

Wolfgang Straub
Deutsch Wyss & Partner
Effingerstrasse 17
Case Postale 5860
CH-3001 Berne

Introduction au droit des marchés publics

Cette documentation, issue d'un séminaire pour armasuisse en janvier 2004, se limite à exposer les notions de base et à donner quelques conseils pratiques sans prétendre reprendre ici la discussion scientifique. Je tiens à remercier Maître Stephan M. Rothenbühler et Monsieur Claude Bruchez de leur collaboration précieuse lors de la préparation du séminaire.

Table des matières

1. LES BASES DU DROIT DES MARCHÉS PUBLICS.....	4
1.1. Les buts	4
1.2. Les intérêts en jeu	5
1.3. Les bases juridiques	6
1.3.1. Les sources de droit.....	6
1.3.2. L'accord OMC sur les marchés publics (AMP).....	7
1.3.3. La loi sur les marchés publics (LMP)	8
1.3.4. Les valeurs seuils (art. 6s LMP).....	8
2. LES PROCÉDURES D'ADJUDICATION.....	10
2.1. Les types de procédures.....	10
2.1.1. La procédure ouverte (art. 14 LMP)	10
2.1.2. La procédure sélective (art. 15 LMP)	10
2.1.3. La procédure de gré à gré (art. 16 LMP)	11
2.1.4. La procédure sur invitation (art. 35 OMP)	12
2.1.5. La clause de minimis (art. 7 al. 2 LMP/14 OMP).....	12
2.2. Le déroulement de la procédure.....	14
2.2.1. Les Publications (art. 24 LMP)	15
2.2.2. L'ouverture des offres (art. 24 OMP).....	15
2.2.3. Les motifs d'incapacité	15
2.2.4. Les prescriptions de forme.....	16
2.2.5. La révision des offres.....	16
2.2.6. Les négociations.....	17
2.2.7. La décision d'adjudication	18
2.2.8. La conclusion du contrat (art. 29 OMP)	18

3. L'APPEL D'OFFRES ET L'ÉVALUATION DES OFFRES	19
3.1. L'appel d'offres	19
3.1.1. L'objet du marché	19
3.1.2. Les conditions	19
3.1.3. Les informations complémentaires	20
3.2. Les critères de qualification	21
3.3. Les critères éliminatoires.....	22
3.4. Les critères d'adjudication	22
3.5. Les principes directeurs	23
3.5.1. Le rapport entre les critères, les preuves et l'objet de l'adjudication.....	23
3.5.2. Le principe de transparence	23
3.5.3. Le principe du traitement égal et non discriminatoire	24
LIENS UTILES	26
RECOMMANDATIONS DE LITTÉRATURE	26

LES BASES DU DROIT DES MARCHES PUBLICS

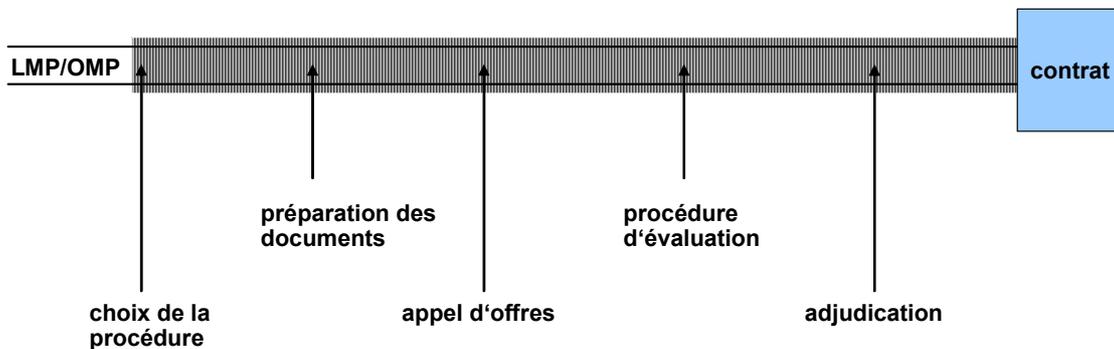
1.1. Les buts

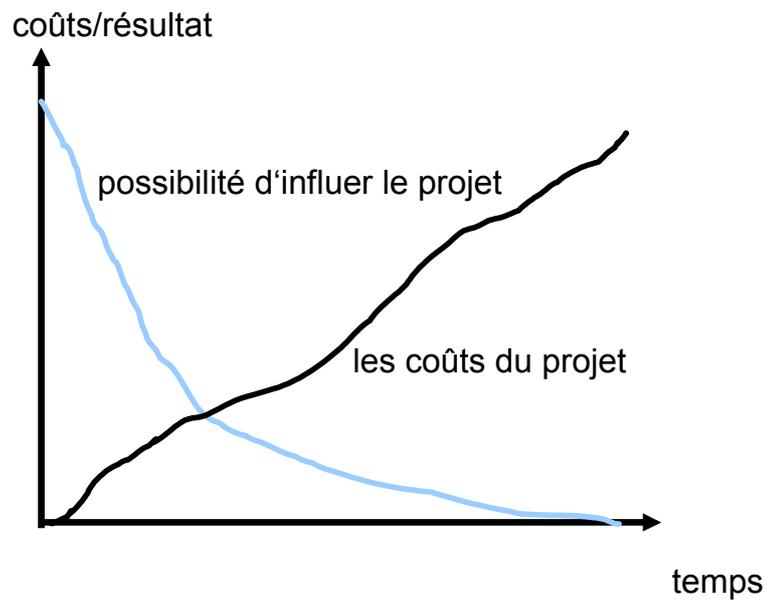
Art. 1 LMP

¹ Par la présente loi, la Confédération entend:

- a. régler les procédures d'adjudication des marchés publics de fournitures, de services et de construction et en assurer la transparence;
- b. renforcer la concurrence entre les soumissionnaires;
- c. favoriser l'utilisation économique des fonds publics.

² Elle entend aussi garantir l'égalité de traitement de tous les soumissionnaires.





1.2. Les intérêts en jeu

Pour l'adjudicateur: recevoir des offres économiquement avantageuses

- recevoir toutes les **informations pertinentes** pour le choix
- maximiser la **qualité** par rapport au prix
- minimiser les frais de l'adjudication
- minimiser les **risques** lors de la réalisation du marché
- maintenir un choix de fournisseurs compétents pour des marchés futurs
- **renforcement de la concurrence**

Pour les **entreprises intéressées:** minimiser les frais d'évaluation pour la décision de participation

- **publication** centrale (FOSC/www.simap.ch)
- **communication** de tous les éléments pertinents
- description précise de **l'objet du marché**

- découverte de tous les **critères de qualification et d'adjudication** ainsi que de la matrice d'évaluation
- **traitement égal** par rapport aux participants effectifs
- **invariabilité des conditions** au cours de la procédure

Pour les **soumissionnaires**: maximiser la chance d'adjudication en minimisant les frais de la participation

- **documents** d'appel d'offres **complets**
- **épargner des frais inutiles** en cas de manque de qualification
- décision **rapide et équitable**
- **délais** suffisants pour présenter l'offre
- **traitement égal** des concurrents
- **prévisibilité** de la procédure (p.ex. en cas de négociations)
- protection d'**informations confidentielles**

1.3. Les bases juridiques

1.3.1. Les sources de droit

- Accord OMC sur les marchés publics du 15 avril 1994 (AMP) RO 0.632.231.442
- Loi fédérale sur les marchés publics du 16 décembre 1994 (LMP) RO 172.056.1
- Ordonnance sur les marchés publics du 11 décembre 1995 (OMP) RO 172.056.11
- Ordonnance sur l'adaptation des valeurs seuils des marchés publics pour l'année 2004, RO 172.056.12

- Loi fédérale du 6 octobre 1989 sur les finances de la Confédération (LFC) RO 611.0
- Loi fédérale sur la procédure administrative du 20 décembre 1968 (LPA) RO 172.021
- ...

1.3.2. L'accord OMC sur les marchés publics (AMP)

<p>La loi fédérale sur les marchés publics (LMP)</p> <ul style="list-style-type: none">- transpose l'AMP- régit les marchés publics au-dessus des valeurs seuils	<p>L'ordonnance sur les marchés publics (OMP)</p> <ul style="list-style-type: none">- met en oeuvre la LMP- régit les marchés publics en dehors du champ d'application de la LMP
---	--

But: libéralisation des marchés publics → système efficace de protection juridique

Champ d'application:

- **marchés de fournitures et services** au-dessus d'une valeur seuil de Frs. 248'950
- **marchés de construction** au-dessus d'une valeur seuil de Frs. 9,575 mio.

Sont soumis la Confédération, les cantons, les communes et les entreprises publiques d'approvisionnement en eau, en énergie et de transports

1.3.3. La loi sur les marchés publics (LMP)

Le **champ d'application** de la LMP

- **Domaines non exclus** par la loi (art. 3 LMP)
- Valeur estimée du marché atteint les **valeurs seuils** (art. 6 s LMP)

La LMP **n'est pas applicable**

- ...
- à l'acquisition d'armes, de munitions ou de matériel de guerre et à la réalisation **d'infrastructures de combat et de commandement** pour la défense générale et l'armée. (art. 3 al.1 lit. e LMP)

→ De tels marchés peuvent être passés par procédure sur invitation ou par procédure de gré à gré (voir les art. 35s OMP).

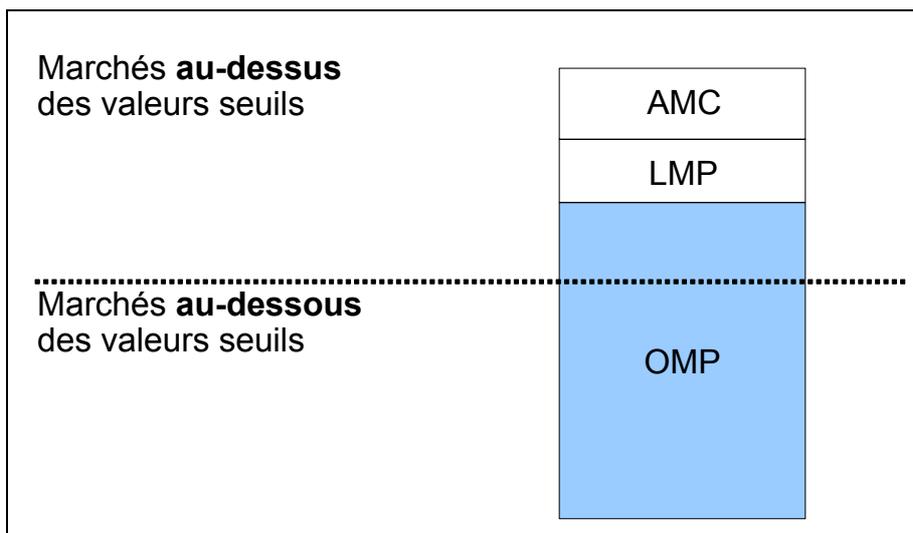
1.3.4. Les valeurs seuils (art. 6s LMP)

- Marchés de **fournitures** au-dessus de Frs. 248'950.-
- Marchés de **services** au-dessus de Frs. 248'950.-
- Ouvrages de **construction** au-dessus de Fr. 9,575 mio.

En cas de **marchés mixtes**, l'élément prépondérant est décisif pour les valeurs seuils.

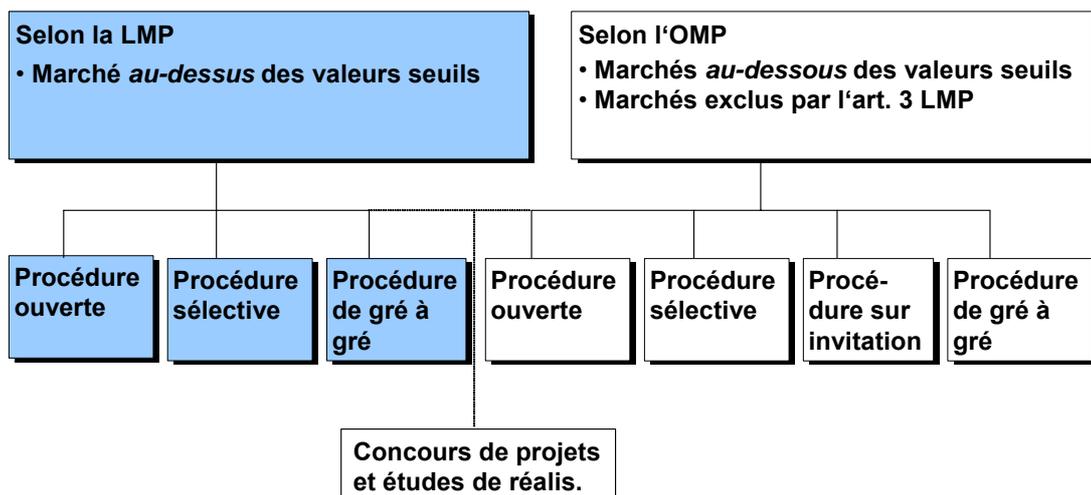
La **valeur estimée** du marché public **sans TVA** est décisive

Les valeurs seuils sont **adaptées** annuellement par le Département fédéral de l'économie.



LES PROCEDURES D'ADJUDICATION

1.4. Les types de procédures



1.4.1. La procédure ouverte (art. 14 LMP)

- L'adjudicateur lance un **appel d'offres public** pour le marché prévu.
- Tous les **fournisseurs** intéressés au marché en question peuvent présenter une offre.
- Il n'y a pas d'étape de procédure particulière pour la **vérification des critères de qualification**, mais ils doivent toujours être examinés **indépendamment des critères d'adjudication**.

1.4.2. La procédure sélective (art. 15 LMP)

- L'adjudicateur publie l'**appel d'offres**
- Les fournisseurs intéressés peuvent présenter une **demande de participation**.

- L'adjudicateur **détermine les soumissionnaires qui peuvent présenter une offre** en fonction des critères de qualification.

En cas de procédure sélective, le nombre de soumissionnaires peut être limité aux **conditions** suivantes:

- Le **fonctionnement efficace** de la procédure **exige la limitation**.
- Une **concurrence efficace** est garantie.
- La limitation est **publiée** dans l'appel d'offres.
- Les **critères de qualification** ainsi que leur importance sont **définis** de façon précise.
- L'**évaluation des demandes de participation** est concevable.

1.4.3. La procédure de gré à gré (art. 16 LMP)

- L'adjudicateur **adjudge** le marché **directement** à un soumissionnaire, sans procéder à un appel d'offres.
- Elle n'est possible **que si les conditions particulières** des art. 13/36 OMP sont remplies. L'adjudicateur reste toutefois libre de choisir une procédure ouverte ou sélective (art. 34 OMP). Le **fardeau de la preuve** incombe à l'**adjudicateur**.

Champ d'application de la procédure de gré à gré:

- Le marché **ne tombe pas sous le coup de la LMP** (art. 36 al. 2 lit. a OMP → art. 3 al. 1 lit. a-d et al. 2 LMP)
- Une **autre procédure n'est pas possible** (il n'existe qu'un seul fournisseur, cas d'urgence suite à des événements imprévisibles non causés par l'adjudicateur).
- Une **autre procédure s'est déjà révélée inutile** (pas d'offres qualifiées, concertations) **ou sera inutile dès le début** (transparence des prix, lien avec un autre marché)

- Le marché est **d'importance inférieure** (fournitures < Frs. 50'000 ou constructions < Fr. 100'000).

1.4.4. La procédure sur invitation (art. 35 OMP)

- Elle n'est possible **qu'en dehors du champ d'application de la LMP**. L'adjudicateur reste toutefois libre de choisir une procédure ouverte ou sélective (art. 34 OMP).
- L'adjudicateur **décide librement de l'invitation** des soumissionnaires qui peuvent présenter une offre.
- Il doit si possible demander **au moins 3 offres**.
- L'établissement d'un **rapport d'évaluation** est indispensable pour permettre de reconstruire les motifs d'adjudication.
- La décision d'adjudication **n'est pas sujette à recours**.

Champ d'application de la procédure sur invitation

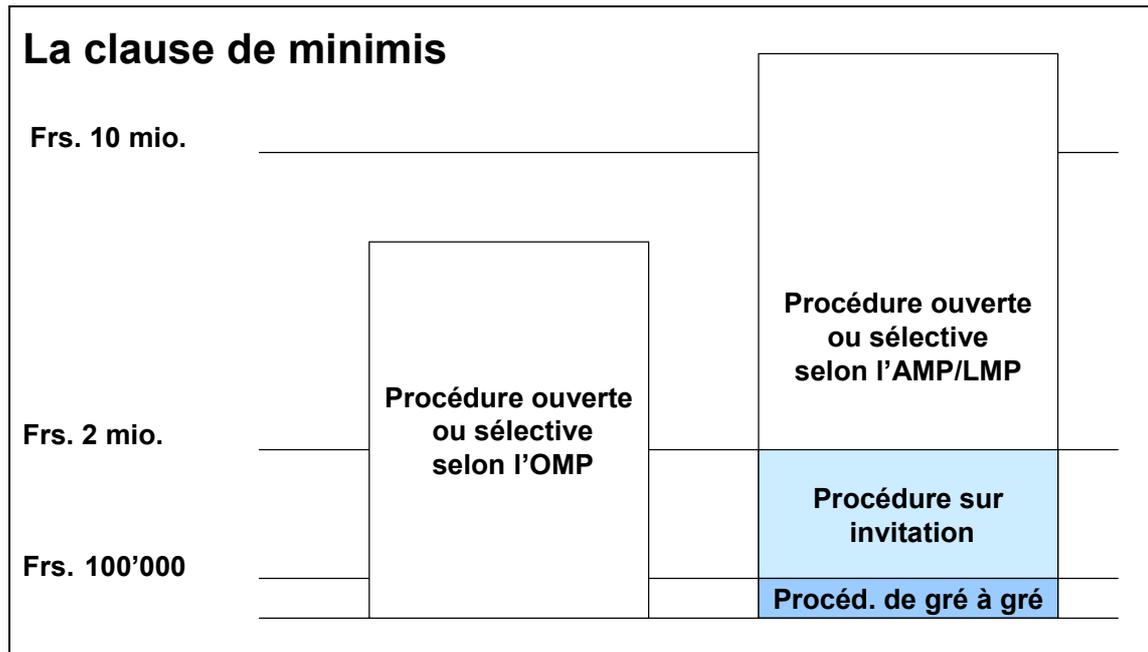
- Acquisition d'armes, de munitions ou de matériel de guerre et réalisation **d'infrastructures de combat et de commandement** pour la défense générale et l'armée (art. 3 al.1 lit. e LMP)
- Marchés de **services et de fournitures** au-dessous des valeurs seuils
- Marchés de **constructions**
 - au-dessous de **Frs. 2 mio**.
 - marchés partiels selon l'art. 14 OMP (**clause de minimis**).

1.4.5. La clause de minimis (art. 7 al. 2 LMP/14 OMP)

Lorsque l'adjudicateur passe plusieurs marchés de construction pour la réalisation d'un ouvrage, leur **valeur totale** est déterminante pour l'application de la procédure ouverte ou sélective. Cependant, des marchés partiels peuvent être

adjudgés selon la procédure sur invitation si les conditions suivantes sont remplies cumulativement:

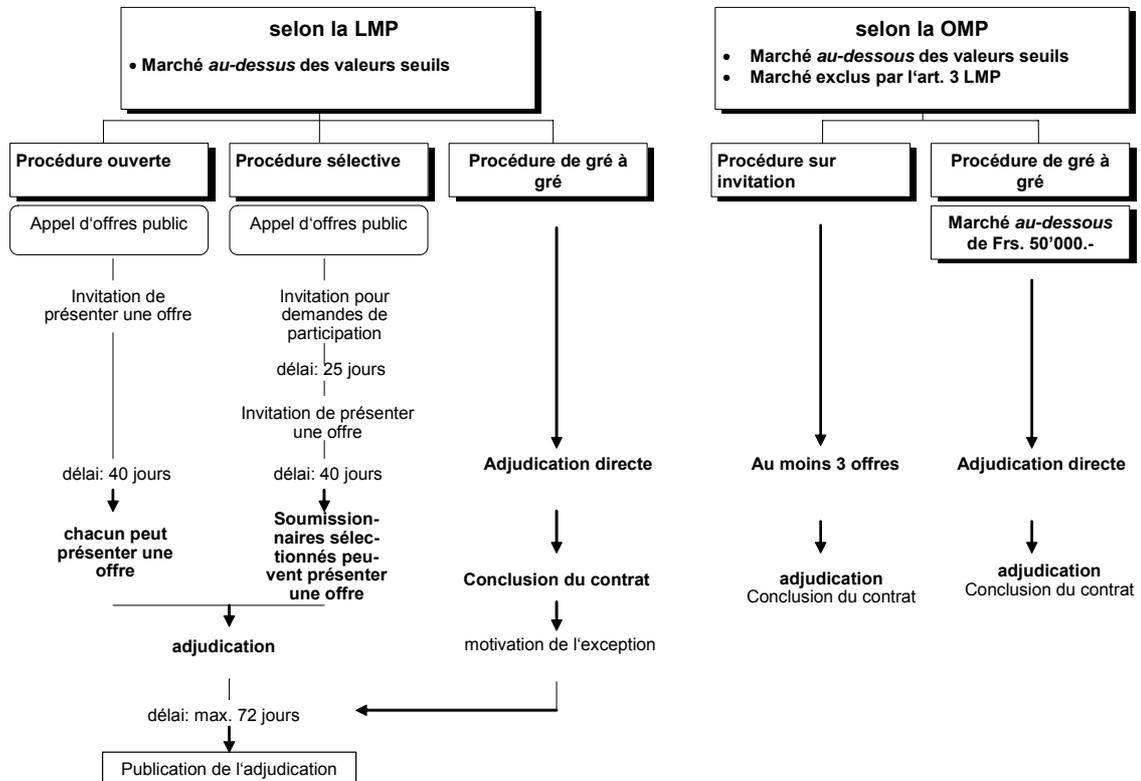
- La **valeur du marché partiel** est inférieur à Frs. 2 mio.
- La **valeur totale des marchés partiels** adjudgés par procédure sur invitation ou de gré à gré ne dépasse pas les 20% de la valeur totale des marchés.



La **procédure sur invitation** n'est traitée que partiellement par l'OMP. La Loi sur les finances de la Confédération exige l'emploi efficace et le ménagement des fonds publics (art. 2 LFC). → application des **principes directeurs de l'art. 1 LMP**:

- Transparence et traitement égal des soumissionnaires → **description exacte du marché prévu** et des **critères d'adjudication**
- Adjudication seulement à des **soumissionnaires qualifiés** → renforcement de la concurrence entre les soumissionnaires

1.5. Le déroulement de la procédure



Délais de droit public et de droit privé (art. 19 et 28 OMP) → traitement égal des soumissionnaires

- ≥ 25 jours: **demande de participation** lors d'une procédure sélective
- ≥ 40 jours (exceptionnellement 24/10 jours): **dépôt de l'offre**
- ≤ 72 jours: **publication de l'adjudication**
- 20 jours: formation d'un **recours**

Selon l'appel d'offres: **durée pendant laquelle le soumissionnaire est lié** par son offre (art. 18 al. 2 OMP et art. 3ss CO). Ce délai ne doit pas dépasser 6 mois.

1.5.1. Les Publications (art. 24 LMP)

- **But:** début égal et facilement vérifiable des délais pour tous les soumissionnaires.
- **Objets:** appels d'offres, préqualifications, adjudications ou interruptions
- **Moyen** de publication: Feuille officielle suisse du commerce (**FOSC**) et facultativement des publications spécialisées

Les langues de publication:

- Marchés en rapport avec une construction: **selon le lieu de construction**
- Marchés d'autres fournitures et de services **au moins dans deux langues officielles**
- En cas d'une publication en allemand ou italien, un **résumé** doit être publié en français, anglais ou espagnol.

1.5.2. L'ouverture des offres (art. 24 OMP)

- **Ouverture simultanée** de tous les offres
- Présence d'au moins **deux représentants de l'adjudicateur**
- **Procès-verbal** comprenant notamment le prix total de chaque offre ou variante

1.5.3. Les motifs d'incapacité

Lors de l'organisation de la procédure et l'évaluation des offres, l'**indépendance** et l'absence de préjugés de toutes les personnes impliquées (y compris des ex-

perts externes) doit être garantie. → obligation de se récuser en cas de motifs d'incapacité

1.5.4. Les prescriptions de forme

Des demandes de participation ou des offres contenant de **graves vices de forme** doivent être **écartées** de la procédure **par décision** (art. 19 al. 3 LMP), p.ex.:

- Non-respect des **délais**
- **Offres partielles** ou **variantes** sans offre de base
- **Non-conformité à l'objet d'adjudication** tel que défini lors de l'appel d'offres (exception possible si aucune offre répond entièrement aux exigences et la différence est d'importance mineure)

Lors de l'**évaluation des offres** (et de demandes de participation), le principe de la **proportionnalité** doit être respecté → **interdiction d'exigences excessives**, p.ex.:

- Participation lors d'une vue des lieux
- Délai pour demander les documents d'appel d'offres
- Nombre de références ayant pour effet une entrave non justifiée à la libre concurrence

Des **variantes** sont évaluées selon les mêmes critères que les offres de base → condition d'équivalence fonctionnelle de variantes.

1.5.5. La révision des offres

Avant de procéder à l'examen des offres, l'**adjudicateur révisé** les indications techniques et les chiffres dans la mesure où que ceci est nécessaire pour une comparaison objective (art. 25 OMP).

Les offres ne peuvent ni être modifiées ni complétées **par les soumissionnaires!**
→ traitement égal entre les soumissionnaires

1.5.6. Les négociations

Selon l'art. 20 al. 1 LMP, des négociations peuvent être engagées si

- **l'appel d'offres** a réservé le droit de négocier
- **aucune offre ne paraît être la plus avantageuse** économiquement selon les critères d'adjudication

But des négociations: approfondir l'appréciation des points forts et faibles par rapport aux critères de l'appel d'offres.

Lors de négociations doivent notamment être respectés

- les **conditions de forme**, communication par écrit et procès-verbal d'éventuelles négociations orales (voir art. 26 OMP)
- le principe du **traitement égal** entre tous les soumissionnaires entrant en considération
- les **intérêts de discrétion** des soumissionnaires par rapport aux concurrents

L'adjudicateur peut **interrompre la procédure** dans les cas suivants (art. 30 OMP):

- Aucune **offre ne satisfait** aux critères de l'appel d'offres (ex. toutes les offres sont concertées)
- Les **conditions générales** du projet ont **changé**
- L'adjudicateur décide d'apporter une **modification importante au projet**. → Il peut engager une nouvelle procédure
- Il **n'entend plus réaliser le projet** (→ risque de dommages-intérêts si les raisons étaient déjà prévisibles lors de l'appel d'offres)

1.5.7. La décision d'adjudication

Après évaluation des offres, le marché est adjugé par **décision** à l'offre la plus avantageuse économiquement.

L'adjudication est **publiée**. Elle implique la non-adjudication aux autres soumissionnaires → début du **délai de recours**.

Motivation de la décision : Sur demande, certains **renseignements** doivent être fournis (art. 23 LMP)

1.5.8. La conclusion du contrat (art. 29 OMP)

L'offre comprend tous les éléments du contrat envisagé (principe de traitement égal) → ils doivent déjà être définis lors de l'appel d'offres!

Dans le cas d'une procédure ouverte ou sélective, le contrat peut être conclu au plus tôt lorsqu'il est certain que

- **aucun recours** n'a été formé contre la décision d'adjudication
- **l'effet suspensif n'a pas été demandé**
- l'effet suspensif **n'a pas été accordé** au recours
- **tout recours a été rejeté**

L'APPEL D'OFFRES ET L'EVALUATION DES OFFRES

1.6. L'appel d'offres

Les **éléments obligatoires** de la publication:

- L'**adjudicateur**
- L'**objet du marché** prévu
- Les **conditions de participation**
- Des **informations complémentaires**

1.6.1. L'objet du marché

La description de l'objet du marché comprend notamment

- La **description spécifiée** du marché prévu; une description fonctionnelle si ceci n'est pas possible
- Mention des **documents de l'appel d'offre** (art. 18 OMP)
- Les **normes** internationales et nationales à respecter
- Une **répartition** éventuelle **des lots**
- L'admissibilité **d'offres partielles** et de **variantes** en plus de l'offre globale (art. 22 OMP)
- Le **lieu** et la **date de livraison**

1.6.2. Les conditions

Les conditions de participation comprennent notamment :

- **Communautés de soumissionnaires** (art. 21 OMP). Une exclusion n'est possible que pour des raisons concrètes. Les groupes de travail/consortium

doivent déterminer un interlocuteur, mais les membres restent solidairement responsables.

- **Critères de qualification et preuves** respectives (art. 9s LMP; art. 9ss et annexe 3 OMP)
- **Critères d'adjudication** (art. 21 LMP; art. 37 OMP)
- **Garanties et cautions**
- La **durée de validité de l'offre**. Elle ne doit pas dépasser 6 mois (art. 18 al. 2 OMP).

1.6.3. Les informations complémentaires

Les informations complémentaires peuvent notamment se référer aux points suivants:

- Les **conditions générales** du contrat.
- Pour la plupart des cas, la possibilité de **négociations** doit être réservée. Lors des négociations, les exigences de forme doivent être respectées (art. 26 OMP)!
- **Principes de participation** (art. 8 LMP). Le principe du lieu d'exécution s'y applique.

1.7. Les critères de qualification

<p>Qualités des soumissionnaires:</p> <ul style="list-style-type: none">• Critères de qualification (art. 9 LMP)• Critères éliminatoires (art. 8 LMP)	<p>Qualités des offres:</p> <ul style="list-style-type: none">• Critères d'adjudication (art. 21 LMP)
---	--

But: Assurer la **capacité du soumissionnaire** à réaliser le marché en question (art. 9 LMP/OMP annexe 3)

- sur le plan **technique**
- sur le plan de l'**organisation**
- sur le plan **financier**

Des critères restrictifs ou un grand nombre de critères peuvent entraver l'accès au marché → **interdiction d'exigences excessives.**

Possibilité **d'encouragement de la relève** dans le cas des concours de projets (art. 47 OMP).

Pour des **groupes de travail/consortium**, les critères de qualification s'appliquent à l'ensemble des membres.

Même en cas de procédure ouverte, la qualification doit être **vérifiée indépendamment des critères d'adjudication.**

- Interdiction d'une 'vérification double' de la capacité du soumissionnaire

- Une qualification au-dessus de la moyenne ne peut plus être prise en considération lors de l'examen des critères d'adjudication ('table rase')

Si un soumissionnaire ne satisfait plus aux critères de qualification, il peut être exclu de la procédure ou l'adjudication peut être révoquée (art. 11 LMP).

1.8. Les critères éliminatoires

Les principes directeurs (art. 8 LMP)

- Observation des dispositions sur la **protection des travailleurs** et les conditions de travail pour les prestations fournies en Suisse
- Garantie d'**égalité de traitement entre hommes et femmes** sur le plan salarial pour les prestations fournies en Suisse
- **Protection d'indications confidentielles** fournies par les soumissionnaires

1.9. Les critères d'adjudication

Le marché est adjudgé à '**l'offre la plus avantageuse économiquement**' (art. 21 LMP). Définition des critères par rapport au caractère de l'objet, p. ex:

- Le **prix**. Toutefois, l'évaluation ne peut se limiter à ce critère que pour des biens largement standardisés.
- La **qualité** y compris le service après-vente
- La **rentabilité** y compris les coûts d'exploitation
- Le **caractère écologique**
- La **valeur esthétique et technique**
- Les **délais de livraison**

L'appel d'offres doit répondre aux conditions suivantes:

- **Enumération exhaustive** des critères d'adjudication

- Les critères doivent être **définis de façon précise** – si nécessaire avec des sous-critères
- Ils doivent figurer par ordre d'importance (**matrice avec pourcentage de pondération**)

Les soumissionnaires doivent interpréter les critères selon **le langage courant**.

1.10. Les principes directeurs

1.10.1. Le rapport entre les critères, les preuves et l'objet de l'adjudication

- Les critères d'adjudication doivent correspondre aux éléments qualitatifs de l'objet de l'adjudication
- Selon le message LMP, des critères portant sur la **protection de l'environnement** ne peuvent se référer qu'aux avantages de l'objet d'adjudication.
- Respect du **principe de la proportionnalité** → **interdiction d'exigences excessives**.

1.10.2. Le principe de transparence

- Tous les critères et sous-critères et leur ordre d'importance (pourcentage de pondération) doivent **être publiés d'avance d'une façon précise**.
- Les critères et leur pondération publiés dans l'appel d'offres **ne peuvent plus être modifiés** au cours de la procédure d'adjudication!
- La décision doit reposer sur une application concevable des critères.
- L'examen des offres doit être documenté de façon compréhensible (**rapport d'évaluation**).

1.10.3. Le principe du traitement égal et non discriminatoire

- Des critères restrictifs ou un grand nombre de critères peuvent entraver l'**accès au marché** pour certains soumissionnaires.
- Des **faits hors de la procédure d'adjudication** ne peuvent pas être pris en considération.
- L'adjudicateur ne doit pas tenir compte de motifs de politique régionale ou sectorielle. → Toute **protection de soumissionnaires autochtones** serait **illicite**.
- **Traitement égal** des soumissionnaires suisses et étrangers
- Protection **d'informations confidentielles**

Souvent, des **experts externes** sont mandatés pour la préparation de l'appel ou l'évaluation d'offres. Le **dépôt d'offres** par ces experts (ou par leurs entreprises) peut mettre en danger la **transparence** et l'**égalité du traitement**:

- Possibilité de **définir les spécifications** du marché **sur mesure**, en fonction des propres capacités
- Des **connaissances préliminaires** peuvent constituer un avantage par rapport aux concurrents.

Une offre de l'expert **peut exceptionnellement être admise**, notamment si sa participation était de moindre importance ou si le nombre de soumissionnaires potentiels est très restreint. La transparence et de l'égalité du traitement doivent en tout cas être assurées:

- L'appel d'offres **n'est pas conçu sur mesure** pour l'expert.
- Le fait et l'étendue de la **collaboration antérieure** sont **déclarés** aux autres soumissionnaires.
- La **connaissances de l'expert** au sujet du marché sont mises **à disposition** des autres soumissionnaires.

- Les autres soumissionnaires sont traités de façon équitable en ce qui concerne les **délais**.

LIENS UTILES

- Recueil systématique du droit fédéral
<http://www.admin.ch/ch/f/rs/rs.html>
- Guide interactif des marchés publics
<http://www.gimap.ch>
- Guide romand pour l'adjudication des marchés publics (droit cantonal)
http://www.fr.ch/prgl/formulaires/marche_public.pdf
- Décisions de la commission de recours
<http://www.jaac.admin.ch>
- Classification centrale des produits
<http://unstats.un.org/unsd/cr/registry/regcs.asp?LG=1>

RECOMMANDATIONS DE LITTÉRATURE

Zufferey Jean-Baptiste/Maillard Corinne/Michel Nicolas, Droit des marchés publics; présentation générale, éléments choisis et code annoté, Editions Universitaires Fribourg Suisse, Fribourg 2002, ISBN 2-8271-0938-7

Galli Peter/Moser André/Lang Elisabeth, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts; eine systematische Darstellung der Rechtsprechung des Bundes und der Kantone, Schulthess Juristische Medien, Zurich 2003, ISBN 3-7255-4472-7

Pictet Jacques/Bollinger Dominique, Adjuger un marché au mieux-disant; analyse multicritère, pratique et droit des marchés publics, Lausanne: Presses polytechniques et universitaires romandes, 2003, ISBN 2-88074-556-X