

N

Monthly
Newsletter
January 2021

**Administrative Law and
Public Procurement**

**Schellenberg
Wittmer**



La loi révisée sur les marchés publics en Suisse

Yves Jeanrenaud, Grégoire Wuest, David Mamane, Eva Peter, Dr. Frank Bremer

Key Take-aways

- 1.** La révision a pour but d'harmoniser autant que possible les actes législatifs sur les marchés publics de la Confédération et des cantons, qui sont en partie hétérogènes.
- 2.** Grâce à de nouveaux instruments de sanction, les autorités contractantes peuvent émettre des avertissements, bloquer l'attribution des marchés et, au niveau cantonal, et imposer des amendes aux soumissionnaires contrevenants.
- 3.** Désormais, l'accent est davantage mis sur une concurrence de qualité. Ce n'est désormais plus l'offre "la plus avantageuse économiquement" qui remporte le contrat, mais l'offre "la plus avantageuse".

1 Introduction

La **loi révisée sur les marchés publics** est entrée en vigueur en Suisse le 1^{er} janvier 2021. Au niveau fédéral, la loi fédérale et l'ordonnance sur les marchés publics (**LMP** et **OMP**) ont été révisées. Au niveau cantonal, l'Accord intercantonal sur les marchés publics (**AIMP**) révisé a été adopté le 15 novembre 2019 ; il entrera en vigueur lorsque deux cantons y auront adhéré.

2 Contexte et avantages escomptés

Le facteur décisif de ces changements a été la **révision de l'accord de l'OMC sur les marchés publics (AMP 2012)**, qui a été achevée en 2012. La mise en œuvre de l'AMP 2012 ouvre à l'économie suisse l'accès à un marché public élargi. Les nouvelles règles de l'AMP 2012 devraient également entraîner une réduction des coûts, car la concurrence entre les fournisseurs sera renforcée, ce qui permettra d'élargir le choix des offres. La facilité d'emploi, la clarté et la sécurité juridique améliorées promettent également des économies potentielles pour les fournisseurs.

En outre, l'un des principaux objectifs de la révision totale de la LMP était d'harmoniser autant que possible **les actes législatifs cantonaux et fédéraux sur les marchés publics en partie hétérogènes**, tout en maintenant la répartition des compétences en termes de fédéralisme. **D'autres objectifs** de la révision étaient la réglementation systématique des éléments constitutifs d'exclusion et de sanction, la soumission de l'attribution de certaines concessions et le transfert de certaines tâches publiques, l'interdiction de négociations portant sur le prix, la prévention de la corruption, la flexibilisation du processus de passation des marchés et une extension (modérée) de la protection juridique.

Davantage l'accent sur la qualité de la concurrence.

3 Changements pratiques

La nouvelle loi sur les marchés publics apporte des **changements de grande envergure**. Certains des changements pertinents dans la pratique concernent les sujets suivants.

3.1 Un nouvel accent sur la concurrence de qualité

La loi révisée sur les marchés publics met **davantage l'accent sur la qualité de la concurrence**. Dorénavant, ce sera non l'offre "la plus avantageuse économiquement", mais l'offre "la plus avantageuse" qui sera retenue pour l'adjudication du marché. Cette expression est basée sur l'exigence de l'AMP 2012

("more advantageous") et exprime qu'une évaluation complète de l'offre doit avoir lieu, y compris les aspects qualitatifs. L'accent mis sur une concurrence de qualité plus forte se reflète dans d'autres nouvelles dispositions, telles que ses nouveaux critères d'adjudication de la durabilité, le contenu d'innovation, la plausibilité de l'offre ou la fiabilité du prix, ainsi que l'obligation d'examiner les offres exceptionnellement basses.

3.2 Instruments de sanction

Des instruments de sanction supplémentaires ont été introduits dans le cadre de la révision. Selon le règlement précédent et toujours en vigueur, un pouvoir adjudicateur peut (i) **exclure des soumissionnaires de la procédure** (par exemple en cas de non-respect des critères de sélection, de fausses informations ou d'accords qui éliminent une concurrence effective), (ii) **révoquer l'adjudication** (par exemple en cas de motifs d'exclusion découverts par la suite) et (iii) **retirer des soumissionnaires des registres et listes**.

À présent, il est uniformément réglementé que les pouvoirs adjudicateurs peuvent émettre un **avertissement**, une **exclusion des futurs marchés publics** ou, au niveau cantonal, des **amendes** à l'encontre des soumissionnaires contrevenants. Avec l'exclusion des futurs marchés publics, les soumissionnaires peuvent être exclus des futurs appels d'offres publics pour une période allant jusqu'à cinq ans. Alors que l'exclusion d'un futur marché public ne s'applique en principe qu'au pouvoir adjudicateur qui a donné l'ordre, une exclusion d'un futur marché public peut également être imposée au niveau fédéral à tous les pouvoirs adjudicateurs de la Confédération en cas de violation des dispositions relatives à la corruption.

L'**avertissement** est la sanction la plus légère et consiste en un avertissement formel au prestataire de se conformer aux dispositions légales à l'avenir. Toutefois, il faut tenir compte du fait qu'en cas de récidive, un avertissement préalable sera pris en compte et pourra entraîner une sanction plus sévère.

Les **amendes** nouvellement introduites (uniquement au niveau cantonal) peuvent s'élever jusqu'à dix pour cent du montant ajusté de l'offre. Ils poursuivent des objectifs préventifs spéciaux et généraux, qui visent à promouvoir le respect de la loi par tous les soumissionnaires et à dissuader les soumissionnaires qui ont été condamnés à une amende de commettre de nouvelles infractions à la loi. La condition préalable à l'imposition d'une amende est (i) une condamnation définitive pour un délit au détriment du pouvoir adjudicateur respectif ou pour un crime, (ii) la violation des dispositions anti-corruption, (iii) le non-respect des réglementations du travail ou (iv) l'existence d'un accord de mise en concurrence inadmissible.

3.3 Innovations en matière de protection juridique

Des changements importants ont également été apportés dans le domaine de la protection juridique, en particulier l'**uniformisation du délai de recours**, qui est désormais de 20 jours au niveau fédéral et cantonal.

En outre, l'**objet** possible de la **contestat**ion a été **élargi**. Conformément aux dispositions révisées de la Confédération en matière de protection juridique, les décisions relatives à un marché non-soumis aux accords internationaux peuvent à présent également être soumises à un contrôle juridictionnel. Auparavant, cela ne s'appliquait qu'aux décisions relatives à un marché soumis aux accords internationaux. Toutefois, dans

le cas de contrats non-soumis aux accords internationaux, il n'est pas possible d'introduire un recours en annulation de la décision en question, mais - selon le type de contrat au-dessus du seuil de la procédure d'invitation ou de la procédure ouverte - uniquement en constatation de l'illicéité de la décision. Une demande de constatation d'illicéité d'une décision non-soumise aux accords internationaux peut être accompagnée d'une demande de dommages-intérêts à l'encontre du requérant. Une telle demande de dommages-intérêts est limitée aux dépenses nécessaires encourues par le soumissionnaire en rapport avec la préparation et la présentation de son offre. Par conséquent, la décision d'adjudication contestée ne peut être annulée par la décision de justice, ce qui entraîne un champ d'application limité et donc une protection juridique insuffisante. Au niveau cantonal, une protection juridique complète s'applique au-delà du seuil de la procédure d'invitation. Toutefois, les soumissionnaires étrangers ne sont admis à faire appel dans le cas de décisions relatives à un marché non-soumis aux accords internationaux que dans la mesure où l'État dans lequel ils sont domiciliés accorde des droits réciproques.

Une autre innovation concerne l'effet suspensif du recours. La règle précédente, selon laquelle un recours de soumission n'a en principe pas d'effet suspensif, ne doit pas être modifiée pour les décisions relatives à un marché soumis aux accords internationaux, tant au niveau fédéral que cantonal. En matière de décisions relatives à un marché non-soumis aux accords internationaux, la question de l'effet suspensif ne se pose pas, puisque dans ce domaine, la décision contestée ne peut être annulée. Par conséquent, si l'effet suspensif n'est pas ordonné par le tribunal sur demande spécifique, le pouvoir adjudicateur peut toujours conclure le contrat avec l'adjudicataire avant même l'achèvement de toute procédure de recours. Dans ce cas, si le recours est accepté, seule l'illégalité de la décision d'adjudication peut être constatée et des dommages-intérêts peuvent être accordés. La nouvelle réglementation concernant l'échange d'écritures sur effet suspensif problématique. Ici, il est désormais prévu par la loi que seul un échange d'écriture a lieu sur la question de l'effet suspensif. Il en résulte qu'un prestataire débouté doit déjà expliquer de manière complète dans son (premier) mémoire de recours pourquoi son recours est suffisamment motivé et non dépourvu de chances de succès - ce qui est très difficile à ce stade (généralement sans les documents de procédure complets) et mène à une réduction de la protection juridique.

3.4 Rapprochement des valeurs seuils

La révision **harmonise les valeurs seuils** au niveau cantonal et fédéral. Les valeurs seuils sont décisives pour le choix de la procédure d'attribution, car les marchés publics qui atteignent une certaine valeur seuil doivent en principe faire l'objet d'un appel d'offres public. La procédure d'appel d'offres ouverte est désormais obligatoire pour les fournitures et les services à partir de CHF 230 000 au niveau fédéral et de CHF 250 000 au niveau cantonal. Pour les services de construction, des appels d'offres publics sont prévus au niveau fédéral à partir de 2 millions de francs et dans les cantons à partir de CHF 500 000 (principal métier de la construction). Dans le domaine soumis aux accords internationaux, un ajustement analogue n'est pas possible, car les valeurs seuils sont fixées au niveau international (AMP 2012).

3.5 Introduction de l'enchère électronique

Une autre innovation est l'**introduction des enchères électroniques**, selon laquelle les pouvoirs adjudicateurs peuvent mener des enchères pour l'acquisition de services standardisés en utilisant un processus itératif, automatisé et électronique. L'enchère électronique n'est pas une procédure d'adjudication en soi, mais un instrument permettant aux fournisseurs de surenchérir ou de sous-enchérir les uns par rapport aux autres.

L'enchère électronique proprement dite est précédée d'une préqualification : Dans une première phase, le pouvoir adjudicateur examine les critères d'aptitude et les spécifications techniques et procède à une première évaluation. Ce n'est que dans une deuxième étape de la procédure que l'enchère électronique a lieu. Dans ce processus, les soumissionnaires doivent d'abord être informés du résultat de l'évaluation initiale de l'offre, les informations relatives à la méthode d'évaluation automatique, y compris la formule mathématique, ainsi que de tous les autres renseignements pertinents concernant le déroulement de l'enchère. L'enchère porte sur les prix si le marché est attribué au prix le plus bas, ou sur les prix et les valeurs des composants quantifiables tels que le poids, la pureté ou la qualité si le marché est attribué à l'offre économiquement la plus avantageuse.

Avant l'enchère, tous les soumissionnaires admis sont invités simultanément et par voie électronique à soumettre de nouvelles offres ou des offres précisées. Il faut veiller à ce que les soumissions des participants soient faites sous une forme anonyme afin de protéger les secrets d'affaires et d'empêcher les échanges de prix, de sorte que les participants ne puissent pas identifier quels concurrents soumettent quelles offres.

Les amendes nouvellement introduites peuvent aller jusqu'à dix pour cent du montant ajusté de l'offre.

3.6 Interdiction des négociations portant sur le prix

Les **négociations portant sur le prix ("Abgebotsrunden")** sont des négociations visant à réduire le prix. Dans la nouvelle LMP, la possibilité de négocier les prix a été abandonnée. Ce qui reste possible, cependant, c'est l'ajustement des offres. Le pouvoir adjudicateur peut donc encore mener des négociations techniques dans le but de clarifier le contrat ou les offres ou de rendre les offres objectivement comparables entre elles. Ce faisant, les services peuvent également être modifiés dans certaines limites, pour autant que le service n'acquière pas un caractère différent ou que le groupe potentiel de soumissionnaires ne soit pas modifié. À la suite de ces changements, le prix de l'offre peut également être ajusté. La même disposition s'applique désormais aussi au niveau cantonal, ce qui entraîne une libéralisation dans certains cantons.

4 Perspectives

La nouvelle loi sur les marchés publics apporte des innovations de grande envergure et vise à unifier et rendre plus transparente la culture des marchés publics. Tant les fournisseurs que les pouvoirs adjudicateurs doivent s'accommoder de la nouvelle loi et réviser et adapter leurs processus (manuels de passation de marchés, lignes directrices) et leurs tactiques d'appel d'offres.



Yves Jeanrenaud
Associé Genève
yves.jeanrenaud@swlegal.ch



Grégoire Wuest
Associé Genève
grégoire.wuest@swlegal.ch



David Mamane
Associé Zurich
david.mamane@swlegal.ch



Dr. Frank Bremer
Counsel Zurich
frank.bremer@swlegal.ch

Le contenu de cette Newsletter ne peut pas être assimilé à un avis ou conseil juridique ou fiscal. Si vous souhaitez obtenir un avis sur votre situation particulière, votre personne de contact habituelle auprès de Schellenberg Wittmer SA ou l'une des personnes mentionnées ci-dessus répondra volontiers à vos questions.

Schellenberg Wittmer SA est votre cabinet d'avocats d'affaires de référence en Suisse avec plus de 150 juristes à Zurich et Genève ainsi qu'un bureau à Singapour. Nous répondons à tous vos besoins juridiques – transactions, conseil, contentieux.



Schellenberg Wittmer SA
Avocats

Zurich
Löwenstrasse 19
Case postale 2201
8021 Zurich / Suisse
T +41 44 215 5252
www.swlegal.ch

Genève
15bis, rue des Alpes
Case postale 2088
1211 Genève 1 / Suisse
T +41 22 707 8000
www.swlegal.ch

Singapour
Schellenberg Wittmer Pte Ltd
6 Battery Road, #37-02
Singapour 049909
T +65 6580 2240
www.swlegal.sg