CONDITIONS D'ADJUDICATION ET CRITERES

La présente annexe abordera successivement les questions relatives à la recevabilité, la participation, l'aptitude et à l'adjudication.

1. CONDITIONS DE RECEVABILITE

Les offres ne sont recevables que si elles respectent les conditions fixées dans l'appel d'offres, sont adressées au bon endroit, selon les formes exigées et dans le délai fixé pour leur dépôt.

Les conditions de recevabilité sont incontournables dans le cadre d'appels d'offres publics. Leur non-respect devrait conduire à l'exclusion de l'offre. Cette décision devrait être notifiée le plus tôt possible après la réception des offres, avec indication des voies de recours, ceci afin que le délai de recours ne se chevauche pas avec la décision d'adjudication. En cas de doute sur la recevabilité d'une offre, l'adjudicateur mettra en place une démarche de vérification auprès du soumissionnaire concerné, voire auprès de l'organisme qui a produit un document officiel.

Il est recommandé que toutes les conditions de recevabilité ne souffrent d'aucune ambiguïté dans leur jugement. Ce doit être **OUI ou NON** (respect des délais, offre complète, datée signée, respect des exigences de forme, visite obligatoire, monnaie, langue, entreprise pré-impliquée). La zone grise ne doit donc pas exister en la matière.

AIMP 2019

L'art. 44 al. 1 lit. b AIMP 2019 précise que l'adjudicateur peut exclure un soumissionnaire de la procédure d'adjudication si le soumissionnaire remet une offre ou une demande de participation qui est entachée d'importants vices de forme ou qui s'écarte de manière importante des exigences fixées dans l'appel d'offres. En effet, pour respecter le principe de l'interdiction du formalisme excessif, lorsqu'une offre présente des défauts minimes, il convient le cas échéant d'accorder au soumissionnaire un court délai pour remédier aux défauts constatés en le rendant attentif aux conséquences qu'il encourt en cas de non-exécution dans le délai imparti.

Ces conditions sont généralement vérifiées juste après l'ouverture des offres et concernent par exemple :

- l'acceptabilité ou non des consortiums d'entreprises, et si oui à quelles conditions ;
- l'acceptabilité ou non de la sous-traitance des prestations, et si oui à quelles conditions ;
- l'acceptabilité ou non des variantes spontanées d'exécution, et si oui à quelles conditions ;
- l'acceptabilité ou non des offres partielles, et si oui à quelles conditions ;
- l'acceptabilité ou non des entreprises pré-impliquées, et si oui à quelles conditions ;
- l'acceptabilité ou non d'une offre dans une autre langue, et si oui à quelles conditions ;
- l'acceptabilité ou non d'une offre dans une autre monnaie, et si oui à quelles conditions.

Il est recommandé de toujours énoncer dans l'appel d'offres les conséquences en cas de non-respect des conditions de recevabilité. Une offre non recevable après vérification, selon les conditions fixées et annoncées préalablement, doit faire l'objet d'une décision d'exclusion sujette à recours.

Au surplus, pour les marchés internationaux, il y a lieu d'examiner pour les offres émanant de soumissionnaires étrangers si ces derniers proviennent d'un état signataire d'un accord international accordant la réciprocité aux soumissionnaires suisses. A défaut, ils ne sont pas admis à la procédure [cf. art. 6, al. 1 AIMP 2019].

AIMP 2019

Les soumissionnaires étrangers sont autorisés à présenter une offre pour des marchés non soumis aux accords internationaux, à condition qu'ils proviennent d'Etats accordant la réciprocité ou que l'adjudicateur les y autorise (art. 6 al. 2 AIMP 2019).

2. CONDITIONS DE PARTICIPATION

Les soumissionnaires et les éventuels sous-traitants doivent impérativement respecter les dispositions de protection des travailleurs de même que les conditions de travail fixées dans les conventions collectives de travail, les contrats-types ou, en leur absence, les prescriptions usuelles de la branche professionnelle, applicables au lieu d'exécution des travaux ou au lieu de leur siège ou domicile en Suisse. Les conditions et les moyens de preuve exigés doivent être précisés dans l'appel d'offres.

Ils doivent être à jour avec le paiement de leurs impôts et des cotisations sociales exigibles, ainsi que respecter l'égalité de traitement salariale entre hommes et femmes, et ne pas figurer sur les deux listes noires publiées sur le site internet du SECO, à savoir celle relative aux employeurs exclus des marchés publics au niveau suisse (soit aux niveaux communal, cantonal et fédéral) en application de l'art. 13 de la loi fédérale du 17 juin 2005 concernant des mesures en matière de lutte contre le travail au noir (loi sur le travail au noir, LTN) (https://www.seco.admin.ch/seco/fr/home/Arbeit/Personenfreizugigkeit_Arbeitsbeziehungen/schwarzarbeit), d'une part et celle relative aux entreprises et indépendants étrangers interdits d'offrir leurs services en Suisse en application de l'art. 9 de la loi fédérale du 8 octobre 1999 sur les mesures d'accompagnement applicables aux travailleurs détachés et aux contrôles des salaires minimaux prévus par les contrats-types de travail (loi sur les travailleurs détachés, LDét) (https://www.seco.admin.ch/seco/fr/home/Publikationen_Dienstleistungen/Publikationen_und_Formulare/Arbeit/Personenfreizuegigkeit_und_Arbeitsbeziehungen), d'autre part. Les entités figurant sur ces deux listes ne peuvent se voir adjuger de marché durant la période d'exclusion, indépendamment de la valeur et du type de procédure suivie (gré à gré, sur invitation, ouverte, sélective, concours, mandats d'étude parallèles).

AIMP 2019

L'AIMP 2019 prévoit expressément à ses articles 12 et 26 que les marchés publics 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, les obligations en matière d'annonce et d'autorisations mentionnées dans la loi du 17 juin 2005 sur le travail au noir (LTN) ainsi que les dispositions relatives à l'égalité de traitement salarial entre femmes et hommes. Les soumissionnaires doivent avoir payé leurs impôts et les cotisations sociales exigibles. L'AIMP 2019 ajoute de nouvelles conditions par rapport à l'AIMP 1994/2001. Les soumissionnaires doivent également au moins respecter les prescriptions légales relatives à la protection de l'environnement et à la préservation des ressources naturelles en vigueur au lieu de la prestation et ne pas conclure d'accords illicites affectant la concurrence. De plus, en ce qui concerne les marchés publics exécutés à l'étranger, les soumissionnaires doivent au moins respecter les conventions fondamentales de l'Organisation internationale du travail. L'adjudicateur peut en outre exiger le respect d'autres standards de travail internationaux importants. Les sous-traitants sont également tenus au respect des conditions de participation susmentionnées (cf. art. 12, al. 4 et 26, al. 1 AIMP 2019).

L'adjudicateur doit contrôler le respect des conditions de participation. Au besoin, la commission paritaire professionnelle compétente, le service de protection des travailleurs et des relations du travail ou une autre instance compétente peuvent être sollicités. Ce contrôle intervient au stade de l'ouverture des offres (*obligatoire dans les cantons de Genève et du Valais*) mais dans tous les cas au moment de la décision d'adjudication. Il est donc admis, sauf pour les marchés genevois, de faire signer au soumissionnaire une attestation sur l'honneur du respect de ces exigences au moment du dépôt de l'offre.

AIMP 2019

A teneur de l'art. 26 AIMP 2019, l'adjudicateur peut exiger des soumissionnaires qu'ils prouvent le respect des conditions de participation au moyen notamment d'une déclaration ou de leur inscription sur une liste. Il doit indiquer dans l'appel d'offres ou dans les documents d'appel d'offres quelles preuves doivent être remises et à quel moment.

Il est recommandé que l'adjudicateur procède à cette vérification en exigeant notamment la production des pièces suivantes :

- annexes P1, P2 (GE), P3 (VS), P6 et P7 ;
- attestations des caisses sociales (AVS/AI-APG-AC-AF-LAA-LPP-perte de gain maladie);
- attestation de conformité ou preuve de la signature d'une convention collective ou équivalente ;
- attestations certifiant le paiement des impôts fédéraux, cantonaux et communaux, y compris la TVA et l'impôt à la source le cas échéant ;
- extrait de l'Office des poursuites et faillites attestant de la solvabilité de l'entreprise ou du bureau.

Le soumissionnaire qui ne respecte pas l'une des conditions de participation doit être exclu de la procédure. Cette décision est sujette à recours.

Il est utile de préciser que les conditions de participation doivent être respectées tout au long de l'exécution du marché. Le pouvoir adjudicateur peut effectuer ou faire effectuer des contrôles périodiques à cet effet.

Pour le surplus, **voir les annexes P**.

3. CRITÈRES D'APTITUDE

Les critères d'aptitude concernent en particulier les capacités techniques, organisationnelles, financières et économiques de l'entreprise, mais également ses expériences et références.

Si les critères d'aptitude se réfèrent exclusivement à ce qu'a fait l'entreprise, ce qu'est l'entreprise ou ce qu'est capable de faire une entreprise, à savoir une appréciation du passé et du présent de l'entreprise, une sorte de photographie, les critères d'adjudication se rapportent à l'offre et sont destinés à apprécier ce que l'entreprise propose pour exécuter le marché mis en concurrence.

L'adjudicateur définit de manière précise dans l'appel d'offres les critères d'aptitude que les soumissionnaires et les sous-traitants éventuels doivent remplir, ainsi que les moyens de preuve à apporter pour les évaluer. Ces critères seront fixés de manière à ce que l'adjudicateur acquière la certitude que le futur adjudicataire, de même que les sous-traitants éventuels, seront en mesure de fournir ou d'exécuter la prestation requise. Les critères d'aptitude, fixés en fonction du marché en question doivent être objectifs et si possible mesurables ou quantifiables.

Selon la nature du marché, les critères d'aptitude peuvent notamment concerner :

- la structure organisationnelle du soumissionnaire (par exemple organigramme fonctionnel avec indication des activités et de leurs responsables) ;
- la qualification des cadres (par exemple indication des noms des personnes-clés en charge d'une responsabilité d'exécution du marché avec leurs certificats professionnels, les diplômes ou le titre, y c. formation postgrade) ;
- la capacité en personnel (par exemple nombre de personnes sous contrat dans l'entreprise en équivalent plein-temps avec distinction entre personnel-cadre, personnel opérationnel, personnel administratif et personnel en formation (stagiaire et apprentis) ;
- la capacité de production ;
- l'infrastructure en matériel (par exemple les moyens logistiques disponibles pour assurer des travaux de maintenance, d'entretien et de dépannage) ;
- l'équipement informatique ;
- l'expérience acquise lors de travaux analogues ;
- la capacité à travailler en collaboration avec d'autres partenaires ;
- la gestion de la qualité (par exemple description du système qualité) ;
- la situation financière ;
- les mesures mises en place en matière de développement durable ;
- les démarches internes pour assurer l'hygiène et la sécurité des collaborateurs.

En règle générale, en procédure de gré à gré et sur invitation, il est admis qu'il n'y ait pas de critères d'aptitude. En effet, il serait judicieux que ce contrôle de l'aptitude soit réalisé avant l'invitation de l'entreprise ou des entreprises. Cela peut aussi être le cas, de manière exceptionnelle, pour des procédures ouvertes dans le cas de marchés largement standardisés ou d'une grande simplicité d'exécution.

Si un adjudicateur souhaite exclusivement vérifier l'aptitude du soumissionnaire dans un premier temps, il a la possibilité de mettre en place une **procédure sélective** dont le 1er tour n'abordera que les critères d'aptitude.

Si un adjudicateur passe un marché avec une entreprise générale ou totale, voire avec une entreprise qui fait appel à des sous-traitants, le soumissionnaire doit garantir lors du dépôt de son offre et ensuite lors de la conclusion du contrat que chaque entreprise participant à l'exécution du marché, y compris ses sous-traitants, remplit les critères d'aptitude. Le non-respect d'un critère d'aptitude peut entraîner l'exclusion de l'offre.

AIMP 2019

L'adjudicateur doit indiquer dans l'appel d'offres ou dans les documents d'appel d'offres quelles preuves les soumissionnaires doivent fournir et à quel moment (art. 27 al. 3 AIMP 2019).

Pour le surplus, **voir les annexes Q**.

4. CRITÈRES D'ADJUDICATION

Chaque adjudicateur a la faculté de déterminer ses propres critères d'adjudication en fonction de la nature, de l'importance et de la complexité de chaque marché.

Il incombe à l'adjudicateur de procéder à chaque fois à un choix, de fixer les critères d'adjudication et leur pondération respective, de les annoncer publiquement puis de s'y tenir. Il est interdit de modifier les critères d'adjudication et leur pondération pendant l'évaluation des offres et lors de la décision d'adjudication.

Selon la nature et les exigences du marché, peuvent notamment être pris en considération les critères suivants en plus du critère du prix, et ceux de l'aptitude, lorsque ces derniers sont pris en considération au titre de critères d'adjudication :

- la qualité de la prestation ou du produit proposé ;
- les délais de réalisation ou de livraison ;
- la manière dont le soumissionnaire entend effectuer la prestation ;
- la rentabilité en tenant compte de tous les coûts incidents (par exemple entretien, maintenance, dépannage, obsolescence, pièces de rechange, exploitation, amortissement, recyclage, etc.) ;
- la compétence, les qualifications et l'expérience des personnes-clés en charge de l'exécution ;
- le service après-vente ;
- les garanties ;
- l'écologie et le recyclage du produit ;
- la durabilité du produit ;
- l'adéquation de la prestation ;
- la valeur technique du produit ou de la fourniture ;
- l'esthétique ;
- la créativité ;
- l'infrastructure, les moyens et ressources nécessaires à l'exécution du marché ;
- les méthodes et outils de travail proposés pour garantir une exécution dans les règles de l'art ;
- etc.

AIMP 2019:
En plus du prix, le critère de la **qualité** doit désormais toujours être pris en compte dans l'évaluation de l'offre, à côté des autres critères énumérés ci-dessus de manière non exhaustive (art. 29, al. 1 AIMP 2019).
L'AIMP 2019 introduit également la possibilité de retenir des nouveaux critères, notamment celui de la **plausibilité de l'offre**, consacrant ainsi la jurisprudence du Tribunal fédéral (ATF 143 II 553). Une offre peut donc être pénalisée si un soumissionnaire sous-estime fortement l'importance et/ou la difficulté de la prestation, en particulier pour les marchés techniquement complexes. La note attribuée au prix ne peut être réduite pour un motif de plausibilité de l'offre. Ce critère doit être

évalué séparément (≠ sous-critère du prix) pour mesurer le niveau de compréhension du soumissionnaire. (S'agissant de la question de l'offre anormalement basse, il est renvoyé à l'annexe O).

Les critères choisis doivent faire l'objet d'une appréciation sous forme de notation et l'adjudication devra être prononcée en faveur de l'offre qui aura obtenu le plus grand nombre de points, y compris la notation du prix.

Si un adjudicateur décide de faire usage de sous-critères, ceux-ci devraient déjà être annoncés dans les documents d'appel d'offres. Une fois les critères et les sous-critères éventuels fixés, leur pondération respective devra être déterminée et annoncée.

En effet, selon la jurisprudence :

« Le principe de la transparence exige du pouvoir adjudicateur qu'il énumère par avance et dans l'ordre d'importance tous les critères d'adjudication qui seront pris en considération lors de l'évaluation des soumissions ; à tout le moins doit-il spécifier clairement l'importance relative qu'il entend accorder à chacun d'eux. En outre, lorsqu'en sus de ces critères, le pouvoir adjudicateur établit concrètement des sous-critères qu'il entend privilégier, il doit les communiquer par avance aux soumissionnaires, en indiquant leur pondération respective. En tous les cas, le principe de la transparence interdit de modifier de manière essentielle, après le dépôt des offres, la présentation des critères (ATF 125 II 86 consid. 7c p. 101 et les références citées). Il n'exige toutefois pas, en principe, la communication préalable de sous-critères ou de catégories qui tendent uniquement à concrétiser le critère publié, à moins que ceux-ci ne sortent de ce qui est communément observé pour définir le critère principal auquel ils se rapportent ou que l'adjudicateur ne leur accorde une importance prépondérante et leur confère un rôle équivalent à celui d'un critère publié. De la même manière, une simple grille d'évaluation ou d'autres aides destinées à noter les différents critères et sous-critères utilisés (telles une échelle de notes, une matrice de calcul ...) ne doivent pas nécessairement être portées par avance à la connaissance des soumissionnaires, sous réserve d'abus ou d'excès du pouvoir d'appréciation (cf. arrêt du TF 2P.172/2002 du 10 mars 2003, consid. 2.3). Le point de savoir si, dans un cas d'espèce, les critères utilisés sont inhérents au critère publié ou relèvent d'une grille d'évaluation, en sorte que le principe de la transparence n'en exige pas la communication par avance, résulte de l'ensemble des circonstances qui entourent le marché public en cause, parmi lesquelles il faut mentionner la documentation relative à l'appel d'offres, en particulier le cahier des charges et les conditions du marché » (extrait de l'ATF 130 I 241, consid. 5.1).

Le critère « prix » ne sera le seul critère d'adjudication que pour des achats de biens largement standardisés [art. 29, al. 4 AIMP 2019]. Ordinairement, il ne sera qu'un critère parmi d'autres. Il en découle que ce n'est pas nécessairement l'offre la meilleure marché qui l'emportera. La pondération du critère « prix » dépendra en tout état de cause de la complexité du marché. Cette pondération doit être d'au moins 20% (limite inférieure admissible selon la jurisprudence pour les marchés complexes, cf. ATF 130 I 241 et 129 I 313) et ne pas dépasser 80%.

Le prix d'une prestation ou d'une fourniture ne représente que la partie visible de l'investissement. L'adjudicateur devrait aussi se préoccuper des coûts annexes, ainsi que des aspects financiers relatifs à l'utilisation du produit concerné. Ces coûts devraient normalement aussi être pris en compte en plus de la notation du critère « prix », ou éventuellement en tant que sous-critères, en particulier pour les marchés de fournitures car leur répercussion sur le long terme peut être importante. Ce sont par exemple :

- Les coûts de mise en service ;
- Les coûts d'exploitation ;
- Les coûts d'amortissement ;
- Les coûts d'entretien et de maintenance ;
- Les coûts de stockage ;
- Les coûts de dépannage ;
- Les coûts des pièces de rechange (service après-vente) ;
- Les coûts de formation ;
- Les coûts administratifs (garanties, certificats, papier, copies, téléphones, etc.) ;
- Les coûts des services à la clientèle (hotline, help-desk, etc.) ;

- Les coûts de contrôle de fonctionnement ;
- Les coûts de désinstallation et de démontage ;
- Les coûts d'élimination ;
- Les coûts de transports ;
- Les coûts d'emballages et de protection ;
- Les coûts d'énergie grise.

Pour le surplus, **voir les annexes R.**

5. CRITÈRES ÉTRANGERS OU DISCRIMINATOIRES

La non-discrimination est un des principes généraux des marchés publics. Il vise à garantir que certains soumissionnaires, ou catégories de soumissionnaires, ne soient pas pénalisés ou exclus des procédures en raison de caractéristiques qui ne peuvent plus avoir cours dans la passation des marchés publics, tels que l'origine, le lieu de siège et la provenance.

L'adjudicateur dispose d'un large pouvoir d'appréciation pour la détermination des critères d'aptitude et des critères d'adjudication. Cependant, il doit impérativement appliquer des critères objectifs, vérifiables et qui se rapportent concrètement à la prestation décrite. Les critères étrangers au marché sont des critères d'adjudication qui n'ont pas de rapport direct avec l'objet du marché mis en concurrence. Il s'agit notamment des critères qui visent des objectifs de politique régionale, fiscale ou structurelle, comme par exemple le domicile fiscal ou la connaissance locale.

L'AIMP 2019 précise expressément en son art. 29 al. 1 que *l'adjudicateur évalue les offres sur la base de critères d'adjudication* ***en lien avec les prestations***.

La jurisprudence du Tribunal fédéral n'exclut pas le recours à des critères d'adjudication sociaux ou environnementaux qui n'ont pas de lien direct avec les prestations objets du marché en cause, dès lors que ceux-ci sont prévus par une disposition légale. Par exemple, le Tribunal fédéral, tout en relevant que la question était controversée, n'a pas interdit la prise en compte du critère des apprentis, étant précisé que celui-ci était expressément prévu par le droit cantonal (ATF 140 I 285 consid. 7; ATF 129 I 313 consid. 8 et 9; arrêt 2P.242/2006 du 16 mars 2007 consid. 4.2.2).

Pour qu'un critère étranger à l'offre puisse être utilisé, il faut donc qu'une base légale l'autorise. Plusieurs législations cantonales ont notamment introduit des dispositions concernant les critères de développement durable, d'emploi ou de formation. Pour les marchés soumis aux accords internationaux, l'autorité adjudicatrice ne peut prendre en considération que les éléments pouvant s'appliquer à tous les soumissionnaires.

L'art. 29 al. 2 AIMP 2019 constitue la base légale permettant la prise en compte, pour les marchés non soumis aux accords internationaux, de la mesure dans laquelle le soumissionnaire offre des places de formation initiale, des places de travail pour les travailleurs âgés ou une réinsertion pour les chômeurs de longue durée.

Le principe de non-discrimination 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 la mention « ou équivalent » devra figurer à la suite d'exigences particulières du pays ou du canton. Dans l'exemple précité, 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.

Le fait d'exiger de l'entreprise un chiffre d'affaires annuel minimal pourrait être considéré comme discriminatoire, au même titre qu'un délai d'intervention particulièrement court, si la nature et l'importance du marché ne le justifient pas.

6. SPECIFICATIONS TECHNIQUES

Les spécifications techniques doivent permettre l'accès égal des candidats au marché et ne peuvent pas avoir pour effet de créer des obstacles injustifiés à l'ouverture des marchés publics. Il ne devra pas être exigé ou mentionné de marques de fabrique ou de commerce, de brevets, de modèles ou de types particuliers, ni d'origine ou de producteurs de produits ou de services déterminés, à moins qu'il n'existe pas d'autre moyen suffisamment précis ou intelligible de décrire les conditions du marché et à la condition que des termes tels que « ou équivalent » figurent dans la documentation relative à l'appel d'offres.

Lorsque le pouvoir adjudicateur utilise une référence de produit ou une spécification technique, il appartient au soumissionnaire de prouver que son offre répond aux performances ou aux exigences fonctionnelles exigées de manière au moins équivalente. Peut constituer un moyen approprié de preuve un dossier technique du fabricant ou un rapport d'essai d'un organisme reconnu. Sont des organismes reconnus : les laboratoires d'essai ou de calibrage ainsi que les organismes d'inspection et de certification conformes aux normes suisses ou européennes applicables. En vertu de l'accord sur la lutte contre les entraves techniques au commerce signé entre la Communauté européenne et la Suisse (faisant partie des accords bilatéraux I ratifiés en 1999), les pouvoirs adjudicateurs suisses doivent accepter les certificats émanant d'organismes reconnus dans d'autres Etats européens.

L'adjudicateur peut prévoir des spécifications techniques permettant de préserver les ressources naturelles ou de protéger l'environnement.