

Principes généraux des marchés publics en Suisse

Juillet 2019

© DG Trésor

Les marchés publics passés par la Confédération, les cantons et les communes suisses représentent environ 41 milliards de CHF par an (soit 18% des dépenses publiques et 6% du PIB). 20% sont conclus par la Confédération et 80% par les cantons et communes.

Les marchés publics sont régis par deux lois, une loi fédérale du 16 décembre 1994 et un accord intercantonal du 25 novembre 1994 (ratifié par l'ensemble des cantons). La loi fédérale vient d'être amendée (le 21 juin 2019, non encore entrée en vigueur) afin de mettre en œuvre en droit suisse l'accord sur les marchés publics révisé de l'OMC et de proposer un cadre d'harmonisation des dispositions fédérales et cantonales, notamment quant aux seuils s'appliquant pour la procédure de gré à gré ainsi qu'aux procédures de recours. Elle devrait entrer en vigueur en 2020. Des révisions similaires devraient être apportées à l'accord intercantonal d'ici la fin de l'année¹.

La loi révisée interdira par ailleurs explicitement la négociation sur les prix et soumettra les concessions de service public au droit fédéral sur les marchés publics. A noter toutefois que la loi prévoit la possibilité pour l'adjudicateur – dans le respect des obligations internationales de la Suisse, y compris vis-à-vis de l'UE- de pondérer l'offre en fonction des différences de prix pratiqués dans les pays concurrents.

La présente note synthétise les principaux aspects de ces lois.

I – Le droit suisse prévoit 4 procédures d'attribution des marchés publics, dont deux sans obligation de publicité

Les lois de 1994 sur les marchés publics définissent 4 procédures d'adjudication. Les procédures réservées aux marchés les moins importants - les seuils étant généralement plus élevés pour les marchés locaux que pour les marchés passés au niveau fédéral - ne nécessitent pas d'appel offres:

- **Procédure de gré à gré** : il s'agit de la seule procédure sans obligation de mise en concurrence ; l'adjudicateur attribue directement le marché à un soumissionnaire. Pour les marchés locaux, la procédure est applicable aux marchés de services et de construction inférieurs à 150.000 CHF et aux marchés de fournitures inférieurs à 100.000 CHF. Au niveau fédéral, le seuil est fixé à 50.000 CHF pour les marchés de fournitures et 150.000 CHF pour les marchés de services et de construction². La procédure peut également être utilisée au-delà de ces seuils dans certains cas prévus par la loi (e.g. urgence, absence d'offres lors d'une procédure ouverte ou sélective).

¹ Les projets de révision de la loi fédérale et de l'accord intercantonal ayant été élaborés en parallèle par un même groupe de travail composé de représentants de la Confédération et de la Conférence suisse des directeurs cantonaux en charge des marchés publics.

² Ces seuils sont portés à 150.000 CHF pour les marchés de fournitures et de services et 300.000 CHF pour les marchés de construction par la révision de la loi fédérale.



- **Procédure sur invitation:** plusieurs soumissionnaires – au minimum 3 (5 dans le canton du Valais) - sont invités par l'adjudicateur à présenter une offre. Au niveau fédéral, cette procédure est possible pour les marchés de services et de fournitures ne dépassant pas 230.000 CHF et les travaux de construction ne dépassant pas 2 MCHF. Au niveau local, cette procédure peut être appliquée pour les marchés inférieurs à 250.000 CHF.

Au-delà de ces seuils³, l'adjudicateur doit passer un appel d'offres, publié sur le site SIMAP (ou le journal officiel cantonal pour les marchés locaux) et choisir entre deux procédures :

- **Procédure ouverte :** l'adjudicateur lance un appel d'offres, avec délai de réponse minimal de 40 jours⁴. Tout soumissionnaire est libre de déposer une offre.
- **Procédure sélective :** la procédure est divisée en deux étapes. Après la publication de l'appel d'offres, les soumissionnaires disposent au minimum de 25 jours pour déposer une demande participation. L'adjudicateur détermine ensuite les candidats qu'il invite à présenter une offre, dans un délai ne pouvant être inférieur à 40 jours. La loi requiert une « concurrence efficace » ; pour les marchés fédéraux, l'adjudicateur doit inviter au moins 3 soumissionnaires à présenter une offre.

Les procédures d'attribution doivent respecter trois principes : l'égalité de traitement des soumissionnaires nationaux et étrangers, la transparence des procédures et un droit de recours contre les décisions liées au processus de soumission et d'adjudication (à partir de certains seuils). Toutes les décisions d'adjudication relatives à des marchés publics fédéraux passés selon la procédure ouverte ou sélective doivent être publiées. A noter que cette obligation s'applique également aux marchés conclus selon la procédure de gré à gré au-dessus du seuil légal dans le cadre des exceptions prévues par la loi.

Pour les marchés publics locaux passés en dessous des seuils internationaux, les obligations en matière de publication des décisions d'adjudication varient selon les cantons. Les décisions relatives à des marchés passés au-dessus des seuils prévus dans les accords internationaux doivent dans tous les cas faire l'objet d'une publication.

La loi interdit l'allotissement des marchés pour échapper aux dispositions en matière de seuils. Certaines entreprises indiquent cependant que l'allotissement demeure peu contrôlé.

II – Les accords internationaux s'appliquent aux marchés couverts par les procédures ouverte et sélective

A/ L'accord sur les marchés public (AMP) de l'OMC de 1994, auquel la Suisse est partie, pose des règles minimales pour la passation des marchés publics. L'AMP s'applique en Suisse aux marchés publics de construction adjugés à des seuils supérieurs à 8,7 MCHF et aux marchés de fournitures et de services au-delà de 230.000 CHF pour la Confédération et 350.000 CHF pour les entités publiques locales. En 2017, les marchés publics passés par l'administration fédérale centrale au-dessus des seuils prévus dans l'AMP représentaient 3,5 Mds CHF et ceux passés par les cantons 4,6 Mds CHF.

L'accord OMC révisé, signé en 2012, prévoit notamment le renforcement de la concurrence et de la lutte contre la corruption, l'assouplissement de la procédure d'adjudication et l'adaptation à l'évolution technologique. Pour la Suisse, le champ d'application de l'accord est étendu aux marchés publics des tribunaux fédéraux et l'obligation d'appels d'offres à certains marchés de services. Le processus de ratification par la Suisse de l'AMP révisé est en cours.

B/ L'accord UE-Suisse sur les marchés publics de 1999 étend le champ d'application de l'AMP à d'autres adjudicateurs (communes et districts) et secteurs (ferroviaire et énergétique pour les marchés passés par les pouvoirs publics et les entreprises titulaires d'une concession et eau, électricité et transport de proximité pour les marchés des entreprises titulaires d'une concession). Côté Suisse, l'accord exclut les marchés d'achat d'eau et de fourniture d'énergie.

Sa portée est limitée par l'existence d'une clause d'exemption, qui permet d'exclure du champ d'application de l'accord les marchés publics concurrentiels. En Suisse, elle a été appliquée à certains marchés publics dans les secteurs des télécommunications et du transport de marchandises.

³ Des seuils spécifiques s'appliquent pour les routes nationales (2 MCHF pour les marchés de construction et 350.000 CHF pour les marchés de fournitures et de services).

⁴ Il s'agit des délais pour les marchés situés au-dessus des seuils d'application des accords internationaux.



III – Les procédures fédérales et cantonales d'attribution présentent des différences notables, ce qui rend plus complexe l'accès aux marchés publics

Les législations fédérales et cantonales présentent des divergences sur plusieurs aspects des procédures d'attribution de marchés publics. Outre les écarts de seuils (cf annexe 1), elles concernent notamment :

- la négociation sur les prix, admise au seul niveau fédéral;
- les critères de sélection des offres⁵ ;
- la présence de critères d'adjudication étrangers au marché⁶ ;
- les critères d'exclusion de la procédure d'attribution⁷;
- les voies et les délais de recours (10 jours au niveau local et 20 jours au niveau fédéral).

Les systèmes de pondération des critères et de notation utilisés par les autorités adjudicatrices peuvent ainsi varier sensiblement selon les cantons et les marchés.

IV – La révision de la loi fédérale relativise l'importance du critère du prix dans l'attribution du marché

Quelle que soit la procédure utilisée, les législations fédérale et cantonale actuelles disposent que le marché doit être attribué à l'offre « *la plus avantageuse économiquement* ». La révision de la loi fédérale prévoit cependant que le marché soit attribué à l'offre « *la plus avantageuse* » et que l'adjudicateur prenne en compte un ensemble de critères. De même, les prestations standardisées pourront être adjudgées sur la base du seul critère du prix le plus bas si elles répondent aux critères de durabilité sociale, écologique et économique.

La réforme introduit également la possibilité pour les adjudicateurs d'obliger les soumissionnaires à présenter séparément la solution technique et le prix.

Pour certains marchés, le critère du prix ne joue qu'un rôle limité dans l'attribution du marché, avec une pondération qui peut être nettement minoritaire. La commission consultative sur les marchés publics dans le canton de Genève recommande par exemple une pondération de 20%.

V – Pour les appels d'offre d'un montant limité, des critères favorisant les soumissionnaires locaux sont prévus par la loi actuelle et validés dans la loi révisée

A/ La loi actuelle prévoit la possibilité, pour les marchés passés en dessous des seuils prévus par les accords internationaux, d'inclure un critère dit extérieur au marché, lié à la formation d'apprentis, qui limite en pratique l'accès pour des entreprises étrangères. De même, certains appels d'offres demandent également des références locales, qui peuvent dans certains cas représenter une part substantielle du montant du marché public. La proximité avec les pouvoirs adjudicateurs ainsi que l'implantation locale de l'entreprise semblent jouer un rôle important.

La maîtrise des langues officielles permet également de pouvoir répondre aux appels d'offre, dans la mesure où la loi fédérale prévoit l'obligation de publication dans au moins une langue officielle pour les marchés de construction et de services qui s'y rapportent et deux langues officielles pour les marchés de fournitures et les autres marchés de services. Si l'appel d'offres n'est pas rédigé en français, la loi prévoit la publication d'un résumé dans une des langues de l'OMC (français, anglais ou espagnol).

B/ Le Parlement fédéral a introduit dans la révision de la loi fédérale une disposition permettant à l'adjudicateur de tenir compte des niveaux de prix pratiqués dans le pays où est fournie la prestation. Cette possibilité ne devrait cependant exister que pour les marchés passés en dessous des seuils prévus par les accords internationaux. A noter que son applicabilité aux entreprises UE

⁵ Le droit fédéral prévoit des critères de qualification relatifs aux capacités financières, techniques et économiques de l'entreprise. Certains cantons prennent en compte d'autres critères tels que les capacités de gestion environnementale ou encore l'expérience (e.g. 3 ans d'activité pour les marchés de construction à Genève). De même, la liste de critères d'adjudication et leur pondération peut varier selon les cantons.

⁶ La loi fédérale prévoit la possibilité de prendre en compte le nombre d'apprentis. Certaines législations cantonales prévoient des critères supplémentaires (e.g. collaboration avec de jeunes entreprises dans le canton de Vaud).

⁷ Certains cantons ajoutent aux critères mentionnés dans la loi fédérale d'autres critères tels que le respect des dispositions environnementales (e.g. Berne, Vaud, Genève).



demeure cependant incertaine, dans l'attente d'une analyse juridique de la compatibilité de cette disposition avec l'accord UE-Suisse sur les marchés publics.

La réforme de la loi fédérale ajoute par ailleurs deux critères « *étrangers au marché* » qui peuvent être pris en compte dans les marchés attribués en dessous des seuils internationaux (places de travail pour les personnes âgées et réinsertion des chômeurs de longue durée).

VI – La concurrence apparaît comme limitée dans certains secteurs et pour les marchés de faible ampleur

Deux autres facteurs conduisent à restreindre la concurrence pour l'accès aux marchés publics en Suisse :

A/ L'absence d'unification du régime des concessions

Dans l'état actuel du droit, les concessions de service public ne sont pas soumises au droit sur les marchés publics. Au niveau local, la loi fédérale sur le marché intérieur oblige les cantons et communes à passer un appel d'offre pour les concessions. Au niveau fédéral, l'attribution des concessions de service public est régie par des dispositions sectorielles. Sont concernés les secteurs des transports, de l'approvisionnement en eau, de l'énergie et des télécommunications. Ainsi, aucune mise en concurrence n'est obligatoire pour les concessions d'infrastructures ferroviaires ou de transport ferroviaire de voyageurs.

La réforme de la législation fédérale soumet les concessions de service public au droit fédéral des marchés publics.

B/ Le niveau peu élevé des seuils de publication

L'obligation de publicité ne s'applique qu'à partir des seuils pour les procédures ouverte et sélective. A titre de comparaison, le droit européen prévoit une obligation de publicité locale ou nationale à des seuils inférieurs à ceux de la mise en concurrence⁸.

VII – Les possibilités de recours sont limitées et ne sont pas toujours utilisées par les entreprises

Au niveau fédéral, seuls les marchés attribués dans le cadre de procédures ouvertes ou sélectives sont susceptibles de recours. Les marchés de construction au-delà de 8,7 MCHF et les marchés de fournitures⁹ passés au-delà des seuils pour ces procédures peuvent faire l'objet d'un recours. Seule une partie des marchés de services passés en procédure ouverte ou sélective peut faire l'objet d'un recours. Au niveau cantonal, les recours sont en général permis pour l'ensemble des procédures sauf celles de gré à gré.

La loi fédérale révisée étend la possibilité d'intenter un recours à l'ensemble des marchés de fournitures ou de services adjugés au-dessus du seuil de la procédure sur invitation (150.000 CHF) et aux marchés de construction adjugés au-dessus du seuil de la procédure sélective ou ouverte (2 MCHF).

Le recours n'a pas automatiquement d'effet suspensif. La réforme du droit fédéral prévoit en outre que l'effet suspensif ne pourra être accordé qu'aux marchés passés au-dessus des seuils des accords internationaux.

Les pouvoirs du juge sont limités. Le juge ne peut en effet pas annuler un marché déjà conclu, mais seulement accorder le cas échéant des dommages et intérêts.

Par ailleurs, les recours semblent être mal perçus par les pouvoirs adjudicateurs, ce qui peut dissuader les entreprises d'intenter un recours afin de ne pas nuire à leurs chances d'obtenir des marchés publics dans le futur.

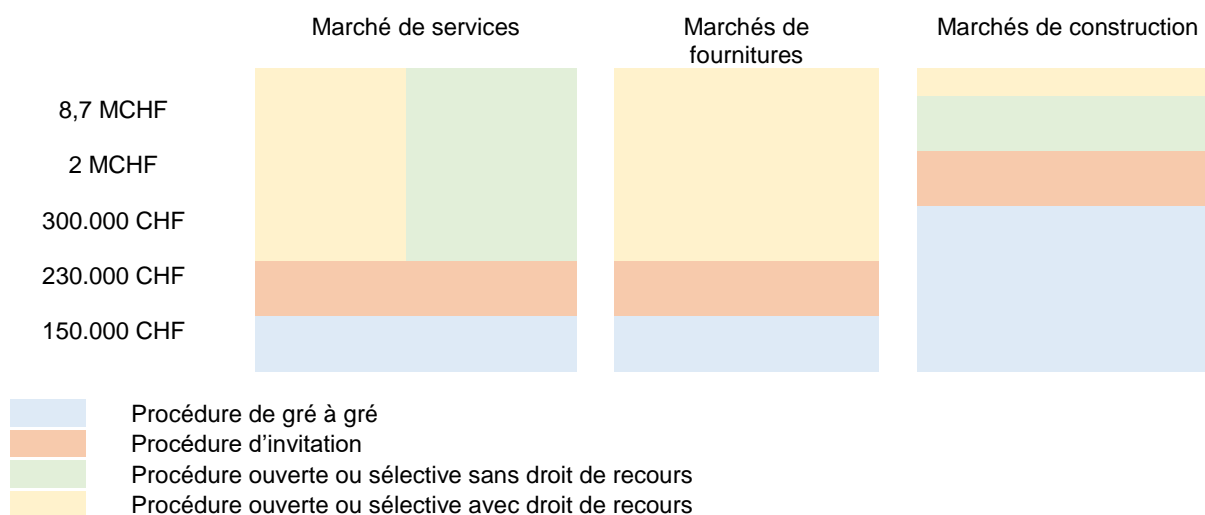
⁸ Le droit européen prévoit une obligation de publication du marché dès 25.000 EUR et une publication dans un journal officiel dès 90.000 EUR, soit bien-dessous des seuils de recours aux procédures formalisées (144.000 EUR pour les marchés de services et de fournitures des autorités centrales, 221.000 EUR pour ceux des autorités locales, 443.000 pour les opérateurs de réseaux et 5.548.000 EUR pour les marchés de construction).

⁹ Sauf pour certains biens militaires.

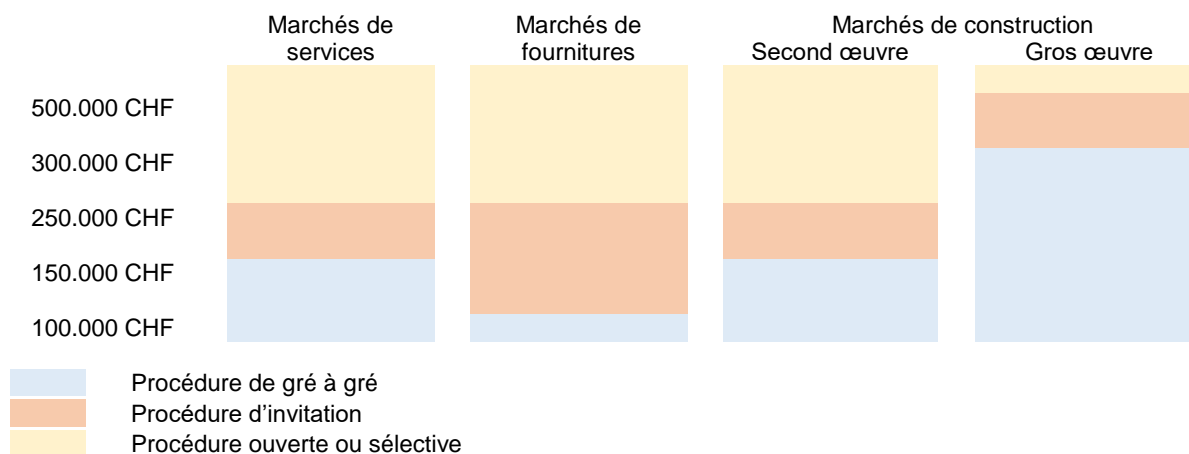


Annexe 1 : Valeurs seuils pour les procédures d'adjudication des marchés publics

Graphique 1. Seuils procéduraux pour les marchés publics fédéraux¹⁰



Graphique 2. Seuils procéduraux pour les marchés publics locaux



¹⁰ Les seuils pour la procédure de gré à gré seront applicables à compter de l'entrée en vigueur de la loi révisée.



Annexe 2 – Seuils d'application des traités internationaux

Tableau 1. OMC

Adjudicateur	Valeurs-seuils (CHF)		
	Construction	Fournitures	Services
Cantons	8,7 millions	350.000	350.000
Confédération	8,7 millions	230.000	230.000
Autorités et entreprises publiques (eau, énergie, transports et télécommunications)	8,7 millions	700.000	700.000

Tableau 2. Accord UE-Suisse

Adjudicateur	Valeurs-seuils (CHF)		
	Construction	Fournitures	Services
Communes/districts	8,7 millions	350.000	350.000
Entreprises privées exerçant un service public et disposant d'un droit spécial ou exclusif (eau, transport, énergie)	8,7 millions	700.000	700.000
Entreprises publiques ou privées ayant des droits spéciaux ou exclusifs dans le secteur du transport ferroviaire ou de l'énergie (hors électricité)	8 millions	640.000	640.000
Opérateurs de télécommunications	8 millions	960.000	960.000

Copyright

Tous droits de reproduction réservés, sauf autorisation expresse du Service Économique de Berne, adresser les demandes à berne@dgtrésor.gouv.fr.

Clause de non-responsabilité

Le Service Économique s'efforce de diffuser des informations exactes et à jour, et corrigera, dans la mesure du possible, les erreurs qui lui seront signalées. Toutefois, il ne peut en aucun cas être tenu responsable de l'utilisation et de l'interprétation de l'information contenue dans cette publication.

Auteur : Service Économique Berne

Service Économique
Adresse : Schosshaldenstrasse 46, Bern 3007 Suisse

Rédigé par : Camille Saint-Genis

Revu par : Christian Gianella

Version du 07 juillet 2019

Version originale