

## QUELS SONT LES PRINCIPES DE BASE DES PROCEDURES ?

Les principes relatifs aux procédures de passation des marchés publics ont pour objectif commun la recherche de l'offre économiquement la plus avantageuse [l'offre la plus avantageuse cf. art. 41 AIMP 2019] pour les entités adjudicatrices. Cette notion, développée à l'annexe O, implique de **rechercher l'offre présentant le plus d'avantages** du point de vue du prix, mais également du point de vue de la qualité.

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"*. Le préambule de l'AMP révisé (AMP 2012) indique en sus que les conflits d'intérêts et les pratiques frauduleuses (corruption) doivent être évités.

Au niveau suisse, la loi fédérale sur le marché intérieur (LMI) - qui ne s'applique qu'aux marchés cantonaux, communaux, ainsi qu'à ceux des organes assumant des tâches cantonales ou communales - 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, la transparence (art. 5, al. 2).

L'Accord intercantonal sur les marchés publics (AIMP 1994/2001) liste les **objectifs** de la législation de manière non exhaustive à son 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.

Il dresse également une liste exhaustive des principes généraux applicables aux procédures de passation des marchés publics à son article 11 :

- 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.

L'art. 2 AIMP 2019 a la teneur suivante :

Le présent accord vise les buts suivants:

- a. une utilisation des deniers publics qui soit économique et qui ait des effets économiques, écologiques et sociaux durables;
- b. la transparence des procédures d'adjudication;
- c. l'égalité de traitement et la non-discrimination des soumissionnaires;
- d. une concurrence efficace et équitable entre les soumissionnaires, en particulier par des mesures contre les accords illicites affectant la concurrence et contre la corruption

Dans l'AIMP 2019, les principes régissant la procédure sont énumérés à l'art. 11 :

Lors de la passation des marchés publics, l'adjudicateur observe les principes suivants:

- a. il agit de manière transparente, objective et impartiale;
- b. il prend des mesures contre les conflits d'intérêts, les accords illicites affectant la concurrence et la corruption;
- c. il veille à l'égalité de traitement des soumissionnaires dans toutes les phases de la procédure;
- d. il n'engage pas de négociations portant sur le prix;
- e. il s'engage à observer le caractère confidentiel des indications fournies par les soumissionnaires.

## 1. La transparence

[art. 1, al. 3, let. c AIMP 1994/2001] [art. 2 let. b et 11 let. a AIMP 2019]

Comme indiqué précédemment, un aspect 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 évalués, 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 rendre publiques les procédures. Tous les avis d'appel d'offres ou de concours, pour des procédures ouvertes ou sélectives (soumises ou non aux accords internationaux) doivent paraître dans l'organe officiel de publication désigné par la législation cantonale (plateforme simap et/ou feuille d'avis officiels cantonale).

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

<b>Fribourg</b>	Procédures ouvertes et sélectives : obligation de publier sur SIMAP.CH. Résumé de la publication dans la FAO.
<b>Genève</b>	Procédures ouvertes et sélectives : obligation de publier sur SIMAP.CH
<b>Jura</b>	Procédures ouvertes et sélectives : obligation de publier sur SIMAP.CH et dans le Journal officiel
<b>Neuchâtel</b>	Procédures ouvertes et sélectives : obligation de publier sur SIMAP.CH et dans la Feuille officielle
<b>Valais</b>	Procédures soumises aux accords internationaux : obligation de publier sur SIMAP.CH. Résumé dans le Bulletin officiel ; Procédures non soumises aux accords internationaux : obligation de publier dans le Bulletin officiel.
<b>Vaud</b>	Procédures ouvertes et sélectives : obligation de publier sur SIMAP.CH. Résumé de la publication dans la FAO.

L'AIMP 2019 rend obligatoire la publication de l'avis d'annonce préalable, de l'appel d'offres, de l'adjudication et de l'interruption de la procédure sur une plateforme exploitée conjointement par la Confédération et les cantons (plateforme simap) dans les procédures ouvertes ou sélectives, cf. art. 48, al. 1 AIMP 2019. Les dispositions cantonales demeurent réservées s'agissant des éventuels organes de publication supplémentaires, cf. art. 48, al 7 AIMP 2019.

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 les soumissionnaires des différentes étapes de la procédure, du contenu de chacune d'elles, et surtout leur fournira toutes les indications nécessaires 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 celles liées à l'offre, les critères d'aptitude choisis 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 [l'offre la plus avantageuse cf. art. 41 AIMP 2019] (voir annexes N, O et R).

Ces derniers critères doivent être précis et indiqués au minimum dans leur ordre d'importance décroissant, mais il est recommandé d'indiquer la pondération de chacun d'entre eux, lorsque ce n'est pas déjà imposé par la législation cantonale (cf. cantons de Vaud, de Neuchâtel, de Fribourg, du Jura et du Valais). [L'art. 29, al. 3 AIMP 2019 prévoit que l'adjudicateur indique les critères d'adjudication et leur pondération dans l'appel d'offres ou dans les documents d'appel d'offres. Il peut renoncer à indiquer la pondération lorsque le marché porte sur des solutions, des propositions de solutions ou des procédés.] L'adjudicateur devra également mentionner les voies de recours ouvertes aux soumissionnaires pour s'opposer au contenu de l'appel d'offres.

Finalement, l'adjudicateur devra procéder à l'annonce du résultat de la procédure, soit la décision d'adjudication ou d'interruption de la procédure. Il doit être en mesure de fournir sur demande d'un soumissionnaire ou de l'autorité judiciaire compétente en cas de recours, tous les documents permettant d'établir la traçabilité des décisions et les explications des résultats, en particulier le tableau multicritère et le procès-verbal d'appréciation des offres. Pour le surplus, il convient de consulter les règlements et ordonnances cantonaux.

La décision d'adjudication doit être notifiée par écrit à tous les soumissionnaires. Elle indique le nom de l'adjudicataire du marché, le montant de l'offre retenue et les voies de recours. Elle contient en outre une motivation sommaire.

L'AIMP 2019 prévoit la possibilité de notifier les décisions soit par publication, soit par notification individuelle. La motivation sommaire comprend : le type de procédure d'adjudication utilisé et le nom du soumissionnaire retenu, le prix total de l'offre retenue ou, exceptionnellement, les prix totaux de l'offre la moins chère et de l'offre la plus chère, les caractéristiques et avantages décisifs de l'offre retenue et, le cas échéant, les motifs du recours à la procédure de gré à gré.

Les adjudications prononcées à la suite d'une procédure ouverte ou sélective soumise aux accords internationaux doivent en outre être publiées (avis d'adjudication) dans l'organe officiel de publication désigné par le canton dans les 72 jours qui suivent la décision d'adjudication (entrée en force) [AIMP 2019 : délai de 30 jours, cf. art. 48, al. 6 AIMP 2019]. Un tel avis doit également être publié dans certains cantons pour les marchés non soumis aux accords internationaux (cf. VD et VS). Enfin, les adjudications de marchés soumis aux accords internationaux prononcées en application d'une clause d'exception doivent faire l'objet d'une publication. Certains cantons ont étendu cette obligation de publication aux adjudications de marchés non soumis aux accords internationaux fondées sur une clause d'exception (cf. VD, VS et JU).

Relevons que les adjudicateurs du canton du Valais doivent également publier dans le Bulletin officiel les adjudications sur invitation.

Certaines législations cantonales prévoient la possibilité de notifier la décision d'adjudication par voie de publication en lieu et place de la notification par voie individuelle (cf. GE et FR). Afin de garantir la protection juridique des soumissionnaires, il est recommandé de procéder à une notification individuelle de la décision.

## 2. **Non-discrimination et égalité de traitement**

[art. 1, al. 3, let. b et art. 11, let. a AIMP 1994/2001] [[art. 2 let. c et art. 11 let. c AIMP 2019]

La non-discrimination et l'égalité de traitement sont des principes fondamentaux de la passation des marchés publics, recouvrant chacun des aspects légèrement différents.

La non-discrimination 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, telles que l'origine, le lieu de siège et la provenance. La non-discrimination impose également que les conditions d'accès au marché soient similaires pour tous. Elles peuvent ne pas être identiques, car par exemple les diplômes ou documents officiels à présenter ne sont pas les mêmes dans les différents pays ou cantons. Mais tous les soumissionnaires devront justifier de compétences ou d'aptitudes équivalentes. C'est pourquoi il est recommandé de toujours mentionner "ou au moins équivalentes" à la suite d'exigences particulières propres au pays ou au canton.

Il existe également des situations où des exigences respectant l'égalité de traitement, peuvent se révéler discriminatoires. C'est le cas par exemple de la participation obligatoire à une visite du lieu de réalisation du marché. Si tous les soumissionnaires sont soumis aux mêmes conditions, dans les faits, certains seront désavantagés en raison de la distance qui les sépare du lieu de la visite. Pour cette raison, une visite obligatoire du lieu d'exécution doit demeurer exceptionnelle.

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 évalués uniquement sur la base de ces critères. Les notes qui seront attribuées à chaque critère devront refléter soit les différences entre les offres et partant être éloignées, soit au contraire leurs similitudes, et alors être proches voire égales.

Le principe de non-discrimination interdit également l'utilisation de critères considérés comme "étrangers" au marché (voir annexe N).

### **3. Concurrence saine et efficace**

[art. 1, al. 3, let. a et art. 11, let. b AIMP 1994/2001][art. 2 let. d et 11 let. b AIMP 2019]

L'un des objectifs de la réglementation sur les marchés publics est de combattre les attributions directes de marchés publics à des offres qui ne présentent pas la qualité attendue et à un juste prix tant pour l'adjudicateur que pour l'entreprise. 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 soient ainsi encouragés à offrir les meilleures prestations au meilleur prix et à faire preuve d'innovation. Les entités adjudicatrices peuvent ainsi obtenir l'offre présentant le plus d'avantages.

L'obligation de publication des appels d'offres implique qu'un plus grand nombre de soumissionnaires seront susceptibles de présenter 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 qui ont déjà obtenu des marchés ou qui ont d'ores et déjà acquis une réputation. Le fait que l'AIMP 1994/2001 comme l'AIMP 2019 interdisent les négociations renforce ce principe et permet d'éviter de fausser la concurrence.

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

[art. 1, al. 3, let. d AIMP 1994/2001] [art. 2 let. a AIMP 2019]

L'objectif de l'utilisation parcimonieuse des deniers publics découle des principes précédents. Il vise à éviter que l'adjudicateur n'acquière des prestations à un coût trop élevé.

Il convient toutefois de 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. L'offre la moins chère lors de l'adjudication peut se révéler ne pas être la plus avantageuse à long terme. La notion d'offre économiquement la plus avantageuse signifie que les coûts induits ou d'exploitation calculés sur une certaine durée doivent aussi être pris en compte et rapportés au prix de la prestation. [L'AIMP 2019 retient le principe de l'adjudication à l'offre la plus avantageuse, cf. art. 41 AIMP 2019].

Les situations dans lesquelles l'on s'écarte de cet objectif peuvent justifier l'interruption de la procédure, notamment lorsque les offres financières dépassent dans une certaine mesure le budget alloué. Le fait d'adjuger un marché public ne constitue pas une obligation de contracter pour l'adjudicateur.

## 5. Renonciation à des rounds de négociation

[art. 11, let. c AIMP 1994/2001] [art. 11 let. d AIMP 2019]

Le principe de la renonciation à des rounds de négociation 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 ou le respect des conditions de travail par une pression trop forte sur les prix.

Les négociations sont cependant autorisées dans le cadre des procédures de gré à gré.

## 6. Récusation et préimplication

[art. 11, let. d AIMP 1994/2001] [art. 13 et 14 AIMP 2019]

L'obligation de **récusation** implique qu'une personne ne peut pas participer à l'évaluation des offres ou prendre une décision si elle se trouve en position de conflit d'intérêts avec un soumissionnaire ou un membre de l'un de ses organes, a un intérêt personnel direct dans le marché ou ne dispose pas pour toute autre raison de l'indépendance nécessaire. Ce principe 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 leurs liens familiaux, soit parce qu'ils sont en relation d'affaires permanentes avec eux.

Dans les procédures de concours, la règle est en revanche inversée en ce sens que le participant qui se trouve en situation de conflit d'intérêts avec l'un des membres du jury n'est pas autorisé à participer [L'art. 13, al. 4 AIMP 2019 prévoit cette possibilité].

Concernant la **préimplication**, les règles sont les suivantes:

Les soumissionnaires qui ont participé à la préparation d'une procédure d'adjudication ne sont pas autorisés à présenter une offre lorsque l'avantage concurrentiel ainsi acquis ne peut être compensé par des moyens appropriés et que l'exclusion ne compromet pas la concurrence efficace entre soumissionnaires.

Les moyens appropriés pour compenser un avantage concurrentiel sont en particulier: la transmission de toutes les indications essentielles concernant les travaux préalables; la communication des noms des participants à la préparation du marché; la prolongation des délais minimaux.

## 7. *Respect des dispositions relatives à la protection des travailleurs et des conditions de travail*

[art. 11, let. e AIMP 1994/2001] [art. 12 AIMP 2019]

Le respect des dispositions relatives à la protection des travailleurs et des conditions de travail participe à la réalisation d'une 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.

Les dispositions relatives à la protection des travailleurs correspondent aux dispositions du droit public du travail, y compris les dispositions de la loi du 13 mars 1964 sur le travail, les dispositions d'exécution y afférentes et les dispositions relatives à la prévention des accidents [cf. art. 3 let. e AIMP 2019].

Les conditions de travail correspondent aux dispositions impératives du Code des obligations concernant le contrat de travail, les dispositions normatives contenues dans les conventions collectives et les contrats-types de travail ou, à défaut, les conditions de travail usuelles dans la région et dans la branche [cf. art. 3 let. d AIMP 2019]. Lorsque des prestations sont réalisées à l'étranger, les conditions de travail prévues par les conventions fondamentales de l'Organisation internationale du travail (OIT) doivent au minimum être respectées.

D'après la jurisprudence, la législation sur les marchés publics pose des principes qui doivent être respectés par toutes les entreprises qui soumissionnent, sous peine d'exclusion (conditions légales). Tel est notamment le cas du respect des dispositions relatives à la protection des travailleurs et aux conditions de travail, indépendamment du lien entre ces exigences et l'aptitude de l'entreprise à réaliser le marché (ATF 140 I 285).

Désormais, selon l'art. 12 AIMP 2019, les marchés publics portant sur des prestations à exécuter en Suisse ne peuvent être adjugés qu'à des soumissionnaires qui respectent les dispositions relatives à la protection des travailleurs et les conditions de travail en vigueur en Suisse et les obligations en matière d'annonce et d'autorisation mentionnées dans la loi du 17 juin 2005 sur le travail au noir (LTN). Ces exigences sont également applicables aux sous-traitants (cf. art. 12, al. 4 AIMP 2019). Les marchés portant sur des prestations à exécuter à l'étranger ne sont adjugés, pour leur part, qu'à des soumissionnaires qui respectent au moins les conventions fondamentales de l'Organisation internationale du travail (OIT) mentionnées à l'annexe 3 de l'AIMP 2019. L'adjudicateur peut en outre exiger le respect d'autres standards de travail internationaux importants et la production des preuves correspondantes ainsi que convenir de la mise en place de contrôles (cf. art. 12, al. 2 AIMP 2019). Une fois encore ces exigences sont également applicables aux sous-traitants (cf. art. 12, al. 4 AIMP 2019).

## 8. *Egalité de traitement entre hommes et femmes*

[art. 11, let. f AIMP 1994/2001] [art. 12 AIMP 2019]

Le principe de l'égalité de traitement entre hommes et femmes précise également un autre aspect du principe de la concurrence saine et efficace. En effet, les soumissionnaires qui versent des salaires inférieurs aux femmes pour des travaux de valeur égale à ceux effectués par leurs homologues masculins ont des coûts d'exploitation plus bas que leurs concurrents. Cette discrimination salariale fausse la concurrence entre les soumissionnaires.

La Constitution fédérale précise d'ailleurs à son art. 8, al. 3 que : « L'homme et la femme sont égaux en droit. La loi pourvoit à l'égalité de droit et de fait, en particulier dans les domaines de la famille, de la formation et du travail. L'homme et la femme ont droit à un salaire égal pour un travail de valeur égale ». D'après la jurisprudence, la législation sur les marchés publics pose des principes qui doivent être respectés par toutes les entreprises qui soumissionnent, sous peine d'exclusion (conditions légales). Tel est notamment le cas du respect de l'égalité de traitement entre femmes et hommes, indépendamment du lien entre cette exigence et l'aptitude de l'entreprise à réaliser le marché (ATF 140

I 285).

Désormais, selon l'art. 12 AIMP 2019, les marchés publics portant sur des prestations à exécuter en Suisse ne peuvent être adjugés qu'à des soumissionnaires qui respectent les dispositions relatives à l'égalité de traitement salarial entre femmes et hommes. Cette exigence s'applique également aux sous-traitants (cf. art. 12, al. 4 AIMP 2019).

## 9. *Traitement confidentiel des informations*

[art. 11, let. g AIMP 1994/2001] [art. 11 let. e AIMP 2019]

Le principe du traitement confidentiel des informations 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, commercial, ou du droit de la propriété intellectuelle, ne soient pas diffusées de manière inconsidérée et préjudiciable à leur détenteur.

## 10. *Garantie de la protection juridique*

[art. 15 AIMP 1994/2001] [art. 52 ss AIMP 2019] et art. 9 LMI

La garantie de la protection juridique instaure des voies de recours pour les entités (soumissionnaires, candidats, concurrents, associations professionnelles, etc.) qui s'estimeraient lésées par des procédures ou des décisions prises par les autorités adjudicatrices et qui souhaiteraient les contester. La Commission de la concurrence (COMCO) peut également recourir afin de faire constater qu'une décision restreint indûment l'accès au marché (cf. art. 9, al. 2bis LMI).

Le recours peut notamment être déposé afin de contraindre l'adjudicateur à lancer ou à relancer une procédure, à réintégrer un soumissionnaire exclu de la procédure mais également afin d'obtenir l'adjudication du marché ou de faire constater l'illicéité de la décision attaquée dans le but de faire valoir des dommages et intérêts à l'encontre de l'adjudicateur.

Les décisions sujettes à recours sont : l'appel d'offres (ce qui comprend les prescriptions contenues dans les documents d'appel d'offres ainsi que l'éventuel avis rectificatif), la décision d'inscrire les soumissionnaires sur une liste permanente, la décision concernant le choix des participants à la procédure sélective, l'exclusion de la procédure, l'adjudication, sa révocation ou l'interruption d'une procédure d'adjudication [art. 15 AIMP 1994/2001] [art. 53 AIMP 2019], ainsi que les sanctions [art. 53, al. 1, let. i AIMP 2019].