

## Fiche d'information concernant le recours à des sous-traitants

À condition que les exigences fondamentales prévues par le droit des marchés publics soient respectées, le recours à des sous-traitants pour la fourniture de prestations est en principe autorisé. Cette possibilité renforce la concurrence, en permettant notamment aux PME de participer. Toutefois, la sous-traitance des prestations a également été critiquée dans les médias et par les politiques, car elle peut être associée à un risque de dumping social ou de création de sociétés fictives. La présente fiche d'information présente de manière non contraignante les possibilités offertes aux adjudicateurs, ainsi que leurs avantages et inconvénients.

N.B.: Restreindre le recours à des tiers peut affecter la concurrence. Les adjudicateurs doivent donc prendre les mesures les plus adéquates pour garantir, dans chaque cas, la concurrence entre les soumissionnaires (par ex. garanties contractuelles).

Toutes les solutions décrites ci-après sont autorisées en vertu du droit en vigueur. Elles peuvent être appliquées individuellement ou en combinaison.

### Recours à la sous-traitance

#### Une seule règle du jeu pour tous

- L'adjudicateur indique dans l'appel d'offres que tous les sous-traitants doivent respecter les dispositions fondamentales du droit des marchés publics, en particulier celles concernant la protection des travailleurs, les conditions de travail et l'égalité salariale.
- L'adjudicateur exige du soumissionnaire une preuve écrite garantissant que ses sous-traitants acceptent et remplissent les obligations qui leur sont conférées, tout du moins ceux chargés de contribuer à la réalisation des prestations de manière déterminante.
- L'adjudicateur indique les sanctions possibles qu'il peut prononcer, notamment en cas de non-respect des conditions de travail (par ex. peines conventionnelles, récusation du sous-traitant).

- L'adjudicateur souligne dans l'appel d'offres que le soumissionnaire reste responsable de la prestation de services conclue contractuellement, même si elle est traitée par un tiers.

#### Avantages et inconvénients

- + Sensibilisation du soumissionnaire et de ses sous-traitants éventuels
- + Diminution de l'insécurité relative à la responsabilité et à l'observance des conditions de participation
- augmentation possible de la charge administrative pour les entreprises

#### Clarifier dès le début

- L'adjudicateur établit déjà dans l'appel d'offres que le nom des sous-traitants doit être indiqué de manière contraignante, si possible au moment de la remise de l'offre ou, au plus tard, avant le début des travaux.
- Dans les documents d'appel d'offres, l'adjudicateur demande aux soumissionnaires de déclarer dans leur offre quelles prestations seront vraisemblablement déléguées et lesquelles seront vraisemblablement déléguées à des sous-traitants.
- L'adjudicateur vérifie déjà lors de l'évaluation de l'offre si les sous-traitants remplissent les critères obligatoires (critères d'aptitude et spécifications techniques) pour les prestations partielles. Dans le cas où le nom des sous-traitants ne serait indiqué qu'après l'évaluation, l'adjudicateur vérifie le respect des critères obligatoires au plus tard avant le début des travaux.

#### Avantages et inconvénients

- + Évaluation plus efficace de la part de l'adjudicateur
- + Davantage de clarté et sécurité déjà à un stade précoce: qui fait quoi et dans quelles proportions

- + Suffisamment de temps pour intervenir si un sous-traitant ne remplit pas les critères obligatoires. S'il s'avère que les critères ne sont pas remplis avant l'adjudication, l'offre du soumissionnaire ne sera en principe pas retenue. S'il s'avère qu'ils ne sont pas remplis après la conclusion du contrat, l'adjudicateur peut adopter les mesures et les sanctions prévues dans le contrat et, si nécessaire, révoquer l'adjudication.
- Possibles imprécisions du côté des soumissionnaires, étant donné qu'ils doivent communiquer de manière contraignante, à un stade précoce de la procédure, le nom des sous-traitants auxquels ils entendent faire recours.

#### Limitation du recours à la sous-traitance

- Dans les documents d'appel d'offres, l'adjudicateur limite en principe le recours à des sous-traitants aux prestations secondaires ou aux mandats pour lesquels la sous-traitance est nécessaire du fait de la complexité ou de la spécificité des prestations (partielles).
- L'adjudicateur peut limiter le nombre de sous-traitants éventuels ou prévoir l'obligation pour un sous-traitant de fournir lui-même certaines parties de la prestation.
- L'adjudicateur peut définir que certaines prestations seront fournies par le soumissionnaire principal lui-même.

#### Avantages et inconvénients

- + Maîtrise des risques découlant de sous-traitance
- + Moins de parties impliquées et plus de transparence
- + Situation plus claire quant aux responsabilités
- + Interlocuteur bien défini et voies de décision rapides
- Possibles réduction du cercle des participants et préjudice à la compétitivité
- Possible diminution du nombre d'offres et donc mise à mal du rendement de l'acquisition
- Possible diminution des chances de participation des PME

#### Exclusion de sous-traitants

- L'adjudicateur ne doit exclure la participation de sous-traitant que s'il dispose de suffisamment de raisons objectives.
- Dans l'optique d'une concurrence efficace, il convient de toujours considérer des mesures plus clémentes face aux risques liés à la participation de sous-traitants. Par exemple, les limi-

tations susmentionnées peuvent être considérées comme des moyens plus cléments que l'exclusion complète des sous-traitants (par ex. limitation du nombre de sous-traitants).

- L'adjudicateur doit vérifier s'il est possible, en formulant l'appel d'offres de manière appropriée (par ex. par la constitution de lots), de renforcer la concurrence malgré l'exclusion de sous-traitants.

#### Avantages et inconvénients

- + Conditions claires, interlocuteur direct et interface unique
- Limitation du cercle des soumissionnaires et de la concurrence
- Possible atteinte au principe de l'égalité de traitement entre les soumissionnaires
- Possibles conséquences négatives sur la rentabilité des offres

#### Réglementation contractuelle en cas de recours à la sous-traitance

Le recours à des sous-traitants est souvent indispensable, surtout lors d'adjudication de commandes publiques de construction. En complément aux indications fournies ci-dessus, l'adjudicateur peut prendre en considération les éléments suivants:

- Le soumissionnaire doit pouvoir faire recours à des sous-traitants quand le contrat d'entreprise le prévoit, de manière générale ou pour des prestations partielles.
- Si le contrat ne prévoit pas le recours à un sous-traitant, une autorisation écrite du maître d'ouvrage / adjudicateur est nécessaire.
- Le soumissionnaire reprend toutes les dispositions du contrat d'entreprise nécessaires à la protection des intérêts du maître d'ouvrage dans les contrats avec ses sous-traitants.
- En cas de recours à la sous-traitance, les obligations de diligence, au sens de l'art. 5 de la loi sur les travailleurs détachés (RS 823.20) et des articles 8b et 8c de l'ordonnance sur les travailleurs détachés en Suisse (ODét, RS 823.201), doivent être respectées.

#### Regard sur le projet de loi LMP

- Le droit fédéral des marchés publics fait actuellement l'objet d'une révision totale.
- Une des nouveautés consiste à ancrer dans la loi le principe selon lequel la prestation principale, autrement dit la prestation caractéristique du contrat, doit en principe être fournie par le soumissionnaire lui-même (art. 31, al. 3, P-LMP).

## Fiche d'information concernant le recours à des sous-traitants

- Cette norme vise à empêcher les offres de soumissionnaires qui n'assument personnellement aucune tâche ou que des tâches secondaires, et qui ne font que prêter leur nom.
- Dans la mesure du possible, les adjudicateurs doivent acquérir les prestations directement auprès des fournisseurs.

### **Renseignements complémentaires**

Bureau de la CA et secrétariat de la KBOB

CA: tél. 058 462 38 50 / KBOB: tél. 058 465 50 63

[bkb@bbl.admin.ch](mailto:bkb@bbl.admin.ch) / [kbob@bbl.admin.ch](mailto:kbob@bbl.admin.ch)