

## **Cours n°6**

### **Droit des marchés publics (II)**

### **Appel d'offres – Critères – Protection juridique**

**18 octobre 2024**

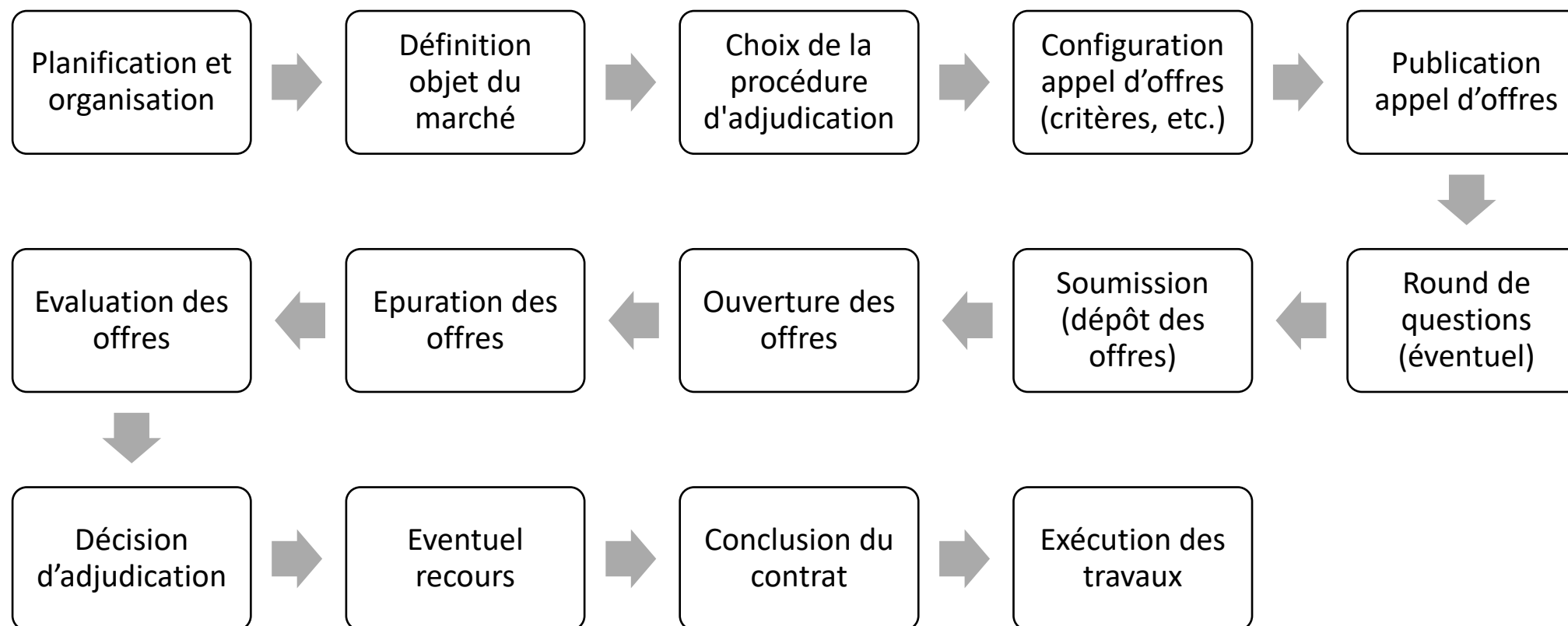
## **Droit des marchés publics (II) :**

### PLAN

- I. Quelques rappels fondamentaux
- II. Configuration de l'appel d'offres
- III. Ouverture des offres, adjudication et conclusion du contrat
- IV. Les contentieux en droit des marchés publics (protection juridique)

## I. Quelques rappels fondamentaux

## I. Quelques rappels fondamentaux



## II. Configuration de l'appel d'offres

## **II. Configuration de l'appel d'offres**

- Conditions de participation (art. 26 LMP / AIMP)
- Critères d'aptitude (art. 27 LMP / AIMP)
- Critères d'adjudication (art. 29 LMP / AIMP)
- Spécifications techniques (art. 30 LMP / AIMP)

## II. Configuration de l'appel d'offres

### A. Conditions de participation (art. 26 LMP/AIMP)

#### – **Art. 26 Conditions de participation**

<sup>1</sup> Lors de la procédure d'adjudication ainsi que lors de l'exécution du marché adjudgé, l'adjudicateur garantit que les soumissionnaires et leurs sous-traitants remplissent les conditions de participation, dont en particulier le respect des exigences définies à l'art. 12, qu'ils ont payé les impôts et les cotisations sociales exigibles et qu'ils ne concluent pas d'accords illicites affectant la concurrence.

<sup>2</sup> Il 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.

<sup>3</sup> Il indique dans l'appel d'offres ou dans les documents d'appel d'offres quelles preuves doivent être remises et à quel moment.

## II. Configuration de l'appel d'offres

### B. Critères d'aptitude (art. 27 LMP/AIMP)

#### – **Art. 27 Critères d'aptitude**

<sup>1</sup> L'adjudicateur définit de manière exhaustive, dans l'appel d'offres ou dans les documents d'appel d'offres, les critères d'aptitude auxquels doivent répondre les soumissionnaires. Ces critères doivent être objectivement nécessaires et vérifiables pour le marché concerné.

<sup>2</sup> Les critères d'aptitude peuvent concerner en particulier les capacités professionnelles, financières, économiques, techniques et organisationnelles des soumissionnaires ainsi que leur expérience.

<sup>3</sup> L'adjudicateur indique dans l'appel d'offres ou dans les documents d'appel d'offres quelles preuves les soumissionnaires doivent fournir et à quel moment.

<sup>4</sup> Il ne peut poser comme condition que les soumissionnaires aient déjà obtenu un ou plusieurs marchés publics d'un adjudicateur soumis à la présente loi.

## II. Configuration de l'appel d'offres

### C. Critères d'adjudication (art. 29 LMP/AIMP)

#### – Art. 29 Critères d'adjudication

<sup>1</sup> L'adjudicateur évalue les offres sur la base de critères d'adjudication en lien avec les prestations. En tenant compte des engagements internationaux de la Suisse, il prend notamment en considération, outre le prix et la qualité de la prestation, des critères tels que l'adéquation, les délais, la valeur technique, la rentabilité, les coûts du cycle de vie, l'esthétique, le développement durable, la plausibilité de l'offre, les différents niveaux de prix pratiqués dans les pays où la prestation est fournie, la fiabilité du prix, la créativité, le service après-vente, les conditions de livraison, l'infrastructure, le caractère innovant, la fonctionnalité, le service à la clientèle, les compétences techniques et l'efficacité de la méthode.

<sup>2</sup> Pour les marchés non soumis aux accords internationaux, l'adjudicateur peut prendre en compte à titre complémentaire la mesure dans laquelle les soumissionnaires offrent des places de formation professionnelle initiale, des places de travail pour les travailleurs âgés ou une réinsertion pour les chômeurs de longue durée.

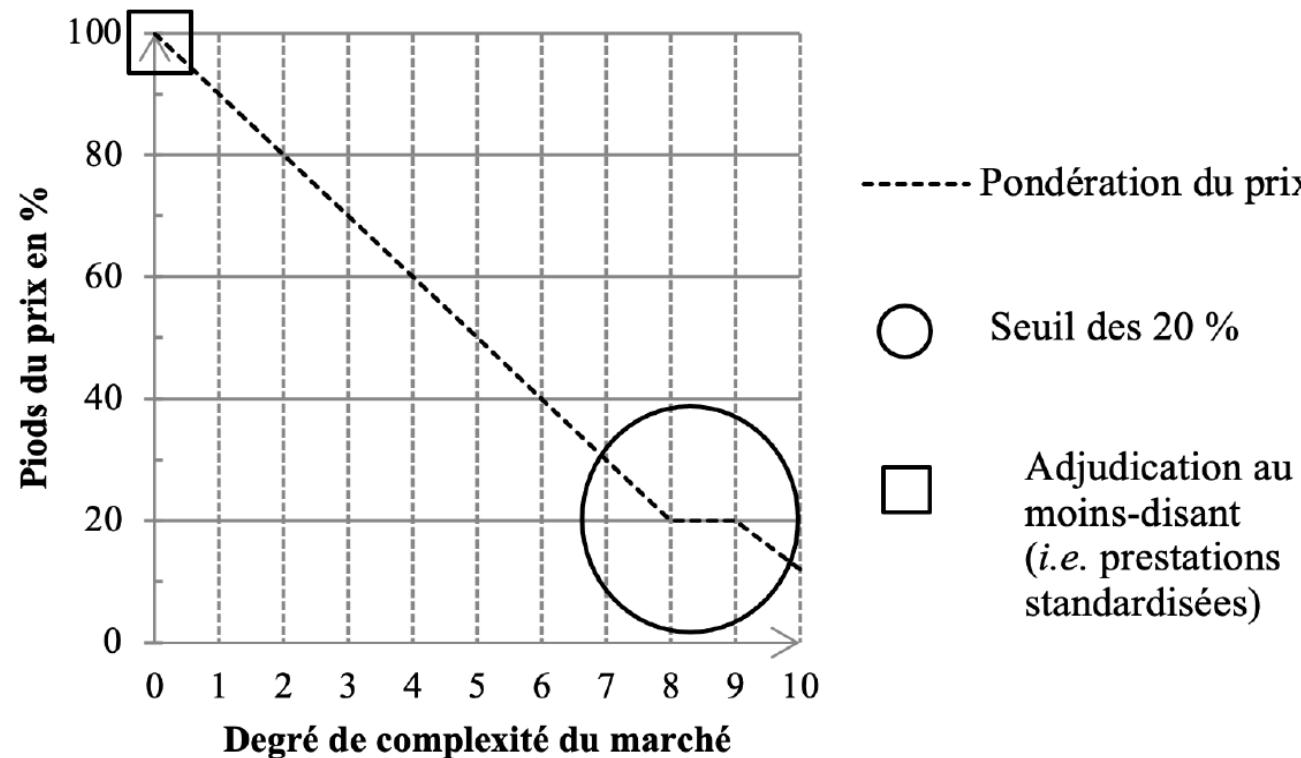
<sup>3</sup> L'adjudicateur indique les critères d'adjudication et leur pondération dans l'appel d'offres ou dans les documents d'appel d'offres. Il peut renoncer à indiquer la pondération lorsque le marché porte sur des solutions, des propositions de solutions ou des procédés.

<sup>4</sup> Les prestations standardisées peuvent être adjugées sur la base du seul critère du prix total le plus bas, pour autant que les spécifications techniques concernant les prestations permettent de garantir le respect d'exigences élevées en matière de durabilité sociale, écologique et économique.

## II. Configuration de l'appel d'offres

### C. Critères d'adjudication (art. 29 LMP/AIMP)

#### *Pondération des critères*



## II. Configuration de l'appel d'offres

### C. Critères d'adjudication (art. 29 LMP/AIMP)

#### Notation des critères

ANNEXE T1

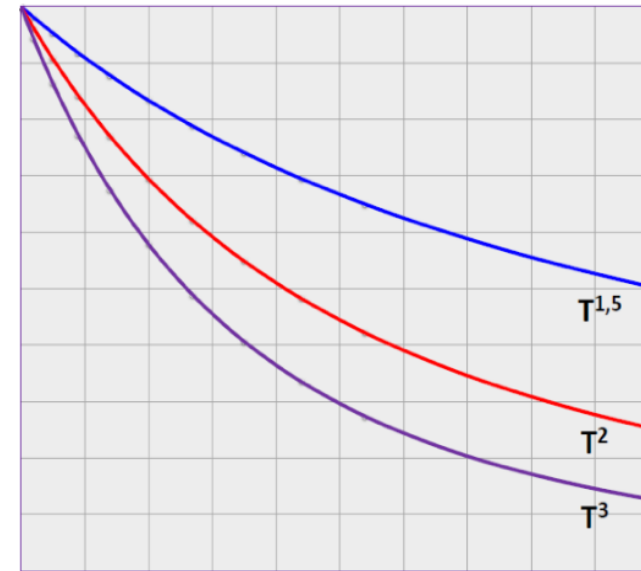
| Échelle de notes |                         |                                                                                                                                                                                                                                                                                                      |
|------------------|-------------------------|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| 0                |                         | Candidat ou soumissionnaire qui n'a pas fourni l'information ou le document non éliminatoire demandé par rapport à un critère fixé                                                                                                                                                                   |
| 1                | Insuffisant             | Candidat ou soumissionnaire qui a fourni l'information ou le document demandé par rapport à un critère fixé, mais dont le contenu ne répond pas aux attentes                                                                                                                                         |
| 2                | Partiellement suffisant | Candidat ou soumissionnaire qui a fourni l'information ou le document demandé par rapport à un critère fixé, mais dont le contenu ne répond que partiellement aux attentes                                                                                                                           |
| 3                | Satisfaisant            | Candidat ou soumissionnaire qui a fourni l'information ou le document demandé par rapport à un critère fixé et dont le contenu répond aux attentes minimales, mais qui ne présente aucun avantage particulier par rapport aux autres candidats ou soumissionnaires                                   |
| 4                | Bon et avantageux       | Candidat ou soumissionnaire qui a fourni l'information ou le document demandé par rapport à un critère fixé, dont le contenu répond aux attentes et qui présente un minimum d'avantages particuliers par rapport aux autres candidats ou soumissionnaires, ceci sans tomber dans la surqualification |
| 5                | Très intéressant        | Candidat ou soumissionnaire qui a fourni l'information ou le document demandé par rapport à un critère fixé, dont le contenu répond aux attentes avec beaucoup d'avantages particuliers par rapport aux autres candidats ou soumissionnaires, ceci sans tomber dans la surqualification              |

CROMP – Guide romand pour les marchés publics

Version du 1<sup>er</sup> mai 2020

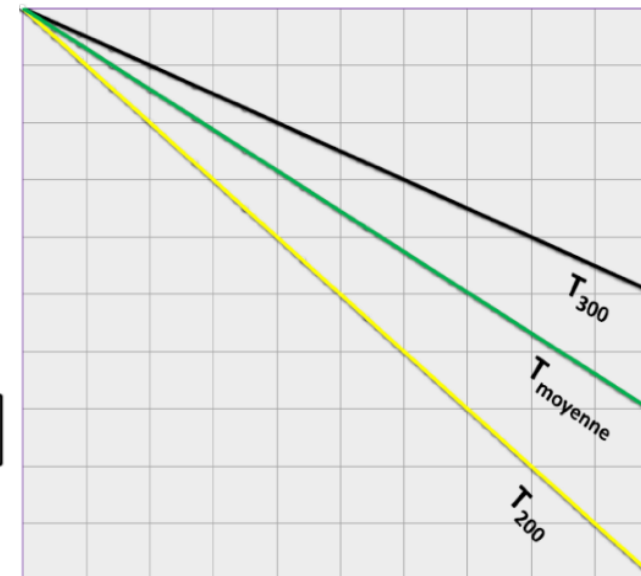
## Méthodes asymptotiques :

|           |                                                                                                                  |
|-----------|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| $T^{1,5}$ | Note offre Y = $\left[ \frac{\text{Montant offre la plus basse}}{\text{Montant offre Y}} \right]^{1,5} \times 5$ |
| $T^2$     | Note offre Y = $\left[ \frac{\text{Montant offre la plus basse}}{\text{Montant offre Y}} \right]^2 \times 5$     |
| $T^3$     | Note offre Y = $\left[ \frac{\text{Montant offre la plus basse}}{\text{Montant offre Y}} \right]^3 \times 5$     |



## Méthodes linéaires :

|                      |                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                      |
|----------------------|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| $T_{200}$            | Note offre Y = $\left[ \frac{2 \times \text{Montant offre la plus basse} - \text{Montant offre Y}}{\text{Montant offre la plus basse}} \right] \times 5$                                                                                                                                                                                                                             |
| $T_{300}$            | Note offre Y = $\left[ \frac{3 \times \text{Montant offre la plus basse} - \text{Montant offre Y}}{2 \times \text{Montant offre la plus basse}} \right] \times 5$                                                                                                                                                                                                                    |
| $T_{\text{moyenne}}$ | Note offre Y = $5 - \left[ \frac{\text{Montant offre Y} - \text{Montant offre la plus basse}}{\text{Montant moyen des offres} - \text{Montant offre la plus basse}} \right]$<br><i>Si le nombre d'offres est inférieur à 5 :</i><br>Note offre Y = $5 - \left[ \frac{\text{Montant offre Y} - \text{Montant offre la plus basse}}{\text{Montant estimé par l'adjudicateur}} \right]$ |



## II. Configuration de l'appel d'offres

### D. Spécifications techniques (art. 30 LMP/AIMP)

#### – **Art. 30 Spécifications techniques**

<sup>1</sup> L'adjudicateur fixe les spécifications techniques nécessaires dans l'appel d'offres ou dans les documents d'appel d'offres. Celles-ci définissent les caractéristiques de l'objet du marché, telles que sa fonction, ses performances, sa qualité, sa sécurité, ses dimensions ou les procédés de production et fixent les exigences relatives au marquage ou à l'emballage.

<sup>2</sup> Dans la mesure où cela est possible et approprié, l'adjudicateur fixe les spécifications techniques en se fondant sur des normes internationales ou, à défaut, sur des prescriptions techniques appliquées en Suisse, des normes nationales reconnues ou les recommandations de la branche.

<sup>3</sup> Il ne peut être exigé de noms commerciaux, de marques, de brevets, de droits d'auteur, de designs, de types, d'origines ou de producteurs particuliers, à moins qu'il n'existe pas d'autre moyen suffisamment précis ou intelligible de décrire l'objet du marché et à la condition que l'adjudicateur utilise alors des termes tels que «ou équivalent» dans les documents d'appel d'offres. La preuve de l'équivalence incombe au soumissionnaire.

<sup>4</sup> L'adjudicateur peut prévoir des spécifications techniques permettant de préserver les ressources naturelles ou de protéger l'environnement.

## II. Configuration de l'appel d'offres

### E. Quelques exemples (1/4)

Un adjudicateur envisage de lancer un appel d'offres portant sur la construction d'un tunnel ferroviaire, dont les coûts sont estimés à CHF 5 milliards.

Les documents d'appel d'offres exigent que les soumissionnaires fournissent des garanties bancaires à hauteur d'au moins CHF 100 millions.

Des petites et moyennes entreprises ne sont pas en mesure de fournir des garanties bancaires aussi élevées et sont ainsi privées de participation.

*Quid juris ?*

## II. Configuration de l'appel d'offres

### E. Quelques exemples (2/4)

Un pouvoir adjudicateur lance un marché portant sur des prestations de génie civil (étude d'un projet d'infrastructure hautement complexe et direction des travaux).

Etant particulièrement attaché à la qualité de son mandataire, son appel d'offres accorde une forte prépondérance aux critères qualitatifs (80 %) par rapport au critère du prix (20 %).

*Quid juris ?*

## II. Configuration de l'appel d'offres

### E. Quelques exemples (3/4)

Un adjudicateur envisage de lancer un appel d'offres portant sur la construction d'un tunnel ferroviaire, dont les coûts sont estimés à CHF 5 milliards.

Les documents d'appel d'offres exigent que les soumissionnaires fournissent des garanties bancaires à hauteur d'au moins CHF 500 millions.

Des petites et moyennes entreprises ne sont pas en mesure de fournir des garanties bancaires aussi élevées et sont ainsi privées de participation.

*Quid juris ?*

## II. Configuration de l'appel d'offres

### E. Quelques exemples (4/4)

Un pouvoir adjudicateur vaudois lance un marché portant sur la construction d'un ouvrage qui nécessite l'acheminement de matériaux par camions.

L'appel d'offres comporte le critère d'adjudication suivant : « Distance de transport entre le site du chantier et l'entrepôt du soumissionnaire ». Ce critère est pondéré à 8 %,

Un soumissionnaire zurichois considère que ce critère le désavantage par rapport aux entreprises vaudoises situées proches du chantier.

*Quid juris ?*

## **III. Ouverture des offres, adjudication et conclusion du contrat**

## III. Ouverture des offres, adjudication et conclusion du contrat

### A. Ouverture des offres

#### – **Art. 37 Ouverture des offres**

<sup>1</sup> Dans les procédures ouvertes ou sélectives, toutes les offres remises dans le délai imparti sont ouvertes par au minimum deux représentants de l'adjudicateur.

<sup>2</sup> Un procès-verbal est établi à l'ouverture des offres. Il doit mentionner au minimum les noms des personnes présentes, les noms des soumissionnaires, la date de remise des offres, les éventuelles variantes ainsi que le prix total de chaque offre.

<sup>3</sup> Lorsque la prestation et le prix doivent être proposés dans deux enveloppes distinctes, l'ouverture des enveloppes est régie par les al. 1 et 2, mais seuls les prix totaux devront être indiqués dans le procès-verbal d'ouverture des deuxièmes enveloppes.

<sup>4</sup> Le procès-verbal est rendu accessible sur demande à tous les soumissionnaires au plus tard après l'adjudication.

## III. Ouverture des offres, adjudication et conclusion du contrat

### B. Examen des offres

#### – **Art. 38 Examen des offres**

<sup>1</sup> L'adjudicateur vérifie si les offres déposées respectent les exigences de forme. Les erreurs manifestes de calcul sont corrigées d'office.

<sup>2</sup> L'adjudicateur peut demander aux soumissionnaires de donner des explications sur leurs offres. Il consigne les questions posées et les réponses obtenues.

<sup>3</sup> L'adjudicateur qui reçoit une offre dont le prix total est anormalement bas par rapport aux prix des autres offres doit demander les renseignements utiles au soumissionnaire afin de s'assurer que les conditions de participation sont remplies et que les autres exigences de l'appel d'offres ont été comprises.

<sup>4</sup> Lorsque la prestation et le prix doivent être proposés dans deux enveloppes distinctes, l'adjudicateur établit dans un premier temps la liste des meilleures offres du point de vue qualitatif. Dans un deuxième temps, il évalue les prix totaux.

## III. Ouverture des offres, adjudication et conclusion du contrat

### C. Evaluation des offres

#### – Art. 40 Évaluation des offres

<sup>1</sup> Si les critères d'aptitude sont remplis et les spécifications techniques respectées, les offres sont examinées et évaluées sur la base des critères d'adjudication de manière objective, uniforme et compréhensible. L'adjudicateur établit un rapport sur l'évaluation.

<sup>2</sup> Lorsque l'examen et l'évaluation approfondis des offres exigent des moyens considérables et à condition de l'avoir annoncé dans l'appel d'offres, l'adjudicateur peut soumettre toutes les offres à un premier examen sur la base des documents remis et les classer. Il choisit ensuite si possible les trois offres les mieux classées et les soumet à un examen et à une évaluation détaillés.

## III. Ouverture des offres, adjudication et conclusion du contrat

### D. Adjudication

#### – **Art. 41 Adjudication**

Le marché est adjugé au soumissionnaire ayant présenté l'offre la plus avantageuse.

### III. Ouverture des offres, adjudication et conclusion du contrat

#### E. Conclusion du contrat

##### – **Art. 42 Conclusion du contrat**

<sup>1</sup> Dans le cas des marchés non soumis aux accords internationaux, un contrat peut être conclu avec le soumissionnaire retenu après l'adjudication.

<sup>2</sup> Dans le cas des marchés soumis aux accords internationaux, un contrat peut être conclu avec le soumissionnaire retenu après l'écoulement du délai de recours contre l'adjudication, à moins que le Tribunal administratif fédéral n'ait accordé l'effet suspensif à un recours formé contre l'adjudication.

<sup>3</sup> Lorsqu'une procédure de recours contre l'adjudication d'un marché soumis aux accords internationaux est pendante sans que l'effet suspensif ait été demandé ou octroyé, l'adjudicateur informe immédiatement le tribunal de la conclusion du contrat.

### III. Ouverture des offres, adjudication et conclusion du contrat

#### F. Quelques exemples

L'appel d'offres indique un délai de soumission au vendredi 27 octobre 2023, à 10h00.

Un soumissionnaire qui a de la peine à se réveiller le vendredi matin, rate son train et arrive au bureau du pouvoir adjudicateur pour déposer son offre à 10h03.

*Quid juris ?*

### III. Ouverture des offres, adjudication et conclusion du contrat

#### F. Quelques exemples

Afin d'économiser les coûts d'un envoi postal, un soumissionnaire envoie son offre par e-mail au pouvoir adjudicateur le 27 octobre 2023 à 9h00.

L'appel d'offres ne prévoit rien sur les modalités de transmission de l'offre, si ce n'est que les offres devront parvenir au pouvoir adjudicateur avant le 27 octobre 2023 à 10h00.

*Quid juris ?*

### III. Ouverture des offres, adjudication et conclusion du contrat

#### F. Quelques exemples

##### – Art. 34 Exigences de forme

<sup>1</sup> Les offres et les demandes de participation doivent être remises par écrit, de manière complète et dans les délais fixés, en respectant les indications figurant dans l'appel d'offres ou dans les documents d'appel d'offres.

<sup>2</sup> Elles peuvent être remises par voie électronique lorsque cette possibilité est prévue dans l'appel d'offres ou dans les documents d'appel d'offres et que les exigences fixées par l'adjudicateur sont respectées.

## **IV. Contentieux en droit des marchés publics (protection juridique)**

## IV. Contentieux en droit des marchés publics (protection juridique)

### A. Objet de recours

#### – **Art. 53 Objets du recours**

<sup>1</sup> Seules les décisions suivantes sont sujettes à recours:

- a. l'appel d'offres;
- b. la décision concernant le choix des participants à la procédure sélective;
- c. la décision d'inscrire un soumissionnaire sur une liste ou de l'en radier;
- d. la décision concernant les demandes de récusation;
- e. l'adjudication;
- f. la révocation de l'adjudication;
- g. l'interruption de la procédure;
- h. l'exclusion de la procédure;
- i. le prononcé d'une sanction.

## IV. Contentieux en droit des marchés publics (protection juridique)

### B. Notification des décisions

#### – **Art. 51 Notification des décisions**

<sup>1</sup> L'adjudicateur notifie ses décisions aux soumissionnaires soit par publication, soit par notification individuelle. Les soumissionnaires ne peuvent invoquer le droit d'être entendu avant la notification de la décision.

<sup>2</sup> Les décisions sujettes à recours doivent être sommairement motivées et indiquer les voies de droit.

<sup>3</sup> La motivation sommaire d'une adjudication comprend:

- a. le type de procédure d'adjudication utilisé et le nom du soumissionnaire retenu;
- b. 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 prises en compte dans la procédure d'adjudication;
- c. les caractéristiques et avantages décisifs de l'offre retenue;
- d. le cas échéant, les motifs du recours à la procédure de gré à gré.

<sup>4</sup> L'adjudicateur ne peut fournir aucun renseignement dont la divulgation:

- a. enfreindrait le droit en vigueur ou porterait atteinte à l'intérêt public;
- b. porterait atteinte aux intérêts commerciaux légitimes des soumissionnaires, ou
- c. pourrait nuire à une concurrence loyale entre les soumissionnaires.

## IV. Contentieux en droit des marchés publics (protection juridique)

### C. Voies et autorité de recours

- Pour les marchés fédéraux : Tribunal administratif fédéral (art. 52 LMP)
  - Fournitures / services : atteinte des valeurs seuils de la procédure sur invitation
  - Travaux de construction : atteinte des valeurs seuils de la procédure ouverte ou sélective
  - Si les valeurs seuils internationales ne sont pas atteintes => seulement constat de l'illicéité
- Pour les marchés cantonaux : Tribunal administratif cantonal (art. 52 AIMP)
  - Atteinte des valeurs seuils de la procédure sur invitation

## IV. Contentieux en droit des marchés publics (protection juridique)

### D. Délai, motifs qualité pour recourir (art. 56 LMP / AIMP)

- Délai : 20 jours dès la notification de la décision
- Motifs : violation du droit, constatation inexacte des faits, mais pas l'inopportunité
- Qualité pour recourir : intérêt digne de protection

## IV. Contentieux en droit des marchés publics (protection juridique)

### E. Effet suspensif (art. 54 LMP / AIMP)

- Accordé sur requête (pas automatique)
- Recours doit paraître fondé sous l'angle de la vraisemblance et pas d'intérêt contraire prépondérant
- Nécessaire pour bloquer la conclusion du contrat

## IV. Contentieux en droit des marchés publics (protection juridique)

### F. Droit à des indemnités ? (art. 58 LMP / AIMP)

- Uniquement droit à des dommages-intérêts négatifs (dépenses engagées en relation avec la préparation de l'offre)
- A demander dans le mémoire de recours

**Merci de votre attention !**

Domenico Di Cicco, Docteur en droit, avocat à Lausanne