



APERÇU DES NOUVEAUTÉS EN DROIT DES MARCHÉS PUBLICS (PARTIE II)

Séance d'information sur les marchés
publics du 28 novembre 2025

Johanna DUBOIS

Thématiques abordées

1. Les conditions d'adjudication : les critères d'aptitude et les critères d'adjudication
2. Le processus d'adjudication des offres
 - L'ouverture des offres (art. 37 AIMP)
 - L'examen des offres : l'offre anormalement basse (art. 38 AIMP)
 - La rectification (éventuelle) des offres (art. 39 AIMP)
 - L'évaluation des offres (art. 40 AIMP)
 - L'adjudication (art. 41 AIMP)
3. L'interruption et l'exclusion de la procédure
 - Les motifs d'interruption (art. 43 AIMP)
 - Les motifs d'exclusion (art. 44 AIMP)
 - Sanctions ? (art. 45 AIMP)
4. Vos questions

Les conditions d'adjudication : les critères d'aptitude et les critères d'adjudication

Trois niveaux :

1. Conditions de participation : respect des obligations légales (paiement des impôts, salaires, cotisations sociales ...)
2. Critères d'aptitude : capacité du soumissionnaire à exécuter le marché
3. Critères d'adjudication : rapport qualité-prix de la prestation proposée

Les critères d'aptitude (art. 27 AIMP)

- Capacité des soumissionnaires : **professionnelle, financière, technique, économique, organisationnelle, expérience ...**
Par exemple: les références, l'expérience acquise lors de travaux analogues, la qualification des cadres ...
- Doivent désormais être **essentiels** ou **cruciaux** pour l'exécution du marché pour être considérés comme objectivement nécessaires (TF, arrêt 2C_587/2023 du 30 janvier 2025, consid. 6.6.3)
 - ✗ plus suffisant que les critères d'aptitude soient objectifs et vérifiables
- ✗ pondérés, ni compensables :
 - ➡ Notation (suffisant ou insuffisant)
 - ➡ Si insuffisant : **exclusion** du soumissionnaire

Les nouvelles règles sur les références

❌ obtention d'un ou plusieurs marché(s) public(s) : références d'entités publiques.

✅ Les contrats privés doivent donc être pris en compte

Buts ? ➡ éviter une restriction de la concurrence, garantir la transparence et la non-discrimination

Plus de critère obligatoire du type « expérience de la collaboration avec l'administration publique exigée »

Les critères d'adjudication (art. 29 AIMP)

- Liste non exhaustive à l'article 29 AIMP.
- liés à la prestation : rapport qualité-prix des offres.
 - ➡ **offre la plus avantageuse** vs offre économiquement la plus avantageuse.
- La qualité = **critère obligatoire** au même titre que le prix.
- Critères et sous-critères **pondérés**, généralement selon un pourcentage, en fonction de leur importance pour l'adjudicateur.
- Les critères et les sous-critères, ainsi que leur pondération doivent être clairement **annoncés** dans l'AO et **ne peuvent plus être modifiés** en cours de procédure.
- **Exception** : les marchés de prestations largement standardisées.

Les critères d'adjudication : le prix

- La pondération du critère du prix dépend de la complexité du marché :
 - 20 % au minimum pour les marchés complexes
 - 80 % au maximum

Exemple de pondération du prix pour un marché de fourniture simple

- ☐ Prix : max. : 70 %
- ☐ Organisation : 0 %
- ☐ Qualité technique : 30 % (2 éléments d'appréciation maximum)

La plausibilité de l'offre comme critère d'adjudication


- Nouveau critère d'adjudication portant sur **la qualité** : la plausibilité de l'offre.

Exemple pour un marché de construction :

Critère d'adjudication portant sur la qualité	Sous-critères	Éléments de preuve possibles pour l'évaluation
Plausibilité de l'offre	Plausibilité des diverses composantes de l'offre	Contrôle de la plausibilité des diverses composantes (telles que l'organisation du projet, le calendrier, le nombre d'heures, etc.)
	Plausibilité des diverses composantes de l'offre l'une envers l'autre	Comparaison de diverses composantes de l'offre (p.ex. cohérence entre le parc de machines planifié et le personnel prévu, entre le parc de machines et le calendrier, entre le personnel et le calendrier, etc.)

- **Conséquence ?** L'offre peut être pénalisée si un soumissionnaire sous-estime fortement l'importance ou la difficulté de la prestation (marchés complexes).
- Doit être évaluée séparément du critère du prix. Autrement dit, la note attribuée au prix ne peut pas être réduite pour un motif de plausibilité de l'offre.

Critères d'adjudication non admis : étrangers ou discriminatoires

-  objectifs de politique régionale, fiscale ou structurelle
- Exemples de critères pouvant être discriminants :
 - **chiffre d'affaire annuel minimal d'une entreprise**
 - **délai d'intervention particulièrement court** si la nature et l'importance du marché ne le justifient pas

- **Exceptions** : les critères étrangers reposent sur une base légale


En droit cantonal neuchâtelois : le pouvoir adjudicateur est encouragé à prendre en compte le critère de la **formation professionnelle** (art. 8, al. 2 LCMP-NE).

Le processus d'adjudication des offres (art. 37 AIMP)

Rappel des différentes étapes :

- 1) L'ouverture des offres (art. 37 AIMP, art. 10 RELCMP-NE)
- 2) L'examen des offres (art. 38 AIMP)
- 3) La rectification éventuelle des offres (art. 39 AIMP)
- 4) L'évaluation des offres (art. 40 AIMP)
- 5) L'adjudication (art. 41 AIMP)

1) L'ouverture des offres (art. 37 AIMP, art. 10 RELCMP-NE)

- procédures ouvertes, sélectives ou sur invitation : procès-verbal d'ouverture
-  pas d'examen du contenu des offres
- Vérifications strictement formelles : délai de remise
- ni examen formel, ni rectification des offres, sauf en cas d'enveloppes ouvertes et d'absence de mention de l'expéditeur sur l'enveloppe.
- peut être publique.
- Le nouveau droit : sur demande, le procès-verbal d'ouverture **non anonymisé** est mis à disposition des soumissionnaires au plus tard après l'adjudication.
- Le droit cantonal conserve la possibilité vue sous l'ancien droit de communiquer le procès-verbal caviardé aux soumissionnaires, avant l'adjudication (art. 10 RELCMP-NE).

Exemple d'un procès-verbal d'ouverture pour un marché de constructions

Procès-verbal d'ouverture des offres

Numéro du contrat:		Procédure ouverte
Délai de dépôt:		
Date de l'ouverture des offres:		Exemplaire/copie
Représentants du maître de l'ouvrage:	Secrétariat:	
Objet:		
Lieu:		
Genre de travaux:		

[illegible]


Lieu /		
Représentants du maître de l'ouvrage	Secrétariat	

Contenu du procès-verbal d'ouverture :

- Les noms des personnes présentes
- Les noms des soumissionnaires (et des sous-traitants éventuels)
- La date (et l'heure) de remise des offre
- Le prix total de chaque offre ainsi que des éventuelles variantes

2) L'examen des offres : l'offre anormalement basse (art. 38 AIMP)

- ⚠ offre 30 % inférieure à la moyenne : doit être vérifiée → obligation.
- explications du soumissionnaire.

Buts  conditions de participation exigences de l'appel d'offre comprises

- ✓ **Les doutes sont exclus : pas d'exclusion de la procédure.** Néanmoins, l'offre peut être moins bien évaluée sur la base du critère d'adjudication de la plausibilité de l'offre.
- ✗ **Les doutes persistent : exclusion de la procédure.**

Dans tous les cas, une offre anormalement basse est interdite si elle enfreint le droit de la concurrence (LCart et LCD notamment).

3) La rectification (éventuelle) des offres (art. 39 AIMP)


- Pratique désormais codifiée :

🔧 Les offres peuvent être **rectifiées** pour être **comparables**, **modifier ou réduire les prestations (dans une certaine mesure)** ou **clarifier l'objet du marché**.

Par exemple : le changement de conditions-cadres d'un point de vue temporel, financier ou suite à une évolution des besoins (quantités, qualité, exigences techniques), la correction d'erreurs ou de défauts dans les offres (absence de signature sur un formulaire, p. ex.), ainsi que la fourniture subséquente d'informations ou de documents par les soumissionnaires.

- Toute modification doit être justifiée et documentée dans un procès-verbal.
- ⚠ Les critères et leur pondération ne peuvent plus être changés.
- La rectification des offres doit respecter les principes de proportionnalité et d'équité.

4) L'évaluation des offres (art. 40 AIMP)

- **marché complexe** : examen des offres souvent chronophage.
 - Procédure en deux temps : alternative à la procédure sélective.
 - première évaluation : sert à écarter un certain nombre d'offres pour limiter l'examen de détail **aux trois offres qui semblent être les meilleures** sur la base des documents de soumission.
 - deuxième évaluation détaillée et réservée aux offres retenues.
-  Par souci de transparence, il est recommandé d'annoncer dans l'appel d'offre le recours à cette procédure d'évaluation en deux temps.

5) L'adjudication (art. 41 AIMP)

- Le marché est adjugé au soumissionnaire ayant présenté **l'offre la plus avantageuse** : l'offre qui a obtenu le nombre de points le plus élevé après addition de tous les critères pondérés.



L'interruption de la procédure (art. 43 AIMP)

¹ L'adjudicateur peut interrompre la procédure d'adjudication en particulier dans les cas suivants:

- a il renonce, pour des motifs suffisants, à adjuger le marché public; (...)
- d les offres présentées ne permettent pas une acquisition économique ou dépassent nettement le budget;
- e il existe des indices suffisants d'un accord illicite affectant la concurrence entre les soumissionnaires; (...)

² En cas d'interruption justifiée de la procédure, les soumissionnaires n'ont pas droit à une indemnisation.

- ✓ En vertu du nouveau droit, l'adjudicateur peut aussi interrompre la procédure lorsque les offres présentées dépassent le budget ou lorsqu'il n'a plus l'intention de réaliser le projet à l'origine de la procédure.

Par exemples :

- une prestation est mise au concours sous réserve de l'octroi d'un crédit, qui n'est finalement pas accordé.
 - L'adjudicateur décide d'exécuter la prestation lui-même («inhouse»).
-
- L'adjudicateur doit indiquer dans sa décision **pour quelles raisons objectives** il interrompt la procédure.

L'exclusion de la procédure (art. 44 AIMP)

- ✓ Introduction de **nouveaux motifs d'exclusion** de la procédure/de révocation de l'adjudication concernant un soumissionnaire ou un sous-traitant :

¹ L'adjudicateur peut exclure un soumissionnaire de la procédure d'adjudication, le radier d'une liste ou révoquer une adjudication s'il est constaté que le soumissionnaire, un de ses organes, un tiers auquel il fait appel ou un organe de ce dernier:

- a ne remplit pas ou plus les conditions de participation à la procédure d'adjudication ou a un comportement qui compromet la conformité de cette dernière aux dispositions légales;
- b remet une offre ou une demande de participation qui est entachée d'importants vices de forme ou qui s'écarte de manière importante des exigences fixées dans l'appel d'offres;

- Alinéa 1 : les faits énumérés sont **exhaustifs** et doivent être **prouvés** pour motiver une exclusion de la procédure.
- Lettre b : les non-conformités mineures avec des critères obligatoires ne doivent plus nécessairement entraîner l'exclusion de la procédure.

Par exemple : un appareil qui reste utilisable, même s'il ne remplit pas l'un des 75 critères techniques (TF, 2C_698/2019, consid. 5.3).

- Les non-conformités d'une certaine gravité doivent toujours entraîner l'exclusion ou la révocation, si proportionné et ne relève pas d'un formalisme excessif.

L'exclusion de la procédure (art. 44 AIMP)

- c a fait l'objet d'une condamnation entrée en force pour un délit commis au détriment de l'adjudicateur en cause ou pour un crime;
- d fait l'objet d'une procédure de saisie ou de faillite;
- e a enfreint les dispositions relatives à la lutte contre la corruption;
- f refuse de se soumettre aux contrôles qui ont été ordonnés;

- Lettre c : cet alinéa fait référence non seulement aux délits et infractions du Code pénal, mais aussi aux infractions contre des lois spéciales, comme la législation en matière de protection de l'environnement, de fiscalité et de construction.
- Lettre d : il suffit désormais, pour motiver une exclusion, qu'une procédure soit en cours, c'est-à-dire qu'une commutation de faillite ait été prononcée, et il n'est plus nécessaire que la faillite ait été ouverte. Des poursuites ne sont pas suffisantes, mais des poursuites entreprises pour défaut de paiement des salaires, des impôts ou des cotisations sociales peuvent être un **indice** de l'existence de motifs d'exclusion.
- Lettre e : De fortes présomptions, fondées par exemple sur l'ouverture d'une enquête par les autorités d'instruction pénale, suffisent.
- Lettre f : les contrôles peuvent être ordonnés et effectués par l'adjudicateur, par d'autres autorités ou par des organes paritaires : devoir de coopération.

L'exclusion de la procédure (art. 44 AIMP)

- g ne paie pas les impôts ou les cotisations sociales exigibles;
- h n'a pas exécuté correctement des marchés publics antérieurs ou s'est révélé d'une autre manière ne pas être un partenaire fiable;
- i a participé à la préparation du marché, sans que le désavantage concurrentiel qui en découle pour les autres soumissionnaires puisse être compensé par des moyens appropriés;
- j a fait l'objet, en vertu de l'article 45, alinéa 1, d'une exclusion des futurs marchés publics entrée en force.

- Lettre h : les expériences négatives (exécution du marché, fiabilité) avec un soumissionnaire dans le cadre d'un marché antérieur sont désormais un motif d'exclusion valable. Les faits doivent être **objectifs** et **graves**.
- Des défauts ou des manquements mineurs lors de l'exécution de marchés antérieurs ne justifient pas une exclusion.

L'exclusion de la procédure (art. 44 AIMP)

² L'adjudicateur peut également prendre les mesures mentionnées à l'alinéa 1 lorsque des indices suffisants laissent penser en particulier que le soumissionnaire, un de ses organes, un tiers auquel il fait appel ou un organe de ce dernier:

- a a fourni à l'adjudicateur des indications fausses ou trompeuses;
- b a conclu un accord illicite affectant la concurrence;
- c remet une offre anormalement basse, sans prouver, après y avoir été invité, qu'il remplit les conditions de participation, et ne donne aucune garantie que les prestations faisant l'objet du marché à adjuger seront exécutées conformément au contrat;
- d a enfreint les règles professionnelles reconnues ou porté atteinte à son honneur ou à son intégrité professionnels par ses agissements ou omission;

- L'alinéa 2 contient une liste non exhaustive de circonstances qui appellent des mesures dès que l'on dispose d'indices suffisants. Il n'est donc pas nécessaire que ces faits soient prouvés. Un simple soupçon ne suffit pas pour entraîner une exclusion.
- Par exemple : en cas de soupçons sérieux concernant un accord illicite affectant la concurrence, il n'est pas possible d'attendre que la COMCO ait terminé son enquête pour exclure les soumissionnaires concernés; lourds soupçons d'insolvabilité ou de violation des conditions de participation.

 **Le principe de proportionnalité et l'interdiction du formalisme excessif** doivent être respectés quel que soit le motif d'exclusion.

L'exclusion de la procédure (art. 44 AIMP)


e est insolvable;

f ne respecte pas les dispositions relatives à la protection des travailleurs, les conditions de travail, les dispositions relatives à l'égalité de traitement salarial entre femmes et hommes, les dispositions relatives à la confidentialité, les dispositions du droit suisse en matière d'environnement ou les conventions internationales relatives à la protection de l'environnement déterminées par le Conseil fédéral;

g a violé les obligations en matière d'annonce et d'autorisation mentionnées dans la LTN;

h viole la loi fédérale du 19 décembre 1986 contre la concurrence déloyale.

Les motifs **facultatifs** d'exclusion ou de révocation sont les suivants :

- Lettre e (insolvabilité) : endettement ou sursis concordataire, par exemple  demander des renseignements au commissaire, seule personne encore habilitée à représenter l'entreprise.
- Lettre h (concurrence déloyale) : il s'agit, par exemple, de publicité trompeuse ou d'indications fallacieuses sur la qualité, de méthodes de vente particulièrement agressives, d'envoi de pourriels, d'absence de coordonnées de contact sur Internet, d'appels publicitaires illicites, de corruption active et passive, de l'exploitation induue de prestations d'autrui, de violation des secrets d'affaires et de conditions commerciales abusives.

Sanctions ?

- L'adjudicateur peut exclure un soumissionnaire pour une durée de 5 ans.
- Nouveautés :
 - l'exclusion de 5 ans peut aussi concerner les sous-traitants.
 - une amende pouvant aller jusqu'à 10 % du prix de l'offre.
- L'application d'une sanction suppose **une faute**. Le plus souvent, la négligence suffit (par exemple, dans le cas d'une infraction aux dispositions relatives à la protection des travailleurs).
- Un avertissement doit être adressé par écrit et constitue en général une réaction à une infraction qui n'appelle pas de sanction plus grave. Lorsqu'il prononce une sanction, l'adjudicateur doit tenir compte du principe de proportionnalité et de la gravité de l'infraction.

Que se passe-t-il si l'adjudication est déjà entrée en force ?

- Les motifs d'exclusion réglés à l'art. 44 al. 1 et 2 LMP / AIMP sont aussi des **motifs de révocation** pour le cas où l'adjudicateur ne remarquerait un manquement du soumissionnaire ou de l'adjudicataire qu'après l'adjudication entrée en force. La révocation pour des motifs énoncés à l'art. 44 al. 1 et 2 LMP / AIMP constitue une **décision attaquable**.

Vos questions

Merci pour votre attention !