

Adjudications News n°

37

Le thème de la **PRÉIMPLICATION** soulève également des questions dans le cadre du droit révisé des marchés publics. Les soumissionnaires risquent-ils d'être exclus de l'appel d'offres s'ils participent aux travaux préparatoires ? Quelles mesures le pouvoir adjudicateur doit-il prendre afin de garantir l'égalité de traitement des soumissionnaires ? Ce qui est certain, c'est que toute participation à la préparation de l'appel d'offres n'entraîne pas forcément l'exclusion de la procédure.



Par **Lena Götzinger**

Avocate (Association du Barreau Frankfurt am Main)

Senior Associate

Téléphone +41 58 658 56 63

lena.goetzinger@walderwyss.com



et **Lucina Herzog**

LL.M., Avocate (association du barreau Frankfurt am Main)

Associate

Téléphone +41 58 658 56 15

lucina.herzog@walderwyss.com



Traduction par **Sarah O'Donnell**

Trainee Lawyer

Téléphone +41 58 658 84 26

sarah.odonnell@walderwyss.com

La préimplification selon le droit révisé des marchés publics

Les soumissionnaires préimpliqués ont une proximité particulière avec l'objet du marché. Leur participation à l'appel d'offres n'est donc autorisée qu'à certaines conditions. Les dispositions introduites dans le droit révisé des marchés publics codifient en grande partie la jurisprudence actuelle.

Lorsqu'ils organisent un appel d'offres pour des prestations complexes, il n'est pas rare que les pouvoirs adjudicateurs fassent appel à l'expertise d'entreprises privées du secteur concerné. Si une entreprise impliquée dans la préparation de l'appel d'offres y participe elle-même par la suite, il existe un risque de conflit d'intérêts et de distorsion de la concurrence. En particulier, on ne peut pas exclure que l'entreprise préimpliquée adapte l'appel d'offres aux compétences où elle est la plus forte ou qu'elle acquière au moins une avance en termes de connaissances des attentes par rapport à ses concurrentes. Les éventuels avantages concurrentiels découlant de la participation à la préparation d'appel d'offres sont contraires au principe de l'égalité de traitement des soumissionnaires (art. 2 let. c LMP/ AIMP). Les adjudicateurs qui souhaitent associer des entreprises externes à la préparation de l'appel d'offres doivent donc respecter certaines règles du jeu concernant leur participation.

Lignes directrices

Selon la jurisprudence du Tribunal fédéral¹, il y a préimplification lorsqu'un soumissionnaire a participé à la préparation d'une procédure de soumission, que ce soit en rédigeant les bases du projet, en élaborant les documents d'appel d'offres ou en informant le pouvoir adjudicateur de

certaines spécifications techniques de l'objet du marché. Sont prises en compte aussi bien la propre participation à la préparation de l'appel d'offres (préimplification directe) que la participation d'une personne suffisamment proche du soumissionnaire (préimplification indirecte).

Si la participation est suffisamment importante et que les avantages concurrentiels qui en résultent ne peuvent pas être compensés par des moyens appropriés, le soumissionnaire préimpliqué doit être exclu de la procédure, pour autant que cette exclusion ne compromette pas la concurrence efficace entre les soumissionnaires restants (art. 14 al. 1 LMP/AIMP et art. 44 al. 1 let. i LMP/AIMP). L'art. 14 al. 2 LMP/AIMP contient une énumération exemplative de moyens appropriés de compensation. Le contenu des dispositions mentionnées correspond à l'art. 21a al. 1 et 2 aOMP et codifie la jurisprudence actuelle en matière de préimplification.

L'art. 14 al. 3 LMP/AIMP contient une nouvelle disposition relative à l'études de marché, afin de répondre au besoin de sécurité juridique des adjudicateurs. Selon cette norme, une étude de marché n'entraîne pas automatiquement une préimplification illicite, dans la mesure où les résultats sont mis à disposition avec les documents d'appel d'offres².

¹ TF, 2P.164/2004 du 25 janvier 2005 consid. 3.1. ; cf. aussi TAF, B-1185/2020 du 1er décembre 2020 consid. 6.4 et références citées.

² Message LMP, FF 2017, 1919. D'autres exigences peuvent découler du principe d'égalité de traitement et de transparence, cf. Zobl / Kunz-Notter, Adjudication News No 30. Les études de marché n'entraînent aucune préimplification, juin 2021.

Contribution qui n'est pas déterminante en droit des marchés publics

Toute contribution à la préparation d'un appel d'offres ou tout avantage en termes de connaissances ne conduit pas d'office à une préimplication déterminante sous l'angle du droit des marchés publics.

Si l'ancien ou le précédent prestataire/ adjudicataire participe à l'appel d'offres, il dispose forcément de connaissances préalables³. Ces connaissances, qui ne proviennent pas de la procédure de soumission mais de l'activité antérieure du soumissionnaire, n'est pas contestable du point de vue du droit des marchés publics. Il serait en effet contraire au principe de l'égalité de traitement d'exclure un soumissionnaire de toutes futures soumissions sur la seule base d'une prestation antérieure⁴. Ainsi, à titre d'exemples, lors de l'extension d'un bâtiment hospitalier, le constructeur initial est également admis à soumissionner, et de même, pour un appel d'offres concernant un mandat de longue durée, le prestataire initial ne doit pas être exclu en raison de sa préimplication⁵. Si un concurrent se prévaut de connaissances spécifiques acquises lors de l'exécution de mandats antérieurs (p. ex. connaissance de l'objet et du lieu), les conditions de la préimplication ne sont pas non plus remplies et une exclusion n'a pas à être prise en compte⁶. Dans ce cas, les autres soumissionnaires peuvent uniquement exiger que les connaissances acquises dans le cadre du précédent marché leur soient rendues accessibles, du point de vue de l'égalité des chances⁷.

Le fait que l'adjudicataire ait développé une base de données dans le cadre d'un projet antérieur et que l'objet du marché nécessite une interface avec cette base

de données, ne justifie pas en soi une exclusion selon le Tribunal administratif fédéral⁸. En effet, dans le cas d'espèce, l'interface constituait certes une configuration du système, mais pas un élément clé du projet d'acquisition, et personne, pas même l'adjudicataire, ne connaissait la configuration exacte de la base de données.

En revanche, si un soumissionnaire participe à la préparation des documents d'appel d'offres, la délimitation entre une préimplication et une participation secondaire non pertinente sous l'angle du droit des marchés publics peut s'avérer difficile. Selon le Tribunal fédéral, il n'y a pas seulement participation secondaire, mais préimplication, lorsqu'un soumissionnaire a été chargé de la planification ou de l'élaboration d'un projet de construction, lorsqu'il réalise des études ou des avant-projets pour l'ensemble de la soumission et qu'il étudie à cet effet de manière approfondie les conditions concrètes, ou lorsqu'il a élaboré l'ensemble des documents d'appel d'offres ou des parties importantes de ceux-ci⁹. Ainsi, le Tribunal administratif fédéral est arrivé à la conclusion qu'il y avait une participation qui n'était pas seulement secondaire lorsqu'un soumissionnaire avait élaboré lui-même, dans le cadre d'un avant-projet, un élément essentiel de l'appel d'offres, soit le cahier des charges, pour lequel il a ensuite soumissionné¹⁰. Le point de vue du Tribunal administratif du canton de Zurich selon lequel l'exécution d'une seule étape d'un projet global constitue en principe un mandat indépendant, qui n'entraînerait généralement pas de préimplication du bénéficiaire de l'adjudication pour des étapes à exécuter ultérieurement¹¹, semble en revanche un peu trop généreuse. Il convient plutôt d'examiner

au cas par cas si la participation en question entraîne une préimplication au sens de l'art. 14 al. 1 AIMP 2019.

Un avantage concurrentiel illicite comme condition de la préimplication

Au-delà de la participation, une préimplication suppose toujours qu'elle procure au soumissionnaire concerné un avantage concurrentiel causal et non négligeable¹². On peut supposer qu'il y a un avantage concurrentiel lorsque le soumissionnaire connaissait déjà les détails de la prestation à adjudger quelques mois avant la publication de l'appel d'offres et qu'il a donc la possibilité de se pencher de manière anticipée (avant tous les autres soumissionnaires) sur le calcul ainsi que sur l'utilisation des ressources nécessaires et d'entamer les planifications correspondantes¹³. En revanche, la simple apparence d'un avantage ne suffit pas¹⁴.

En cas de litige, la question de savoir à qui incombe le fardeau de la preuve lors de l'allégation d'un avantage concurrentiel n'est pas entièrement tranchée. Le Tribunal fédéral considère que la charge de la preuve incombe à la concurrente qui espère avoir de meilleures chances d'obtenir l'adjudication en excluant le soumissionnaire préimpliqué¹⁵. En revanche, le Tribunal administratif fédéral part d'une présomption légale d'avantage concurrentiel en cas de préimplication prouvée. Selon le Tribunal administratif fédéral, la preuve qu'il n'en résulte pas un tel avantage incombe, suivant les circonstances du cas d'espèce, au pouvoir adjudicateur ou au soumissionnaire préimpliqué, mais en aucun cas au soumissionnaire évincé¹⁶.

³ Arrêt du Tribunal administratif de Zurich, VB.2009.00151 du 7 octobre 2009 consid. 2.3 et références citées.

⁴ Message LMP, FF 2017, 1918 ; TAF, arrêt B-4621/2008 du 6 octobre 2008 consid. 5.5.

⁵ Arrêt du Tribunal administratif de Zurich, VB.2009.00151 du 7 octobre 2009 consid. 2.3 et références citées.

⁶ Ainsi récemment dans l'arrêt du TAF B-1714/2022 du 19 septembre 2023 consid. 9.5 s.

⁷ Message LMP, FF 2017, 1918 ; TAF, arrêt B-4621/2008 du 6 octobre 2008 consid. 5.5.

⁸ TAF, arrêt B-1185/2020 du 1er décembre 2020 consid. 6.8.2

⁹ HÄNER, in : Trüeb (édit.), Handkommentar zum Schweizerischen Beschaffungsrecht, Zurich/Bâle/Genève 2020, art. 14 n. 6 ; TF, 2P.164/2004 du 25 janvier 2005 consid. 3.3.

¹⁰ TAF, arrêt B-3013/2012 du 31 août 2012 consid. 8.4.2.

¹¹ Arrêt du Tribunal administratif de Zurich, VB.2009.00151 du 7 octobre 2009 consid. 2.3.

¹² TF, 2P.164/2004 du 25 janvier 2005 consid. 3.2.

¹³ TAF, arrêt B-3013/2012 du 31 août 2012 consid. 9.4.

¹⁴ Le Tribunal fédéral a qualifié d'arbitraire cette manière d'évaluer la présomption (arrêt 2P.164-2004 du 25 janvier 2005 consid. 5.7.2 ff).

¹⁵ TF, op. cit., consid. 5.7.3 ; ainsi que la jurisprudence constante du Tribunal administratif de Zurich, arrêt VB.2022.00554 du 30 novembre 2022 consid. 4.2.3 et références citées.

¹⁶ Cf. par exemple TAF, arrêt A-7149/2018 du 23 avril 2021 consid. 8.2.11 ; arrêt B-7062/2017 du 22 août 2019 consid. 4.5.

Il est étonnant que le Tribunal administratif fédéral se réfère ici à la jurisprudence du Tribunal fédéral, qui ne soutient pourtant pas le même point de vue.

Exclusion vs. mesures compensatoires

Certains avantages concurrentiels ne peuvent pas être compensés en raison de l'intensité de la préimplification. En particulier, l'élaboration du cahier des charges conduit régulièrement à ce que le soumissionnaire préimpliqué ne puisse plus présenter d'offre¹⁷. Dans les autres cas, il appartient au pouvoir adjudicateur de décider si, dans la situation concrète, suffisamment de temps et de moyens pour compenser l'avantage concurrentiel résultant de la préimplification sont mis à disposition des autres soumissionnaires¹⁸. Si le pouvoir adjudicateur décide de ne pas prendre de mesures compensatoires ou ne parvient pas à le faire, le soumissionnaire préimpliqué doit être exclu de la procédure d'adjudication.

L'art. 14 al. 2 LMP/AIMP contient une liste non exhaustive de moyens appropriés pour compenser les avantages concurrentiels. Le moyen choisi pour compenser les avantages dus aux asymétries d'information est la transmission de toutes les indications essentielles concernant les travaux préalables (let. a). Elle a pour but de mettre tous les soumissionnaires sur un pied d'égalité¹⁹. Comme autre moyen de compenser les avantages concurrentiels, la loi prévoit une prolongation des délais minimaux (let. c). En outre, le délai d'exécution ne doit pas être trop court²⁰. Dans le cas contraire, l'avantage concurrentiel du soumissionnaire qui connaît mieux l'objet de l'appel d'offres existe. En revanche, la publication des participants à la préparation (let. b) n'est pas une mesure compensatoire, mais

une condition de base découlant du principe de transparence pour la participation des soumissionnaires privés à la préparation de l'appel d'offres²¹.

Le reste de l'appel d'offres doit également être jugé à l'aune du principe d'égalité de traitement. Il serait par exemple inadmissible de tenir compte d'une date de disponibilité anticipée avec un bonus (financier) ou comme un critère d'adjudication propre, puisque l'avantage en matière d'information du soumissionnaire préimpliqué existerait²².

Aspects procéduraux : obligation de formuler un grief

Du point de vue des soumissionnaires, le grief de préimplification s'épuise s'il n'est pas formulé en temps utile. Si la préimplification ressort de l'appel d'offres ou des documents d'appel d'offres pour un soumissionnaire informé et avec un peu d'attention, l'appel d'offres doit déjà être contesté. Si, dans cette situation, c'est seulement l'adjudication qui est contestée au motif de la préimplification, le grief s'épuise en raison de l'art. 53 al. 2 LMP/AIMP. Le Tribunal administratif fédéral a confirmé la perte du grief dans le cas où le pouvoir adjudicateur mentionne dans l'appel d'offres qu'un soumissionnaire préimpliqué est admis à la procédure d'adjudication. La recourante, qui a laissé l'appel d'offres entrer en force sans le contester et qui n'a fait recours que contre l'adjudication est forclosée²³. Il en va autrement lorsque la préimplification était cachée dans les documents d'appel d'offres ou n'y figurait pas du tout. Dans ce cas, le grief de préimplification ou la demande d'exclusion (art. 44 al. 1 let. i LMP/AIMP) peut encore

être invoqué dans le recours contre l'adjudication.

Dans certaines situations limites, par exemple lorsque l'appel d'offres contient des indications sur une éventuelle préimplification, mais que les mesures compensatoires ou l'exclusion de l'entreprise éventuellement préimpliquée ne sont pas évidentes, le soumissionnaire devrait demander des éclaircissements auprès du pouvoir adjudicateur. Dans le cas contraire et conformément au principe de la bonne foi, le soumissionnaire risque de perdre le droit de soulever le grief s'il ne le formule que dans un deuxième temps. Si la réponse du pouvoir adjudicateur révèle une préimplification illicite, par exemple parce que le soumissionnaire préimpliqué est autorisé à participer à la procédure d'adjudication sans mesure compensatoire, le soumissionnaire concerné devrait déjà contester l'appel d'offres. Il ne faut pas oublier de requérir l'effet suspensif puisque le recours n'a pas d'office effet suspensif (art. 54 al. 1 LMP/AIMP).

Conclusion et conseils pratiques

En pratique, les soumissionnaires évincés invoquent souvent le grief de la préimplification. Cela a conduit les tribunaux à se pencher ces dernières années intensément sur la question de la préimplification, ce qui a abouti au fait que les contours matériels de cet état de fait sont devenus plus clairs déjà depuis un arrêt de principe du Tribunal fédéral, en 2004. La sécurité juridique ainsi acquise est à saluer, dans la mesure où les pouvoirs adjudicateurs comptent sur l'expertise des soumissionnaires pour réussir leurs marchés, surtout lorsqu'il s'agit de questions techniques complexes. En revanche, la question du fardeau de la preuve demeure peu claire.

En cas d'indices de préimplification, les soumissionnaires sont avisés de la dénoncer immédiatement au pouvoir adjudicateur et de contester l'appel

¹⁷ TAF, arrêt B-7062/2017 du 16 février 2018 consid. 10.4 ; cf. Galli/Moser/Lang/Steiner, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, 3^e éd. 2013, n. 1048.

¹⁸ Message LMP, FF 2017, 1917.

¹⁹ Message LMP, FF 2017, 1918.

²⁰ Arrêt du Tribunal administratif de Zurich, VB.2009.00151 du 7 octobre 2009 consid. 4.2.

²¹ TAF, arrêt B-1172/2011 du 31 mars 2011 consid. 5.

²² Arrêt du Tribunal administratif de Zurich, VB.2009.00151 du 7 octobre 2009 consid. 4.2.

²³ TAF, arrêt B-5124/2021 du 7 juillet 2022 consid. 11.2. Il en va encore autrement pour le TAF dans un cas comparable - la préimplification résultait ici également de l'appel d'offres - sous l'ancien droit des marchés publics, où il a admis le grief de préimplification dans le recours contre l'adjudication, car la recourante avait appris la participation du soumissionnaire préimpliqué uniquement à l'occasion du débriefing (TAF, arrêt B-3804/2020 du 18 janvier 2021 consid. 3.3.).

d'offres. Si la préimplification ne se révèle qu'en cours de procédure, elle peut et doit être dénoncée au plus tard lors du recours contre la décision d'adjudication.

Le pouvoir adjudicateur doit prévoir suffisamment de temps pour prendre les mesures compensatoires appropriées. Il est recommandé de prolonger les délais minimaux et de fixer le début des prestations suffisamment en avance. En outre, il convient de convenir contractuellement avec le soumissionnaire préimpliqué que les résultats des travaux peuvent être partagés avec les concurrents.

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, Zurich, 2024

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



Martin Zobl

Associé, Zurich

Téléphone +41 58 658 55 35

martin.zobl@walderwyss.com



Daniel Zimmerli

Counsel, Zurich

Téléphone +41 58 658 55 33

daniel.zimmerli@walderwyss.com



Hugh Reeves

Managing Associate, Lausanne

Téléphone +41 58 658 52 73

hugh.reeves@walderwyss.com



Lena Götzinger

Associate, Zurich

Téléphone +41 58 658 56 63

lena.goetzinger@walderwyss.com



Florian Roth

Senior Associate, Zurich

Téléphone +41 58 658 55 79

florian.roth@walderwyss.com



Lucina Herzog

Associate, Zürich

Téléphone +41 58 658 56 15

lucina.herzog@walderwyss.com



Matthieu Seydoux

Associate, Lausanne

Téléphone +41 58 658 83 58

matthieu.seydoux@walderwyss.com



Felix Tuchs Schmid

Associate, Zurich

Téléphone +41 58 658 56 16

felix.tuchs Schmid@walderwyss.com