

## QUELS SONT LES PRINCIPES DE BASE DES PROCEDURES ?

Tous les principes relatifs aux procédures de passation des marchés publics ont pour objectif commun la recherche des offres économiquement les plus avantageuses pour les entités adjudicatrices. Cette notion, développée à l'annexe O, implique de rechercher les meilleures offres des points de vue du prix bien sûr, mais également et dans une plus ou moins grande mesure en fonction des différents marchés, des aspects qualitatifs.

Le préambule de l'Accord OMC sur les marchés publics (AMP) du 15 avril 1994 mentionne essentiellement les principes de non-discrimination et de transparence. De manière similaire, l'Accord entre la Confédération suisse et la Communauté européenne sur certains aspects relatifs aux marchés publics (Accord bilatéral) précise à son art. 4 que *"les parties veillent à ce que les procédures et pratiques de passation des marchés suivies par leurs entités couvertes soient conformes aux principes de non-discrimination, de transparence et d'équité."*

Au niveau suisse, la Loi fédérale sur le marché intérieur (LMI) - qui ne s'applique qu'aux marchés cantonaux - a pour objectif général de garantir "l'accès libre et non discriminatoire au marché" sur tout le territoire suisse (art. 1 al. 1), et plus particulièrement en matière de marchés publics également la transparence (art. 5 al. 2). La Loi fédérale sur les marchés publics (LMP) – applicable aux marchés fédéraux – mentionne, quant à elle, les buts suivants : transparence, renforcement de la concurrence, utilisation économique des fonds publics et égalité de traitement (art. 1).

Finalement, l'Accord intercantonal sur les marchés publics (AIMP) liste ses objectifs de manière non exhaustive à l'art. 1 al. 3 :

- a. assurer une concurrence efficace entre les soumissionnaires;
- b. garantir l'égalité de traitement à tous les soumissionnaires et assurer l'impartialité de l'adjudication;
- c. assurer la transparence des procédures de passation des marchés;
- d. permettre une utilisation parcimonieuse des deniers publics.

L'art. 11 de ce même accord dresse également une liste des principes généraux applicables aux procédures de passation des marchés publics :

- a. non-discrimination et égalité de traitement de chaque soumissionnaire;
- b. concurrence efficace;
- c. renonciation à des rounds de négociation;
- d. respect des conditions de récusation des personnes concernées;
- e. respect des dispositions relatives à la protection des travailleurs et aux conditions de travail;
- f. égalité de traitement entre hommes et femmes;
- g. traitement confidentiel des informations.

### **1. Principe de transparence**

(AIMP – art. 1, alinéa 3, lettre c)

Comme on peut le relever à l'énoncé précédent, le principe fondamental dans la passation des marchés publics a trait à la transparence qui doit être accordée tout au long du processus d'adjudication. Il doit permettre de favoriser la concurrence grâce à la publicité faite pour attirer les soumissionnaires qui pourront également savoir sur quelle base ils seront jugés, et le cas échéant, défendre leurs droits et intérêts. Il doit aussi encourager la régularité et la loyauté dans la passation des marchés publics.

La conséquence essentielle du principe de transparence est l'obligation de publier les appels d'offres. Tous les avis des entités adjudicatrices cantonales pour des procédures ouvertes ou sélectives (appels d'offres ou concours) doivent paraître dans la feuille d'avis officiels cantonale. Les marchés soumis aux accords internationaux sont également publiés dans leur intégralité sur le SIMAP.CH, ou sous la forme d'un résumé dans la FOSC.

Pour le surplus, il s'agit de prescriptions particulières à chaque canton :

<b>Fribourg</b>	Procédures ouvertes et sélectives : obligation de publier sur le SIMAP.CH
<b>Genève</b>	Néant
<b>Jura</b>	Procédures ouvertes et sélectives : obligation de publier sur le SIMAP.CH
<b>Neuchâtel</b>	Procédures ouvertes et sélectives : obligation de publier sur le SIMAP.CH
<b>Valais</b>	Procédures soumises aux accords internationaux : obligation de publier sur le SIMAP.CH
<b>Vaud</b>	Procédures ouvertes et sélectives : obligation de publier sur le SIMAP.CH

Une autre conséquence du principe de transparence est l'obligation qui est faite au pouvoir adjudicateur d'établir des règles précises et liées à chaque marché particulier mis en concurrence. Au cours de toute la procédure, celles-ci devront rester stables et ne pas être modifiées. Dans cette optique, le pouvoir adjudicateur informera des différentes étapes de la procédure, du contenu de chacune d'elles, et surtout fournira toutes les indications nécessaires aux soumissionnaires pour qu'ils puissent présenter une offre valable et répondant à ses exigences et souhaits.

Il devra notamment mentionner les conditions d'admission et de participation au marché liées à la personne du candidat et liées à l'offre, les critères d'aptitude définis afin d'établir les capacités financières, économiques, techniques et organisationnelles du candidat ou du soumissionnaire (voir annexes Q), ainsi que les différents critères d'adjudication qui permettront au pouvoir adjudicateur de déterminer l'offre économiquement la plus avantageuse (voir annexes R et O).

Ces derniers critères doivent être précis et indiqués au minimum dans leur ordre d'importance décroissant, mais certains cantons imposent d'indiquer plus précisément la pondération de chacun d'entre eux. L'adjudicateur devra également mentionner les voies de recours ouvertes au soumissionnaire pour s'opposer au contenu de l'appel d'offres.

Finalement, l'adjudicateur devra procéder à l'annonce des résultats des procédures qu'il a mises en place et notamment la décision d'adjudication, ou celle d'interruption de la procédure. Il doit être en mesure de fournir sur demande d'un soumissionnaire ou du Tribunal administratif en cas de recours, tous les documents permettant d'établir la traçabilité des décisions et les explications des résultats, en particulier le tableau multicritères et le procès-verbal d'appréciation des offres. Pour le surplus, veuillez consulter les règlements cantonaux (notamment pour Fribourg l'art. 34a).

La décision d'adjudication doit être notifiée à tous les soumissionnaires par écrit en mentionnant au minimum le prix auquel le marché a été adjugé, le nom de l'adjudicataire et une motivation sommaire de la décision. Les adjudications de marchés soumis aux accords internationaux, ainsi que les adjudications en application d'une clause d'exception, doivent en outre être publiées dans l'organe de publications officielles cantonal, dans la FOSC ou sur le SIMAP.CH dans les 72 jours qui suivent la prise de décision. Lors de la notification de la décision de sélection ou d'adjudication il est recommandé de mentionner les notes de tous les soumissionnaires.

Certaines législations cantonales mentionnent le fait qu'il est possible de notifier la décision d'adjudication par voie de publication en lieu et place de la notification par lettre recommandée. Toutefois, nous ne recommandons pas de l'appliquer, notamment pour des raisons de respect des soumissionnaires, de protection juridique de ceux-ci et d'accessibilité à l'information pour les soumissionnaires extra-cantonaux.

## **2. Principe de la non-discrimination et de l'égalité de traitement (y compris impartialité)**

(AIMP – art. 1, alinéa 3, lettre b + art. 11 let. a)

Un second principe fondamental de la passation des marchés publics, est celui de la non-discrimination et de l'égalité de traitement. Alors que l'on pourrait croire qu'il s'agit d'un seul et même principe, chacun recouvre des aspects légèrement différents. De plus, les questions relatives au problème de l'impartialité sont également liées à ce principe.

La non-discrimination est le principe cardinal de l'ouverture des marchés. Il vise à garantir que certains soumissionnaires, ou catégories de soumissionnaires, ne soient pas écartés ou exclus des procédures de manière arbitraire ou en raison de caractéristiques qui ne doivent plus avoir cours dans la passation des marchés publics, tels que l'origine, le lieu de siège et la provenance. La seule réserve qui peut encore être invoquée, est que les deux pays dont sont issus l'adjudicateur d'une part, et le soumissionnaire d'autre part, s'accordent mutuellement la réciprocité en matière d'accès aux marchés publics.

L'égalité de traitement impose que les conditions d'accès au marché soient similaires pour tous. Elles ne peuvent fondamentalement pas être exactement identiques, car par exemple, les diplômes ou documents officiels à présenter ne sont pas les mêmes dans les différents pays ou cantons. Mais tous devront justifier de compétences équivalentes ou d'aptitudes similaires. C'est pourquoi il est recommandé de toujours mentionner "ou équivalent" à la suite d'exigences particulières au pays ou au canton.

Dans l'exemple cité ci-dessus, le principe d'égalité de traitement impose que tous les soumissionnaires présentent un diplôme certifiant de leurs compétences, et celui de la non-discrimination impose que ces dernières puissent être justifiées par des documents différents, dont il conviendra toutefois de vérifier l'équivalence.

Il existe également des situations où des exigences respectant l'égalité de traitement, peuvent paraître discriminatoires. C'est le cas par exemple de l'obligation des visites du lieu de réalisation du marché. Si tous sont soumis aux mêmes conditions, dans les faits, certains seront désavantagés, soit parce qu'en raison de la distance ils ne pourront ou voudront pas se déplacer. Ceci d'autant plus, qu'à ce stade de la procédure, l'adjudicateur ne peut obliger les entreprises à participer à l'appel d'offres.

De plus, l'obligation d'établir une liste de critères objectifs sur la base desquels seront évaluées les offres et de la publier, permet également de garantir la non-discrimination et l'égalité de traitement puisque tous les soumissionnaires devront être jugés uniquement sur la base de ces critères. Les notes qui seront attribuées à chaque critère devront refléter soit les différences entre les offres et être très éloignées, soit au contraire leur similitude et les notes seront alors égales.

Le principe de non-discrimination et de l'égalité de traitement interdit également l'utilisation de critères considérés comme "étrangers" au marché mis en concurrence, et qui visent en général des objectifs de politique régionale, fiscale, ou structurelle, comme par exemple le domicile fiscal ou la connaissance locale (voir également ci-dessous). Dans certains cas il est tout de même possible d'utiliser de tels critères s'ils ont un lien direct avec l'objet du marché et ne sont que des éléments d'appréciation de moindre importance (voir annexe O).

Finalement, afin de garantir le principe de non-discrimination et d'égalité de traitement, l'adjudication doit être conduite par des personnes parfaitement impartiales et les offres évaluées sur des faits objectifs et mesurables. Toute personne qui pourrait être soupçonnée d'avoir des intérêts personnels dans une procédure d'adjudication ou de ne pas être en mesure de rester parfaitement neutre, doit être écartée. Ces aspects sont précisés par le principe du respect des conditions de récusation des personnes concernées abordé plus loin.

### 3. *Concurrence saine et efficace*

(AIMP – art. 1, alinéa 3, lettre a + art. 11 let. b)

L'objectif de la réglementation sur les marchés publics est de combattre les attributions directes de marchés publics à des prix trop élevés. Le principe est dès lors qu'en laissant jouer une concurrence saine et efficace et en supprimant les entraves au commerce et les distorsions du marché, les soumissionnaires auront intérêt à offrir les meilleures prestations au meilleur prix, et les entités adjudicatrices pourront ainsi obtenir des offres avantageuses et choisir celle qui présentera le rapport qualité/prix le plus favorable.

L'obligation de transparence et de publication des appels d'offres implique qu'un plus grand nombre de soumissionnaires seront susceptibles de soumettre une offre, ce qui permet d'augmenter les alternatives possibles, de découvrir des solutions innovantes qui n'avaient pas été envisagées, et d'offrir une plus grande palette de choix aux entités adjudicatrices.

En parallèle, l'intérêt est également de permettre une meilleure accessibilité aux marchés publics pour tous les soumissionnaires, notamment pour ceux nouvellement établis, et non seulement pour ceux privilégiés ou qui ont d'ores et déjà une réputation. Le fait que le droit cantonal interdise toute négociation, tant sur les prestations que sur les prix, renforce ce principe et permet d'éviter une concurrence malsaine.

### 4. *Utilisation parcimonieuse des deniers publics*

(AIMP – art. 1, alinéa 3, lettre d)

Le dernier principe que nous mentionnerons est celui de l'économie des deniers publics. Il découle des principes précédents par la recherche du soumissionnaire le plus intéressant du point de vue de son aptitude, du prix et de la qualité de son offre; en favorisant le libre jeu de la concurrence qui tend à ce que les adjudicateurs obtiennent des bons et juste prix et évite les rentes de situation; par la recherche la plus large possible des offres économiquement les plus avantageuses; par la possibilité laissée à de jeunes professionnels de proposer des solutions innovantes; et par l'interdiction faite aux entités adjudicatrices de recourir à des critères arbitraires ou discriminatoires pour juger du rapport qualité/prix des offres.

Il convient toutefois de bien relever que le principe de l'économie des deniers publics n'implique pas de se borner à une vision à court terme et de privilégier l'offre la moins chère au détriment de la qualité. En effet, la notion d'offre économiquement la plus avantageuse signifie que les coûts induits ou d'exploitation doivent aussi être pris en compte et balancés avec le prix de la prestation. Il s'ensuit que l'offre la moins chère au stade l'adjudication peut se révéler ne pas être la plus avantageuse à long terme.

Au-delà de ces grands principes qui représentent la base philosophique des règles de droit applicables à la passation des marchés publics, l'accord intercantonal sur les marchés publics (AIMP) en mentionne d'autres qui sont plus pratiques et concernent davantage des aspects concrets des procédures.

On trouve ainsi le principe de la **renonciation à des rounds de négociation** (AIMP – art. 11 let. c) qui vise à éviter que les entités adjudicatrices, par le pouvoir qu'elles détiennent vis-à-vis des soumissionnaires, poussent les prix trop à la baisse. S'il est en effet du devoir des adjudicateurs de chercher à économiser les deniers publics, il est également de leur responsabilité de ne pas mettre en péril des secteurs économiques par une pression trop forte sur les prix. Il convient toutefois de relever que ce principe ne concerne que les adjudications passées sur la base de l'accord intercantonal sur les marchés publics (AIMP).

L'AIMP mentionne également le **respect des conditions de récusation des personnes concernées** (AIMP – art. 11 let. d) comme autre principe devant régir la passation des marchés publics. Celui-ci implique qu'une personne, une entreprise, un bureau, ou une personne membre de l'autorité adjudicatrice doit accepter de lui-même de ne pas participer à une procédure s'il ou si elle se trouve en position de conflit d'intérêt ou d'incompatibilité (voir annexe X). Ce principe rejoint en partie celui de l'égalité de traitement puisqu'il prescrit que les personnes impliquées dans les procédures ne peuvent profiter de cette position pour avantager des soumissionnaires qui leur sont proches soit en raison de liens familiaux, soit parce qu'ils sont en relation d'affaires. Précision importante : le droit administratif exige la récusation du membre de l'adjudicateur qui se trouverait en conflit d'intérêt avec un des soumissionnaires. Demeure réservée la décision de récusation d'un membre d'un jury d'un concours anonyme. L'incompatibilité requiert que l'entreprise ou la personne qui a participé à la préparation de la procédure ne puisse y participer sauf à de rares exceptions (voir les raisons invoquées au § 3.8 des dossiers de candidature K1 et d'appel d'offres K2).

Le principe du **respect des dispositions relatives à la protection des travailleurs et aux conditions de travail** (AIMP – art. 11 let. e) précise un aspect particulier du principe de la concurrence saine et efficace, puisqu'il empêche que des soumissionnaires économisent sur les acquis sociaux afin d'offrir des prix plus bas et obtenir ainsi des avantages vis-à-vis de leurs concurrents qui respecteraient leurs obligations sociales. En effet, si la passation des marchés publics ne peut plus être utilisée pour poursuivre des objectifs d'autres politiques publiques, comme par exemple favoriser l'économie locale et réduire ainsi le chômage, elle doit tout de même viser à ne pas être contre-productive et réduire à néant les effets de ces autres politiques.

Il en est de même pour le principe portant sur l'**égalité de traitement entre hommes et femmes** (AIMP – art. 11 let. f), qui représente l'objectif d'une autre politique que celle des marchés publics. Mais il a été considéré trop important pour ne pas être renforcé par ce biais, et qu'il était primordial pour les entités adjudicatrices que les adjudicataires soient des entreprises respectant ce principe afin de donner le bon exemple et d'envoyer un signal positif aux milieux économiques.

Enfin le dernier principe, celui du **traitement confidentiel des informations** (AIMP – art. 11 let. g), est également lié à celui de la concurrence saine et efficace puisqu'il vise essentiellement à ce que les données transmises par les soumissionnaires en réponse à des appels d'offres, et qui dans certains cas relèvent du secret industriel ou du droit de la propriété intellectuelle, ne soient pas diffusées de manière inconsidérée et préjudiciable à leur détenteur.

Pour être complet, il convient de mentionner l'**instauration de voies de recours** (AIMP – art. 15) pour les soumissionnaires qui s'estimeraient lésés par des procédures ou des décisions prises par les autorités adjudicatrices (la référence est l'art. 9 de la loi fédérale sur le marché intérieur LMI). En effet, il ne servirait à rien de mettre en place des règles et des principes devant s'appliquer aux marchés publics si rien ne permettrait de s'assurer de leur bonne application par les entités publiques. En cas de violation manifeste, il est ainsi possible pour le soumissionnaire lésé d'obtenir réparation sous la forme soit de la correction des erreurs commises, soit de l'adjudication du marché, soit finalement de dommages et intérêts.