

Notice

Recours à des sous-traitants

La délégation de prestations à des sous-traitants est en principe autorisée dans le cadre des marchés publics (art. 31, al. 1, LMP/AIMP). La possibilité de recourir à des sous-traitants peut renforcer la concurrence, en permettant notamment aux PME de participer. La sous-traitance des prestations a cependant 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 notice vise à exposer les possibilités admises ainsi que leurs avantages et leurs inconvénients.

Recours à des sous-traitants

Les mêmes règles pour tous

- La loi révisée prescrit que la « prestation caractéristique¹ » doit en principe être fournie par le soumissionnaire lui-même (voir art. 31, al. 3, LMP/AIMP). Cette règle vise à empêcher que des soumissionnaires qui n'assument personnellement aucune tâche ou que des tâches secondaires remportent l'adjudication. Dans la mesure du possible, les adjudicateurs doivent acquérir les prestations caractéristiques directement auprès des fournisseurs.
- L'adjudicateur souligne dans l'appel d'offres ou dans les documents d'appel d'offres que le soumissionnaire reste responsable de la prestation conclue contractuellement, même si elle est traitée par un tiers.
- L'adjudicateur indique dans l'appel d'offres ou dans les documents d'appel d'offres que tous les sous-traitants doivent respecter les conditions de participation (voir art. 26 LMP/AIMP), en particulier celles concernant la protection des travailleurs, les conditions de travail, l'égalité salariale et le droit de l'environnement.
- L'adjudicateur exige du soumissionnaire une preuve écrite garantissant que lui et ses sous-traitants acceptent et remplissent les obligations qui leur sont conférées, et indique dans l'appel d'offres ou les documents d'appel

¹ Concernant les prestations qui sont fournies par des entreprises générales, la prestation caractéristique consiste à coordonner toutes les prestations spécifiques et à assumer la responsabilité générale de

d'offres que le respect des exigences peut être contrôlé auprès du soumissionnaire ou directement auprès des sous-traitants (art. 12, al. 4 et 5, art. 26, al. 1 et 2, LMP/AIMP).

- L'adjudicateur indique les sanctions possibles qui peuvent être prononcées (art. 44 et 45 LMP/AIMP), notamment en cas de non-respect des conditions de travail et des dispositions relatives à l'égalité de traitement salarial entre femmes et hommes (par ex. peines conventionnelles, exclusion du sous-traitant).

Avantages et inconvénients

- + Sensibilisation du soumissionnaire et de ses sous-traitants éventuels
- + Diminution de l'insécurité relative à la responsabilité et au respect des conditions de participation
- Augmentation possible de la charge administrative pour les soumissionnaires

Au clair dès le début

- L'adjudicateur établit déjà dans l'appel d'offres ou dans les documents d'appels d'offres que le nom des soumissionnaires à impliquer ainsi que leurs rôles et leur fonction doivent être indiqués, si possible au moment de la remise de l'offre.
- Dans les documents d'appel d'offres, l'adjudicateur demande aux soumissionnaires de déclarer dans leur offre quelles parties de prestations seront certainement déléguées et lesquelles seront vraisemblablement déléguées à des sous-traitants.
- L'adjudicateur vérifie déjà lors du contrôle des offres si les sous-traitants remplissent les critères nécessaires (critères d'aptitude et spécifications techniques) pour leurs prestations partielles.

Avantages et inconvénients

- + Possibilité de déterminer à un stade précoce qui fait quoi et dans quelles proportions.

l'exécution du marché. Pour le reste, la nature de la prestation caractéristique est déterminée sur la base de l'objet de l'appel d'offres.

- Possibles imprécisions du côté des compétences nécessaires des sous-traitants, étant donné que les soumissionnaires doivent communiquer les informations de manière contraignante, à un stade précoce de la procédure.

Limitation du recours à des sous-traitants

- L'adjudicateur limite, dans l'appel d'offres ou dans les documents d'appel d'offres, le recours à des sous-traitants en principe 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 définir que certaines prestations doivent être fournies par le soumissionnaire principal lui-même.
- L'adjudicateur peut limiter le nombre de sous-traitants éventuels.
- La participation multiple de sous-traitants ou de communautés de soumissionnaires n'est admise que si l'adjudicateur l'admet expressément dans l'appel d'offres ou dans les documents d'appel d'offres (voir art. 31, al. 2, LMP/AIMP). En principe, un sous-traitant ne peut pas participer à la procédure en étant simultanément membre d'une communauté de soumissionnaires et vice versa.

Avantages et inconvénients

- + Enraiment des risques découlant de la sous-traitance
- + Moins d'interfaces et plus de transparence
- + Situation plus claire quant aux responsabilités
- + Interlocuteur unique et voies de décision courtes
- Possible réduction du cercle des participants et préjudice à la compétitivité
- Possible diminution du nombre d'offres et, donc, mise à mal de la rentabilité de l'acquisition
- Possible diminution des chances de participation des PME

Exclusion de la sous-traitance

- L'adjudicateur ne doit exclure la participation de sous-traitants 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 permettant de contrecarrer les risques qu'entraîne la participation de sous-traitants. Par exemple, les limitations 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. en constituant des lots), de renforcer la concurrence malgré l'exclusion de sous-traitants.

Avantages et inconvénients

- + Situation claire, 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 de la sous-traitance

Le recours à des sous-traitants est souvent indispensable, surtout dans l'adjudication de marchés de construction ou de contrats d'entreprise. En complément aux indications ci-dessus, l'adjudicateur peut prendre en considération les éléments suivants, à condition que le recours à des sous-traitants n'ait pas été exclu dans l'appel d'offres ou les documents d'appel d'offres:

- Le soumissionnaire doit pouvoir recourir à des sous-traitants quand le contrat le prévoit, de manière générale ou pour des prestations partielles.
- Si le contrat ne prévoit pas de recourir à des sous-traitants, le consentement écrit de l'adjudicateur est requis.
- Le soumissionnaire reprend toutes les dispositions du contrat nécessaires à la protection des intérêts de l'adjudicateur 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 (LDét; RS 823.20) et des art. 8b et 8c de l'ordonnance sur les travailleurs détachés en Suisse (ODét; RS 823.201) doivent être respectées.

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 / kbob@bbl.admin.ch

2^e édition: 1^{er} janvier 2021
État: 1^{er} janvier 2021