

Adjudications News n°

30

Les études de marché n'entraînent aucune préimplication

selon le droit des marchés publics révisé, pour autant que les principes d'égalité de traitement et de transparence soient respectés. Quelles sont les conditions et règles spécifiques qui doivent être respectées par les pouvoirs adjudicateurs ?



De **Martin Zobl**
Avocat, Dr. iur., LL.M.
Managing Associate
Téléphone: +41 58 658 55 35
martin.zobl@walderwyss.com



et **Pandora Kunz-Notter**
Avocate, Dr. iur.
Managing Associate
Téléphone: +41 58 658 29 30
pandora.kunz@walderwyss.com



Traduction par **Matthieu Seydoux**
Avocat, Dr. iur.
Associate
Téléphone +41 58 658 80 00
matthieu.seydoux@walderwyss.com

Les études de marché selon le droit des marchés publics révisé

Les études de marché (Marktabklärungen ; «Requests for Information» ou «RFI») sont utiles pour planifier judicieusement les projets d'acquisition. Selon le droit des marchés publics révisé, les études de marché sont expressément autorisées et n'entraînent pas l'exclusion des soumissionnaires contactés. Toutefois, il est nécessaire de respecter certaines conditions et règles.

Préimplication dans les procédures d'adjudication

En vertu du **principe d'égalité de traitement**, le pouvoir adjudicateur est tenu de ne pas favoriser un soumissionnaire par rapport à ses concurrents et il ne doit pas accorder des avantages dits unilatéraux. Une **préimplication** existe si un soumissionnaire a participé à la préparation d'une procédure d'adjudication. Cette participation peut être présumée, par exemple si le soumissionnaire rédige les documents de base du projet, élabore les documents pour l'appel d'offre ou conseille le pouvoir adjudicateur sur certains éléments du projet (devis, spécifications techniques, etc.). Une implication de ce type donne au soumissionnaire un avantage en termes de connaissances sur ses concurrents, ce qui n'est pas souhaitable du point de vue de la concurrence.

Exclusion de la procédure en cas de préimplication qualifiée

Selon l'art. 14 de la Loi fédérale sur les marchés publics (LMP) et de l'Accord intercantonal sur les marchés publics (AIMP) entièrement révisés, les soumissionnaires qui **ont participé à la préparation d'une procédure d'adjudication** ne sont en principe pas autorisés à présenter une offre. Pour des raisons liées à la proportionnalité, cela

s'applique toutefois uniquement si l'avantage concurrentiel qu'ils ont ainsi acquis ne peut être compensé par des moyens appropriés et si l'exclusion ne compromet pas la concurrence efficace entre les soumissionnaires (art. 14 al. 1 LMP/AIMP).

Pour l'exclusion d'une procédure, la **préimplication doit être qualifiée**, c'est-à-dire qu'elle doit atteindre une certaine gravité et avoir une certaine portée. La jurisprudence exige une participation du soumissionnaire concerné qui n'est pas seulement de nature secondaire. Cela peut par exemple être le cas si un soumissionnaire a effectué la planification ou le projet en vue d'un appel d'offres, s'il a préparé des études ou des avant-projets pour l'ensemble de la soumission et a ainsi effectué une analyse approfondie des circonstances à cette fin, ou s'il a lui-même préparé des parties essentielles ou l'ensemble du dossier d'appel d'offres.

S'il y a une préimplication qualifiée, un soumissionnaire peut ou respectivement doit **être exclu** si l'avantage concurrentiel ne peut être compensé (voir ci-dessous) et si l'exclusion ne compromet pas la concurrence effective entre les soumissionnaires. Ce danger existe en particulier s'il n'y a que quelques (deux ou trois) concurrents potentiels sur le marché concerné. On peut alors se demander si, dans ces

circonstances, l'un des concurrents peut être impliqué dans la préparation de la procédure sans que le principe d'égalité de traitement ne soit par principe violé.

Possibilités de compensation

Les avantages concurrentiels ne peuvent pas toujours être évités. L'art. 14 al. 2 LMP/AIMP cite les mesures au moyen desquelles pouvoirs adjudicateurs peuvent compenser les avantages concurrentiels d'un soumissionnaire préimpliqué et ainsi empêcher l'exclusion. Ces mesures peuvent être appliquées individuellement ou en combinaison.

Les moyens appropriés pour **compenser un avantage concurrentiel** sont en particulier :

- La transmission de toutes les indications essentielles concernant les travaux préalables ;
- La communication des noms des participants à la préparation du marché ;
- La prolongation des délais minimaux.

La **transmission d'informations essentielles** peut se faire de différentes manières. Peuvent notamment être mises à la disposition de tous les soumissionnaires intéressés, dans le cadre de l'appel d'offres, les études préliminaires, les analyses de projet ou la documentation des systèmes existants. Par exemple, si un soumissionnaire a une connaissance préalable des conditions et des locaux sur le site où le service doit être fourni, et que cette information est essentielle pour la préparation d'une offre, la «transmission» de cette information peut également avoir lieu à l'occasion d'une inspection des locaux pendant le délai de remise des offre.

Pas de préimplification automatique en cas d'étude de marché

Des études de marché peuvent être nécessaires pour la préparation d'une procédure d'adjudication afin de fournir au pouvoir adjudicateur les informations nécessaires à la préparation des documents d'appel d'offres et à la définition de l'objet de la prestation. Les RFI sont souvent des outils indispensables, en particulier dans le cas de marchés et d'achats nouveaux pour un pouvoir adjudicateur. Les études de marché peuvent être effectuées par l'adjudicateur lui-même ou par une partie tierce indépendante du cercle de soumissionnaires potentiels.

En vertu de l'art. 14 al. 3 LMP/AIMP, les études de marché sont expressément autorisées et ne donnent pas lieu à une préimplification contraire au droit des marchés publics, à condition que le pouvoir adjudicateur publie les résultats de l'étude de marché dans le dossier d'appel d'offres (voir ci-dessous). Cette réglementation crée une sécurité juridique pour les parties à la procédure. Contrairement à certaines réglementations cantonales parfois très restrictives et antérieures à la révision, elle garantit que les pouvoirs adjudicateurs puissent préparer un appel d'offres de manière appropriée et, si nécessaire, avec la participation des soumissionnaires potentiels.

Règles et limites pour les études de marché

Il n'existe pas de disposition légale sur la manière dont les études de marché doivent être correctement structurées en droit des marchés publics. Les études de marché peuvent prendre la forme de discussions exploratoires avec des soumissionnaires potentiels, de demandes écrites ou même être publiées sous forme d'avis préalables sur simap.ch. De manière générale, les principes du

droit des marchés publics, en particulier les principes d'égalité de traitement et de transparence, doivent être respectés. A cet égard, les règles de procédure du droit des marchés publics ont un effet sur la procédure informelle d'étude de marché qui précède la procédure formelle d'adjudication.

Le respect des principes susmentionnés peut impliquer qu'une RFI soit présentée comme telle auprès des soumissionnaires contactés et qu'elle soit clairement distinguée de la future adjudication. En termes de contenu, elle doit être limitée au strict nécessaire pour préparer le marché afin de ne donner à aucun soumissionnaire un avantage excessif en matière d'informations. Pour la même raison, il peut sembler judicieux (surtout sur les petits marchés) de contacter tous les soumissionnaires potentiels. Si plusieurs soumissionnaires sont contactés, l'échange doit se faire selon les mêmes modalités pour tous (mêmes formulaires, règles, questions, délais, etc.). Dans le cas d'un avis préalable (publié sur simap.ch), il convient de décrire le projet et d'indiquer les informations qui seront demandées aux soumissionnaires potentiels ainsi que le délai dans lequel celles-ci seront requises. Tous les contacts avec les soumissionnaires (en particulier les contacts oraux) doivent être documentés, respectivement enregistrés (en cas de conversations). Au surplus, le pouvoir adjudicateur doit s'abstenir de divulguer ses attentes en ce qui concerne le prix. Cette liste n'est pas exhaustive. Les mesures à mettre en œuvre sont à définir en fonction des circonstances concrètes (objet et profondeur de la RFI, marché et situation concurrentielle, etc.).

En ce qui concerne une éventuelle préimplification, la loi prescrit désormais que les **résultats d'une étude de marché** doivent être divulgués dans le dossier d'appel d'offres, afin que tous les soumissionnaires potentiels disposent

du même niveau d'informations. Suivant la pertinence et le niveau de détail des informations, une brève information peut suffire ou au contraire tous les documents relatifs à l'étude de marché doivent être mis à disposition. De plus, il faut s'assurer que les intérêts légitimes liés à la confidentialité des entreprises concernées ne soient pas violés et que les accords entre soumissionnaires ne soient pas rendus possibles ou simplifiés. À ce titre, les résultats d'étude de marché peuvent être résumés ou rendus anonymes si nécessaire.

Dans l'hypothèse d'une éventuelle préimplification de **tiers mandatés** pour une étude de marché, les règles générales sont applicables en ce qui concerne l'intensité de la préimplification et les éventuelles mesures compensatoires.

Conclusion

Une étude de marché peut servir à préparer une procédure d'adjudication. Le pouvoir adjudicateur obtient grâce à cette étude les informations nécessaires afin de pouvoir définir judicieusement l'objet du marché public ou de préparer le dossier d'appel d'offres. Les études de marché sont fréquemment utilisées dans la pratique. Désormais, depuis le 1^{er} janvier 2021, il existe une base légale qui prescrit qu'une étude de marché ne conduit en principe pas à une préimplification du soumissionnaire contacté.

Cela suppose toutefois que les principes d'égalité de traitement et de transparence soient respectés. On peut en déduire plusieurs règles, qui diffèrent en fonction de la situation concrète. Par exemple, dans certaines

circonstances, il convient de ne pas contacter un seul soumissionnaire et/ou de publier une RFI sur simap.ch. De plus, la loi prescrit désormais expressément que les résultats des études de marché doivent être publiés dans le dossier d'appel d'offres. En principe, il faut divulguer autant d'informations que nécessaire afin que les soumissionnaires disposent tous du même niveau d'informations.

Adjudications News vous informe des développements récents et des questions importantes dans le domaine du droit suisse des marchés publics. Les informations et commentaires qu'il contient ne sont pas constitutifs d'un conseil juridique et les opinions exprimées ne doivent pas être utilisées pour agir sans un conseil juridique préalable.

Sur le site www.adjudications.ch, vous trouverez une introduction et des informations complémentaires sur le droit suisse des marchés publics, en particulier des liens utiles vers les différentes sources juridiques, ainsi que des publications.

© Walder Wyss AG, Zürich, 2021

Contact



Thomas P. Müller

Associé, Zurich

Téléphone +41 58 658 55 04

thomas.p.mueller@walderwyss.com



Hans Rudolf Trüeb

Associé, Zurich

Téléphone +41 58 658 55 88

hansrudolf.trueb@walderwyss.com



Ramona Wyss

Associée, Zurich

Téléphone +41 58 658 52 44

ramona.wyss@walderwyss.com



Daniel Zimmerli

Counsel, Zurich

Téléphone +41 58 658 55 33

daniel.zimmerli@walderwyss.com



Pandora Kunz-Notter

Managing Associate, Berne

Téléphone +41 58 658 29 30

pandora.kunz@walderwyss.com



Martin Zobl

Managing Associate, Zurich

Téléphone +41 58 658 55 35

martin.zobl@walderwyss.com



Hugh Reeves

Managing Associate, Lausanne

Téléphone +41 58 658 52 73

hugh.reeves@walderwyss.com



Regula Fellner

Senior Associate, Zurich

Téléphone +41 58 658 51 98

regula.fellner@walderwyss.com



Lena Götzinger

Associate, Zurich

Téléphone +41 58 658 56 63

lena.goetzinger@walderwyss.com



Flora Reber

Associate, Zurich

Téléphone +41 58 658 58 24

flora.reber@walderwyss.com



Florian Roth

Associate, Zurich

Téléphone +41 58 658 55 79

florian.roth@walderwyss.com