de protection de l'environnement qui ont un effet direct sur la prestation demandée ou qui la concernent est licite.¹

¹ Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-5897/ 2022 vom 5. April 2023 E. 6.4 f. «Baggerleistungen»; dazu kritisch Martin Beyeler, in: Baurecht 2023, S. 226 ff.).

Critère d'adjudication “durabilité”/ transparence

Les notions d'«écologie» et de «social» étant très larges, il appartient à l'**adjudicateur** – qui dispose en principe d'une grande **marge d'appréciation** – de préciser de manière concrète et transparente, dans l'appel d'offres ou dans les documents d'appel d'offres, quels aspects écologiques (ou sociaux) sont importants pour lui au regard de l'objet concret du marché.¹



¹ Arrêt du Tribunal administratif d'Argovie WBE.2023.371 du 21 décembre 2023, consid. 4.3.4.1

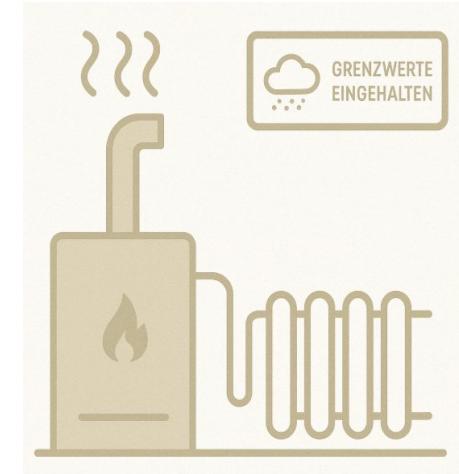
L'interaction entre les spécifications techniques écologiques et les critères d'adjudication écologiques I

La question de savoir s'il est admissible de tenir compte d'un « **dépassement des exigences** » des **spécifications techniques** lors de l'examen des offres sur la base des **critères d'adjudication** est majoritairement affirmative dans la doctrine, dans la mesure où celle-ci s'est prononcée à ce sujet.

¹ Arrêt du TAF B-879/2020 du 8 mars 2021, consid. 6.4.3 « Aussenreinigung».

L'interaction entre les spécifications techniques écologiques et les critères d'adjudication écologiques II

Ainsi, lors de l'acquisition d'une installation de chauffage, il doit être possible de prendre en considération le produit qui reste le plus en dessous des valeurs limites fixées dans l'ordonnance sur la protection de l'air (en tant qu'exigence minimale)², ce qui correspond à la prise en compte du «dépassement du minimum» comme critère d'adjudication.



Quelle: Chat-GPT

¹ 1 Arrêt du TAF B-879/2020 du 8 mars 2021, consid. 6.4.3 « Nettoyage extérieur ».

² So TRÜEB, Umweltrecht in der WTO, 2001, S. 502; STEINER, Die umweltfreundliche Beschaffung – vergaberechtliche Möglichkeiten und Grenzen, 2006, S. 82

Arrêt du TAF B-1714/2022 du 19 septembre 2023 “Transportwagen”

considérant 11.7:



Conformément à l'art. 12, al. 4, LMP, les sous-traitants sont également tenus de respecter les exigences de l'art. 12, al. 1 à 3. Ces obligations doivent être reprises dans les accords conclus entre les soumissionnaires et les sous-traitants. Le nouvel art. 12 al. 4 LMP repose donc sur l'idée que les normes sociales et de travail doivent être respectées tout au long de la chaîne de livraison (cf. message LMP, p. 1758 s.; Pandora Kunz-Notter, Handkommentar BöB, Art. 12 Rz. 17 f.).

Arrêt du TAF B-1714/2022 du 19 septembre 2023 “Transportwagen”

considérant 11.8:

... le contrôle ne doit absolument pas se limiter à la consultation des autodéclarations. Plus une prestation partielle est pertinente pour l'ensemble du marché et plus une prestation partielle présente un risque pour la chaîne de livraison, plus il peut être indiqué d'aller au-delà de la consultation d'une autodéclaration...



Quelle: Schweizer Armee

Arrêt du TAF B-4165/2022 du 23 novembre 2022 “Rippenplatten”

*Argumentation des CFF en tant que pouvoir adjudicateur,
soutenue par le tribunal:*



- La preuve du critère d'aptitude devait être comprise dès le départ comme signifiant que les fabricants devaient signer les **conditions de mise en application pour les producteurs** définies par amfori BSCI.
- Il ressortait déjà clairement de l'appel d'offres et des documents d'appel d'offres - donc avant la remise des offres - que la preuve du critère d'aptitude visait la **responsabilité sociale des soumissionnaires tout au long de leur chaîne d'approvisionnement, y compris des éventuels fabricants**.

Conclusion

La jurisprudence suit en substance les principes directeurs du nouveau droit. Elle n'est donc pas de nature à inciter les pouvoirs adjudicateurs à se montrer frileux lorsqu'il s'agit d'exercer leur marge d'appréciation.

#culture d'adjudication

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 Urteil des Kantonsgerichts Wallis vom 26. September 2024 E. 4.6.2