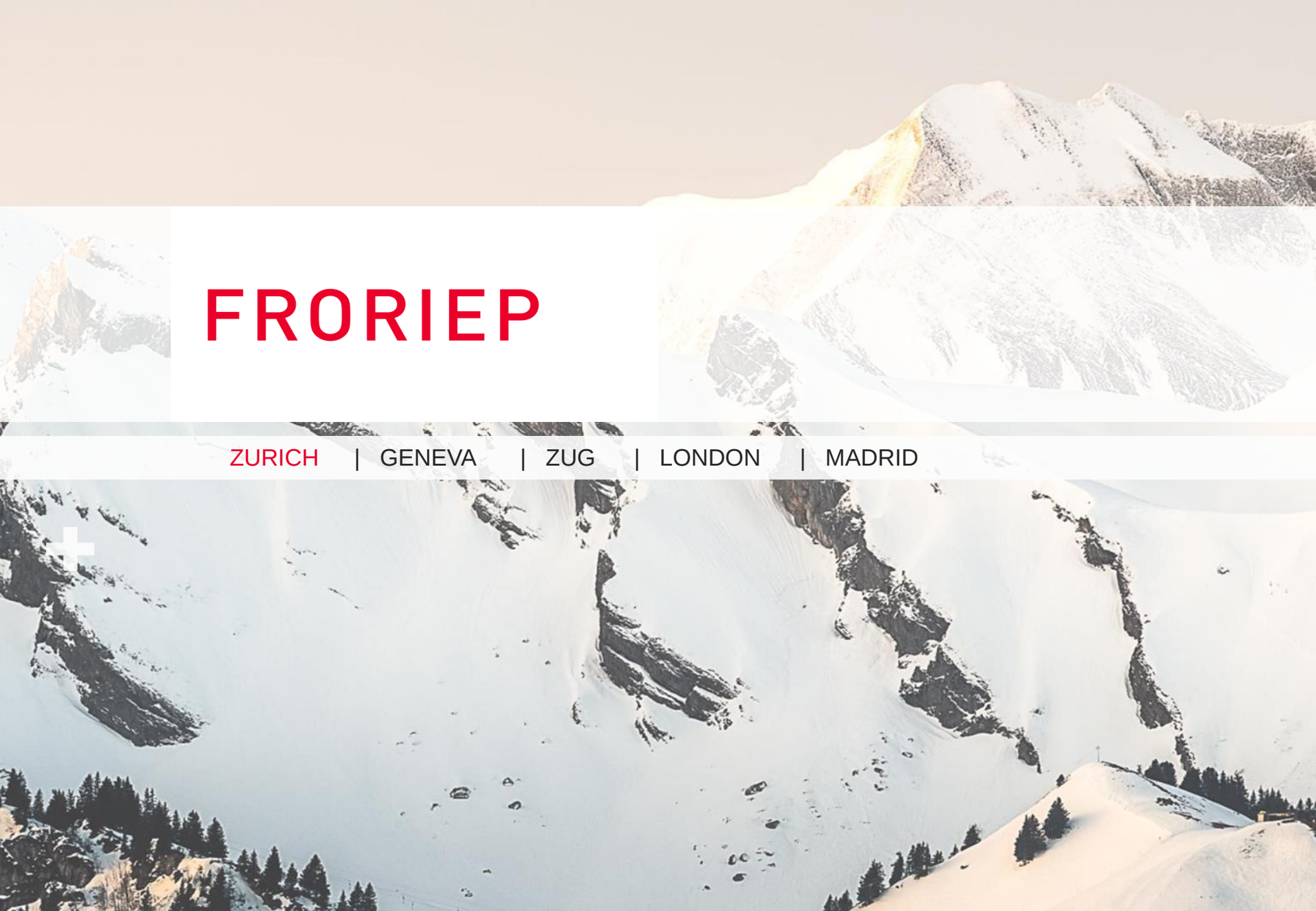




FRORIEP

ZURICH | GENEVA | ZUG | LONDON | MADRID





Les marchés publics en Suisse

Présentation à la
Chambre de Commerce et à la chambre Alsace
Eurométropole
25 janvier 2018

Benjamin Dürig, Romina Brogini

CONTEXTE GÉNÉRAL, CHIFFRES CLÉS (1/3)

- Selon le Tribunal fédéral, il existe en principe un marché public lorsque le secteur public achète des biens ou des services à des entreprises privées sur le marché libre en tant que consommateur pour remplir une mission publique et doit en payer le prix.
- Il s'agit de toutes les transactions juridiques avec lesquelles le secteur public se procure les ressources matérielles et les services nécessaires à ses activités → achats de l'Etat
- Grande importance économique des marchés publics en Suisse: environ CHF 40 milliards par an = 10% du PIB = 25% des dépenses de l'Etat
- Répartition: 20% Confédération, 38% cantons, 42% communes

CONTEXTE GÉNÉRAL, CHIFFRES CLÉS (2/3)

	Catégorie d'achat de l'administration centrale, Année 2016	Mio. CHF
1	Denrées alimentaires et boissons	21.84
2	Textile et habillement	56.50
3	Huile de chauffage, essence, carburant, produits chimiques	74.55
4	Machines, matériel militaire, armes, équipements de protection et de défense	323.39
5	Produits médicaux et pharmaceutiques	24.05
6	Services de transports et services de la centrale des voyages de la Confédération	102.78
7	Véhicules à moteur, pièces de rechange, moyens de transport	546.47
8	Biens et services de sport et de détente	6.01
9	Publications, imprimés et supports d'information	41.22
10	Bureautique, y compris appareils de présentation et accessoires	10.35
11	Technique de photocopie, y compris entretien et réparation	12.25
12	Équipements de bureau et d'aménagement des locaux pour l'Administration civile	31.80
13	Matériel de bureau, y compris papier et consommables pour l'informatique	14.12
14	Services postaux et courrier diplomatique	37.82
15	Informatique et moyens de télécommunication	281.16
16	Informatique et moyens de télécommunication pour l'armée	230.10
17	Services nécessaires à la fourniture, à l'exploitation et à l'entretien des biens	533.39
18	Services	997.16
19	Constructions civiles	520.87
20	Constructions militaires	528.01
21	Constructions de routes nationales (OFROU)	1'160.55
22	Non classable dans ces catégories (volume de paiements peu important)	51.78
		5'606.16

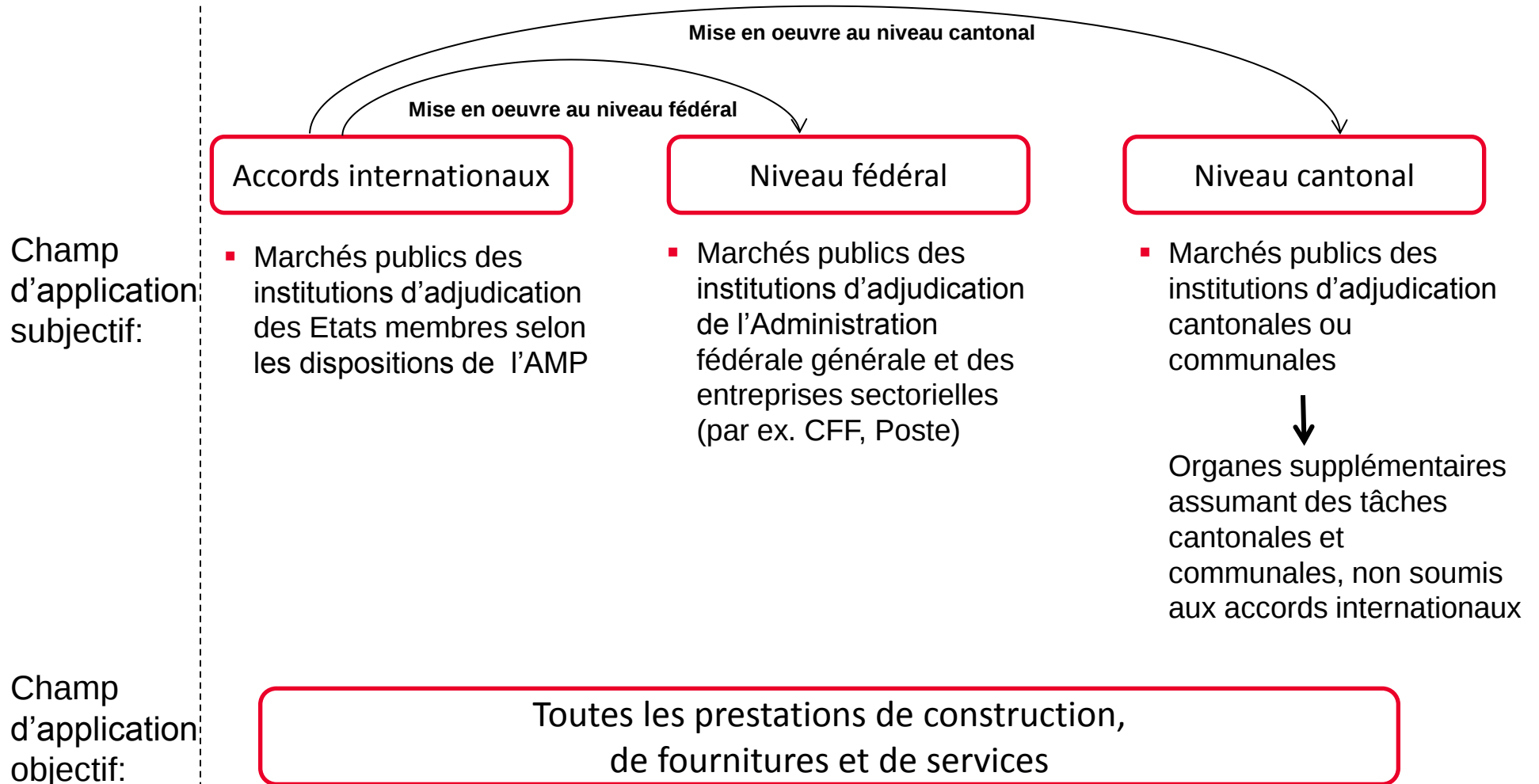
CONTEXTE GÉNÉRAL, CHIFFRES CLÉS (3/3)

Somme d'adjudications dans la procédure de gré à gré (CHF)				
Description	2017	2016	2015	2014
Confédération (administration centrale)	3'156'267'596	3'845'366'150	3'754'569'860	5'521'755'028
Confédération (administration décentralisée)	3'318'302'989	1'853'492'089	2'093'459'117	1'969'910'510
Cantons	2'970'995'759	2'120'705'865	1'774'578'633	1'534'885'344
Autres organes pour tâches cantonales	970'158'998	1'246'582'588	813'751'878	879'141'600
Communes	1'459'291'315	2'037'174'071	1'264'331'493	940'461'677
Autres organes pour tâches communales	709'334'980	347'663'092	473'165'215	210'638'085
Autres	79'083'941	53'369'589	94'819'390	71'667'747
Total	12'663'435'578	11'486'353'444	10'268'675'586	11'128'459'991

CADRE LÉGAL EN SUISSE

- Origine: Accord GATT/OMC sur les marchés publics du 15 avril 1994 (AMP) → 40 Etats membres (y inclus tous les Etat membres de l'UE)
 - But: Facilitation de l'accès au marché pour les soumissionnaires indépendamment du pays d'origine
- Deuxième étape de la réglementation: Accord bilatéral avec l'Union européenne (en vigueur pour la Suisse depuis le 1er juin 2002)
 - Elargissement du champ d'application personnel de l'AMP (p.ex. inclusion de communes et districts, fournisseurs de services de télécommunications, etc.)
- Transposition des dispositions en droit national :
 - Confédération:
 - Loi fédérale sur les marchés publics (LMP),
 - Ordonnance sur les marchés publics (OMP),
 - Loi fédérale sur le marché intérieur (LMI)
 - Cantons:
 - Accord intercantonal sur les marchés publics (AIMP)
 - Lois cantonales sur les marchés publics

CHAMP D'APPLICATION



PRINCIPES GÉNÉRAUX

- Égalité de traitement des soumissionnaires par les entités adjudicatrices, pas d'avantages pour les «soumissionnaires préférés» ou résidents/locaux
- Différences des procédures fédérales/cantoniales:
 - valeurs seuils souvent plus basses dans les cantons
 - interdiction de négociations dans les cantons
- **Principe:** Valeurs seuils sont centrales pour le choix de la procédure et la protection juridique (recours uniquement possibles pour des projets au-dessus de certaines valeurs seuils)
- Aucune attribution de marchés n'est autorisée pour contourner les seuils et, par conséquent, les dispositions du droit des marchés publics

CHAMPS D'APPLICATION POUR LE SECTEUR FERROVIAIRE SUISSE

- Les entreprises du secteur ferroviaire (construction et exploitation d'installations ferroviaires) sont les CFF et les entreprises contrôlées par les CFF ainsi que d'autres installations ferroviaires contrôlées par l'Etat (par ex. Matterhorn Gotthard Infrastruktur AG)
- En tant qu'entreprise du secteur, les CFF sont directement subordonnés à toutes les dispositions du droit fédéral (LMP, OMP), à condition que les marchés publics aient un rapport «direct» avec le secteur des transports
- **«Rapport direct»**: interprétation au sens large; il suffit si la prestation sert fonctionnellement à l'exploitation ferroviaire (corrélation fonctionnelle)
- Autres pouvoirs d'adjudicateurs qui exécutent les tâches des CFF sont soumis à l'OMP pour tous leurs marchés publics, même si il n'y a pas de rapport direct avec le secteur des transports
- Les petites entreprises ferroviaires régionales sont soumises au droit cantonal (par ex. BLS SA ou Rhätische Bahn)

CHAMPS D'APPLICATION POUR LE SECTEUR FERROVIAIRE SUISSE

- Une corrélation fonctionnelle existe dans les domaines suivants:
Construction et exploitation de l'infrastructure ferroviaire (y compris les travaux forestiers le long des voies ferrées), acquisition et entretien des chemins de fer, de l'infrastructure ferroviaire et du matériel roulant ainsi que gestion des zones (plus proches) de la gare (entrée de gare, salle d'attente, guichet, distributeurs de billets, etc.)
- Corrélation fonctionnelle n'existe pas, si l'utilisation commerciale de pièces détachées de gares ou l'achat de biens et de services pour l'agence de voyages des CFF RailAway est concerné. Ces activités sont régulièrement menées en concurrence avec des prestataires tiers (CFF n'apparaît pas souveraine).
- Les prestations qui n'ont pas une corrélation fonctionnelle avec le secteur ferroviaire sont seulement soumis aux dispositions procédurales de l'OMP (p. ex. déroulement de la procédure), mais **il n'y a pas de droit de recours contre l'adjudication (!)**

CHAMPS D'APPLICATION POUR LE SECTEUR FERROVIAIRE SUISSE

- Exemples pratiques:
 - **Rapport direct avec le secteur ferroviaire affirmatif:** Livraison de distributeurs automatiques de billets, construction de murs antibruit le long des voies ferrées des CFF, extension des installations de service pour l'entretien des trains, traitement des bandes de sécurité le long des voies ferrées pour éviter les perturbations d'exploitation, fourniture de mobilier de bureau pour un bâtiment administratif des CFF.
 - **Rapport direct avec le secteur ferroviaire nié:** Assainissement de sites contaminés sur un site appartenant aux CFF sans utilisation pour l'exploitation ferroviaire, acquisition de logiciels d'échange de monnaie pour CFF RailAway, gestion de biens immobiliers sans utilisation pour l'exploitation ferroviaire (par ex. magasins, supermarchés)
 - L'appel d'offre est toujours publié en deux langues sur Simap.ch par les CFF. Les projets régionaux sont annoncés, négociés, documentés et mis en œuvre au moins dans la langue officielle locale.

TYPES DE PROCÉDURES

- Numerus Clausus pour les types de procédures

- Procédure ouverte (publication sur Simap.ch)
→ appel d'offres public

- Procédure sélective (publication sur Simap.ch)
→ appel d'offres public à deux niveaux

Libre choix par l'autorité
(avec appel d'offres)

- Procédure de gré à gré (pas de publication)
→ adjudication donnée directement au soumissionnaire

- Procédure sur invitation (pas de publication)
→ Invitation à certains soumissionnaires présélectionnés
pour déposer une offre

Uniquement possible
si les valeurs seuils ne
sont pas atteintes **OU**
dans un cas exceptionnel
(sans appel d'offres)

OFFRE SOUMISE AUX TRAITÉS INTERNATIONAUX: OUI OU NON

- Certaines entités de nature publique ou hybride ne sont pas du tout concernées par le régime des marchés publics (p.ex. banques cantonales);
- D'autres entités publiques sont soumises au régime des marchés publics nationaux, mais pas aux traités internationaux (p.ex. aide et soins à domicile);
- Seules certaines entités publiques spécifiques (p.ex. les cantons, les communes) sont soumises aux traités internationaux, et cela seulement
 - si elles veulent se procurer certains types d'offres (mentionnés dans l'annexe à l'AMP) et
 - si les seuils applicables sont atteints

SEUILS APPLICABLES DANS LE DOMAINE DES TRAITES INTERNATIONAUX

Différents seuils sont applicables, dépendant de l'adjudicateur:

- Seuils pour communes et cantons: CHF 8.7 mio. en cas de construction (valeur totale) et CHF 350'000 par livraison/prestation
- Autres seuils pour d'autres adjudicateurs (p.ex. autorités et entreprises sectorielles): CHF 8.7 mio. en cas de construction (valeur totale) et CHF 700'000 par livraison/prestation
- Les seuils se réfèrent à une seule commande hors TVA

SEUILS FÉDÉRAUX – HORS TRAITES INTERNATIONAUX

- Distinction entre secteur principal de la construction (H) et secteur du second oeuvre de la construction (N)
- Secteur principal de la construction: éléments fondamentaux d'un bâtiment, ouvrage de maçonnerie et de bétonnerie, échafaudage, travaux d'isolation de façades, travaux spéciaux du génie civil, démolition, construction routière, etc.
- Secteur du second oeuvre de la construction: peinture, travaux de plâtrerie, carrelage, jardinage, sanitaire, menuiserie, charpenterie, etc.
- Aucune particularité spéciale des entreprises du secteur (p.ex. CFF)

Type de procédure	Livraison	Prestation	Prestation de construction
Procédure de gré à gré	< 100'000	< 150'000	N: < 150'000 H: < 300'000
Procédure sur invitation	< 250'000	< 250'000	N: < 250'000 H: < 500'000
Procédure ouverte/ sélective	≥ 250'000	≥ 250'000	N: ≥ 250'000 H: ≥ 500'000

CALCUL DU SEUIL

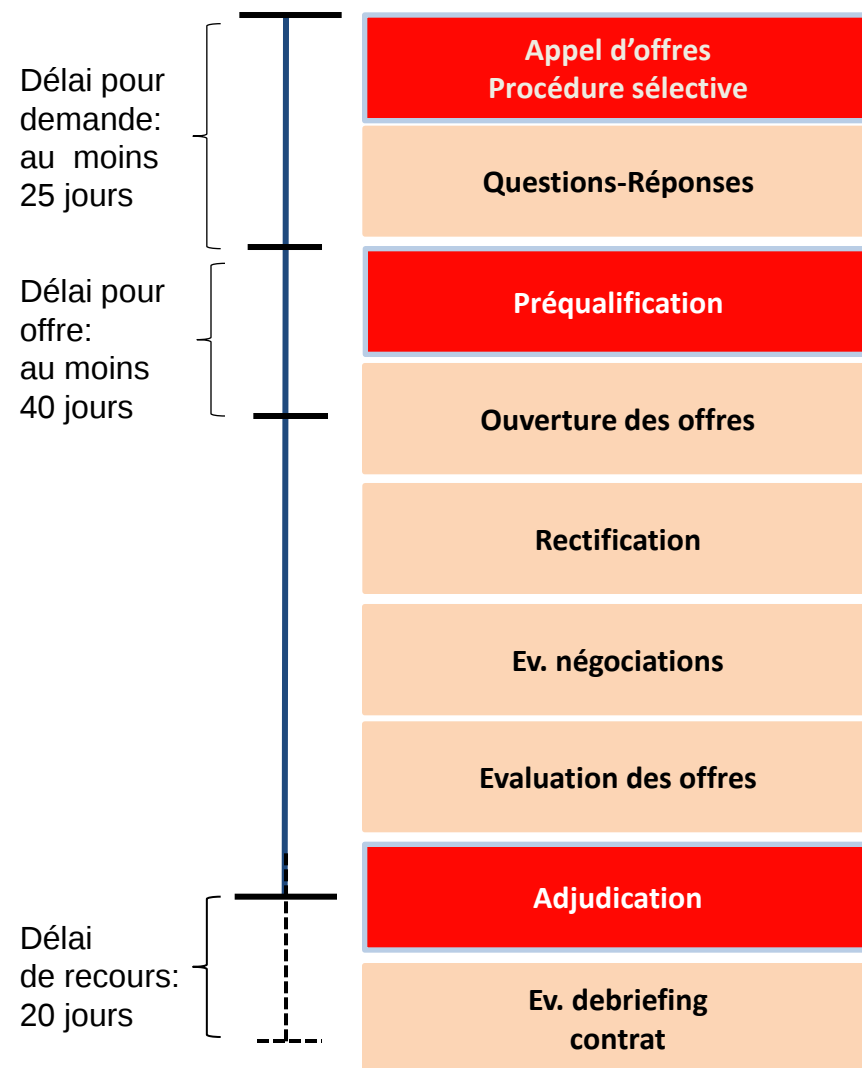
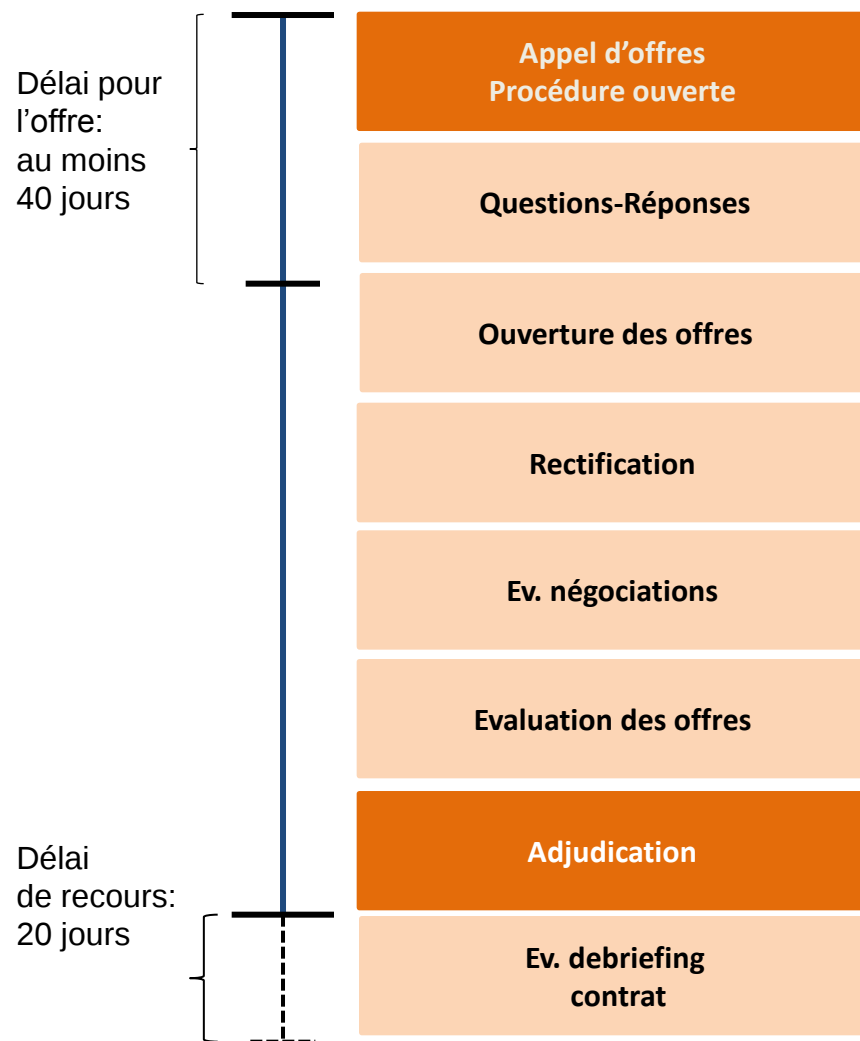
Le seuil est calculé selon la valeur de l'adjudication comme suit:

- Valeur totale du projet déterminante, toute forme de compensation est prise en compte
- Adjudications pour commandes ultérieures et options sont incluses
- Calcul sur la base de toute la durée du contrat
- Contrats à durée indéterminée et contrats permanents: valeur d'adjudication = quatre fois la valeur annuelle du contrat
- Subdivision des commandes est interdite ! (pas de saucissonnage)

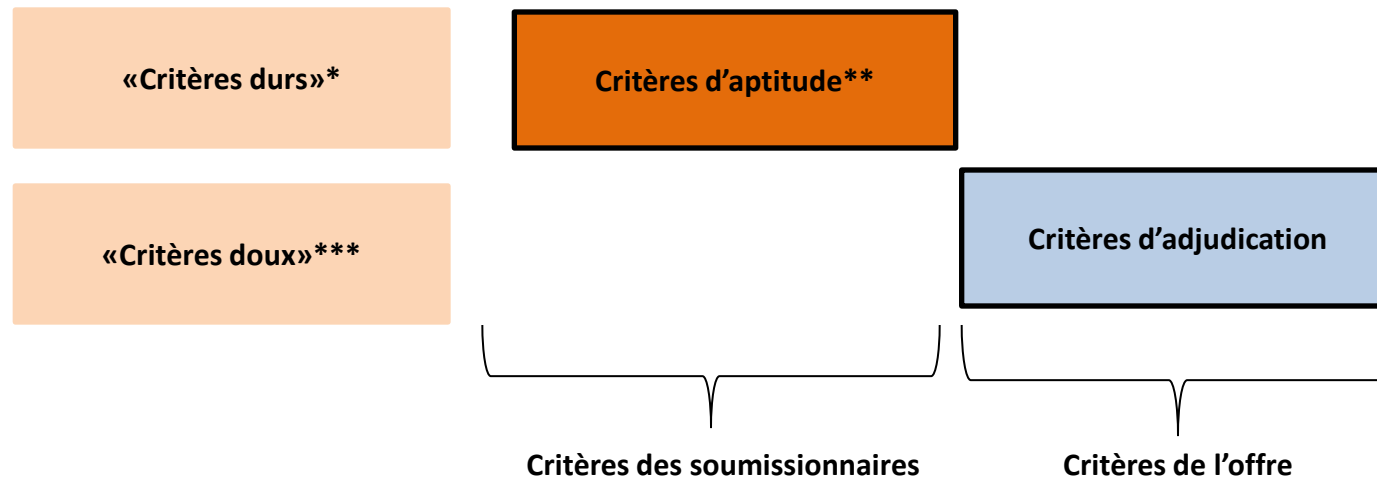
CAS EXCEPTIONNELS SANS APPEL D'OFFRE

- Cas exceptionnels qui justifient une adjudication de gré à gré du marché (énumération non exhaustive) au-delà des valeurs-seuils
 - Pas d'offres appropriées pendant la procédure ouverte/sélective (c'est-à-dire pas d'offres reçues, aucun soumissionnaire ne remplit les critères d'aptitude, aucune offre ne remplit les critères d'adjudication, accords illicites entre soumissionnaires)
 - Spécifications techniques, protection de la propriété intellectuelle, œuvres d'art (pas d'alternative appropriée)
 - Urgence imprévue et particulière
 - Offre avantageuse, limitée dans le temps (liquidations)
- Le pouvoir adjudicateur peut librement choisir une procédure supérieure même si les seuils ne sont pas atteints (MAIS: éventuellement sans recours judiciaire approprié)

DÉROULEMENT DE LA PROCÉDURE



CRITÈRES D'APTITUDE ET D'ADJUDICATION (1/4)



- * Contient aussi les spécifications techniques
- ** Pas de limite de tolérance
- *** Evaluation selon un système d'attribution de points

CRITÈRES D'APTITUDE ET D'ADJUDICATION (2/4)

- Critères d'aptitude
 - Critères impératifs auxquels doivent répondre les soumissionnaires, sans quoi exclusion de la procédure
 - Pas de négociations sur ces critères
 - Capacité financière, économique et technique par rapport à la prestation mise en soumission (la langue peut être un critère d'aptitude)
 - Des extraits du registre du commerce et du registre des poursuites, confirmations sur la capacité en personnel, projets de référence, bilans, extrait du casier judiciaire, garanties bancaires, etc. peuvent être exigés
 - Pré-sélection des soumissionnaires dans la procédure sélective :
 - seul le soumissionnaire qui remplit les critères d'aptitude peut déposer une offre
 - au moins 3 soumissionnaires; nombre ouvert

CRITÈRES D'APTITUDE ET D'ADJUDICATION (3/4)

■ Critères d'adjudication

- Marché adjugé au soumissionnaire ayant présenté l'offre économiquement la plus avantageuse, pas la moins chère
- **Critères monétaires** (le prix, la durabilité, les coûts d'exploitation) et **critères non monétaires** (le délai, la qualité, le suivi, l'adéquation des services, l'esthétique, le développement durable, la valeur technique)
- Tous les critères mentionnés sont effectivement vérifiés !
- Les critères doivent être publiés en fonction de leur importance → pondération et choix des critères relèvent de la compétence de l'autorité
- Pas d'obligation générale de publier la pondération exacte des critères en avance → à ZH la publication de l'ordre chronologique suffit

CRITÈRES D'APTITUDE ET D'ADJUDICATION (4/4)

- Critères d'adjudication
 - Importance du critère prix:
 - Cas normal env. 50%
 - Seuil minimal lors d'appel d'offres complexes 20% (principe de la rentabilité)
 - Elevé en cas d'appel d'offres simples
 - Seul critère en cas de marchandises standardisées
 - Critères interdits: longueur de la route d'accès (problème du soumissionnaire), connaissance des lieux (permis uniquement si adéquat)
 - Pondération du fait de former des apprentis: maximum 10% (proportion apprentis par rapport à la totalité des employé(e)s)

POINTS DE VIGILANCE ET ÉCUEILS À ÉVITER – PHASE DE LA CONSTITUTION DE L'OFFRE (1/2)

- Quatre règles d'or:

1. Lire attentivement les documents d'appel d'offres !
2. La première impression compte (c'est-à-dire structurer l'offre selon les exigences définies par l'appel d'offres) !
3. Poser des questions !
4. Pas de tentative de négociations. Les critères d'aptitude définis doivent s'interpréter comme «à prendre ou à laisser». Le prix offert ne peut plus être modifié.

POINTS DE VIGILANCE ET ÉCUEILS À ÉVITER – PHASE DE LA CONSTITUTION DE L'OFFRE (2/2)

- Exclusion du soumissionnaire de la procédure, resp. révocation de l'adjudication si:
 - les critères d'aptitude ne sont pas respectés
 - de faux renseignements ont été donnés (surtout concernant les objets de référence)
 - les impôts ou les charges sociales n'ont pas été payés
 - les dispositions relatives à la protection des travailleurs et les réglementations sur l'égalité de traitement entre hommes et femmes par rapport aux salaires n'ont pas été respectées (soit le respect de la loi sur le travail, assurance accident, CCV, contrat-type de travail)
 - le soumissionnaire a participé à des accords qui éliminent ou entravent de manière significative une concurrence effective, ou
 - le soumissionnaire se trouve en faillite

POSSIBILITÉ DE RECOURS (1/2)

- En cas de non-adjudication, il est opportun (notamment pour la motivation du recours) d'exiger un debriefing, c'est-à-dire de demander les raisons de l'échec
- Recours contre la décision d'adjudication (de l'administration fédérale ou d'une entreprise sectorielle) auprès du Tribunal administratif fédéral possible dans certaines procédures (pas possible en-dessous des seuils ou dans le domaine d'«autres marchés»)
- Objet du recours: appel d'offres, choix des participants, exclusion d'un soumissionnaire, interruption de la procédure d'adjudication, décision d'adjudication
- Légitimation: preuve d'un intérêt particulièrement digne de protection
- Motifs de recours: violation du droit fédéral, excès illicite du pouvoir d'appréciation, fausse constatation des faits (mais pas inopportunité)

POSSIBILITÉ DE RECOURS (2/2)

- Délai de recours: 20 jours dès la notification de l'adjudication
- Le recours n'a pas **d'effet suspensif**
- Dans la **pratique**, cependant, la conclusion du contrat est généralement reportée jusqu' à l'expiration du délai d'appel
- Si le contrat a déjà été conclu, il est valable! On ne peut que constater le caractère illicite de la décision d'adjudication → éventuelle demande en dommages-intérêts du soumissionnaire non retenu
- Les recours contre la décision d'appel du Tribunal administratif fédéral peuvent, sous certaines conditions, faire l'objet d'un recours devant le Tribunal fédéral

POINTS DE VIGILANCE ET ÉCUEILS À ÉVITER – PHASE DE L'EXÉCUTION DU CONTRAT (1/2)

- Pas d'obligation de contracter! Même lors d'une adjudication, l'adjudicateur n'est pas obligé de conclure un contrat
- Les contrats sont toujours soumis au droit suisse et se réfèrent en règle générale à des conditions générales détaillées. Le cas échéant, les étudier avec un avocat, afin de savoir à quoi s'attendre et de pouvoir poser les bonnes questions
- Certains risques sont généralement transférés contractuellement au soumissionnaire, c'est-à-dire pendant la construction, les coûts supplémentaires éventuels encourus en raison des éléments suivants:
 - Insolvabilité d'un sous-traitant
 - Prolongation du délai de construction en raison d'erreurs dans la gestion de projet
 - Déficits organisationnels dans la gestion des modifications du projet
 - Défauts de planification
 - Devoirs d'avis

POINTS DE VIGILANCE ET ÉCUEILS À ÉVITER – PHASE DE L'EXÉCUTION DU CONTRAT (2/2)

- Coûts de risques de l'adjudicteur:
 - Frais supplémentaires dus au changement de commande,
 - Charges supplémentaires coûteuses suite aux indications incorrectes dans les documents d'appel d'offres (devis resp. cahier des charges),
 - Circonstances non prévisibles ou exclues de l'avis des parties (à moins que les circonstances ne soient causées par le fournisseur et immédiatement signalées à l'annonceur)

CONSEILS UTILES

- Informations générales sur le site:
<https://www.beschaffung.admin.ch/bpl/fr/home.html>
- Séances informatives de l'administration fédérale à Zurich, Lausanne et Lugano <https://www.beschaffung.admin.ch/bpl/fr/home/auftraege-bund/informationsveranstaltungen.html>
- Monitoring des offres publiques publiées sur **Simap** (<https://www.simap.ch/shabforms/COMMON/application/applicationGrid.jsp>); éventuellement installation d'un service push, afin de ne pas manquer un appel d'offre
- Eventuellement demander des renseignements auprès de l'autorité compétente (à ZH la Commission pour les marchés publics)
- Demander à temps les documents d'appel d'offre

RÉVISION DU DROIT DES MARCHÉS PUBLICS

- Adoption du message concernant la révision totale de la loi fédérale sur les marchés publics (LMP) le 15 février 2017; révision parallèle de l'accord OMC
- Harmonisation des ordonnances au niveau fédéral et cantonal
- Principales **nouveautés**:
 - La définition de la **refonte du service public** dans la loi, l'octroi de concessions et le transfert de missions de service public ont également été couverts par la nouvelle loi
 - **Possibilité de déroulement de la procédure des marchés publics et enchères par voie électronique**
 - Introduction d'une **règlementation pour commandes ultérieures** visant à remplacer, compléter ou étendre des commandes déjà effectuées
 - **Possibilité de négocier** également au **niveau cantonal**
 - Introduction d'instruments de **dialogue** également au niveau cantonal (concrétiser l'objet de la prestation, déterminer les solutions et les procédures)

RÉVISION DE LA LOI DES MARCHÉS PUBLICS

- Principales nouveautés (suite):
 - Possibilité de conclure des **contrats-cadres** → appel de commandes individuels pendant la durée du contrat-cadre (max. 4 années)
 - **Sanctions lors de violation des règles concernant la loi sur les marchés publics** (prévention de corruption, exclusion de la procédure des marchés publics)
 - Introduction d'une liste centralisée avec soumissionnaires qui sont exclus des marchés publics
 - **Extension de la protection juridique:** motivation sommaire de toutes les décisions, **recours au TAF à partir d'un seuil de CHF 150'000 (au niveau cantonal, il n'y a plus de protection juridique au-dessous de ce seuil)**, procédure simple et brève avec délais courts en dehors du domaine des traités internationaux
 - Exécution par voie d'adhésion des demandes en dommages-intérêts par l'instance de recours (pas de procédure civile séparée nécessaire)

BENJAMIN DÜRIG

bduerig@froriep.ch | Bureau Zurich | +41 44 386 60 00

Avocat de transactions expérimenté, spécialisé dans le domaine des fusions et acquisitions, le financement des sociétés et le droit des sociétés.



- Agit en tant que conseil par rapport aux fusions et acquisitions, au financement de sociétés et est un meneur d'équipe expérimenté dans le cadre de transactions complexes
- Conseille des sociétés cotées en bourse ainsi que privées, y compris des entreprises financières régulées
- Expérience approfondie du droit immobilier aussi bien dans le cadre qu'hors cadre de transactions, entre autre concernant les aspects réglementaires, le droit environnemental (site contaminés), et les contrats de baux commerciaux complexes
- Présente régulièrement des thèmes de sa pratique devant un auditoire sélectionné, lors de congrès d'avocats internationaux, devant des organisations du secteur ou les chambres de commerce
- Inscrit au barreau à Zurich, membre de la Fédération Suisse des Avocats, de la Chambre de Commerce et d'Industrie France Suisse et du comité exécutif de l'Association Internationale des Jeunes Avocats (AIJA)
- Langues de travail: allemand, français et anglais

ROMINA BROGINI

rbrogini@froriep.ch | Bureau Zurich | +41 44 386 60 00

Avocate dans le domaine des procédures nationales et internationales, notamment dans le secteur de la construction et de l'immobilier

- Agit principalement dans le domaine du droit de la construction et des marchés publics en tant que conseil de personnes juridiques dans des procédures d'adjudication complexes
- Spécialisée en droit de la concurrence suisse et européenne. Agit en tant que conseil dans des dossiers de droit de la concurrence devant les autorités de la concurrence et les tribunaux civils. Elle conseille les sociétés également en droit des sociétés et droit commercial
- Depuis 2014 chez Froriep en tant que collaboratrice, a travaillé auparavant pour des études d'avocats majeures à Zurich et elle a effectué son stage d'avocate dans une étude d'avocats et au Ministère public dans le domaine de la criminalité en col blanc à Berne
- Inscrite au barreau à Zurich, membre de la Chambre de Commerce et d'Industrie France Suisse et de l'Association Internationale des Jeunes Avocats (AIJA)
- Langues: allemand, anglais, italien et français



Nos 5 bureaux

ZURICH

FRORIEP Legal AG
Bellerivestrasse 201
CH-8034 Zurich
Tel. +41 44 386 60 00
Fax +41 44 386 60 50
zurich@froriep.ch

GENEVA

FRORIEP Legal SA
4 Rue Charles-Bonnet
CH-1211 Geneva 12
Tel. +41 22 839 63 00
Fax +41 22 347 71 59
geneva@froriep.ch

ZUG

FRORIEP Legal AG
Grafenaustrasse 5
CH-6302 Zug
Tel. +41 41 710 60 00
Fax +41 41 710 60 01
zug@froriep.ch

LONDON

FRORIEP LLP
17 Godliman Street
GB-London EC4V 5BD
Tel. +44 20 7236 6000
Fax +44 20 7248 0209
london@froriep.ch

MADRID

FRORIEP AG
Antonio Maura 10
ES-28014 Madrid
Tel. +34 91 523 77 90
Fax +34 91 531 36 62
madrid@froriep.ch