

# Les Références

**Nathanaëlle Petrig, avocate**

Fribourg, le 17 juin 2026



# I. Introduction

---

## Les Références

- I. Introduction
- II. L'expérience préalable comme critère **d'aptitude**
- III. Les **conditions** à respecter
- IV. Critères **mixtes**: critère d'aptitude + d'adjudication
- V. Les **conséquences** en cas de lacune ou insuffisance
- VI. Le **pouvoir d'appréciation** de l'autorité adjudicatrice

## Les Références

### VII. Le recours **préalable** contre l'AO

### VIII. Le **périmètre** et la **titularité** des références requises:

- A. *La possibilité de compléter ou corriger ?*
- B. *Les projets non terminés*
- C. *Les sous-traitants*
- D. *Les associations d'entreprises ou consortium*
- E. *Les groupes de sociétés*
- F. *La transmissibilité*
- G. *La production d'une référence d'une autorité prédéfinie*
- H. *L'investigation d'office*
- I. *La confidentialité*



## II. L'expérience préalable comme critère d'aptitude

---

- Critère d'aptitude: porte d'entrée
- Restriction de la concurrence (nouvelle entreprise → non)
- Législation (admis avec conditions) :
  - Droit international: Art. VIII AMP
  - Droit fédéral: art. 27 LMP
  - Droit cantonal: art. 27 AIMP

# Droit international: art. VIII al. 1, 2 et 3 de l'accord OMC (AMP)

- 1. Une entité contractante **limitera** les conditions de participation à un marché à celles qui sont **indispensables** pour s'assurer qu'un fournisseur a les **capacités** juridiques et financières et **les compétences commerciales et techniques** pour se charger **du marché en question**.
- 2. Lorsqu'elle établira les conditions de participation, une entité contractante:
  - a) n'imposera **pas** la condition que, pour participer à un marché, le fournisseur devra avoir préalablement obtenu un ou plusieurs marchés d'une entité contractante **d'une Partie donnée**, et
  - b) pourra exiger **une expérience préalable pertinente** dans les cas où cela sera **essentiel** pour qu'il soit satisfait **aux prescriptions du marché**.
- 3. Pour déterminer si un fournisseur satisfait aux conditions de participation, une entité contractante:
  - a) évaluera la capacité financière et les compétences commerciales et techniques d'un fournisseur **sur la base des activités commerciales de ce fournisseur tant sur le territoire** de la Partie de l'entité contractante **qu'en dehors** de celui-ci, et
  - b) effectuera son évaluation sur la base des conditions qu'elle a **spécifiées à l'avance** dans les avis ou la documentation relative à **l'appel d'offres**.

# Droit international: Accord OMC (AMP)

---

Art. VIII al. 1, 2, 3 AMP

- Pertinente et essentielle selon l'objet de marché
- Pas de critère lié au lieu d'exécution de l'expérience
- Mentionnée à l'avance dans l'appel d'offres – Principe de transparence

# Droit Suisse: Art. 27 LMP fédéral/ AIMP cantonal

- 1 L'adjudicateur définit de manière **exhaustive**, **dans l'appel d'offres** ou dans les documents d'appel d'offres, les critères d'aptitude auxquels doivent répondre les soumissionnaires. Ces critères doivent être **objectivement nécessaires et vérifiables** pour le **marché concerné**.
- 2 Les critères d'aptitude peuvent concerner en particulier les capacités professionnelles, financières, économiques, techniques et organisationnelles des soumissionnaires **ainsi que leur expérience**.
- 3 L'adjudicateur indique dans l'appel d'offres ou dans les documents d'appel d'offres **quelles preuves** les soumissionnaires doivent fournir et à quel moment.
- 4 Il **ne peut** poser comme condition que les soumissionnaires aient déjà obtenu **un ou plusieurs** marchés publics **d'un adjudicateur** soumis à la présente loi.

- Objectivement nécessaires
- Vérifiables
- À l'avance dans AO
- Exhaustivement

# III. Les conditions

---

*Une expérience préalable: **essentielle, nécessaire et vérifiable***

1. Principe de proportionnalité et concurrence efficace
2. Marché comparable ou similaire =
3. Le moment déterminant 🕒 pour l'évaluation
4. Le fardeau de la preuve

# 1.Principe de **proportionnalité et concurrence**

---

- Protection contre exigences excessives
- En raison **des besoins de l'objet** du marché (même si cela concerne la personne)
  - Favorise les entreprises établies mais «critère objectif» si le marché l'exige (idem privé: →préalablement marchés plus petits)
- Principe de la **légalité + transparence**

## 2. Marché «comparable» ou «similaire»

### A) Définition des concepts:

- Définit en **priorité** par l'autorité adjudicatrice dans AO
- Critères:
  - Temporels
  - Quantitatifs
  - Qualitatifs
- Exemple arrêt tessinois (52.2023.385, cf N. 18ss)
  - Exigences: 1 référence d'ouvrage analogue max. 15 ans (critère aptitude) + références supplémentaires (critère d'adjudication 20%)
  - Acceptation: 1 référence – refus 2 références (analogie contestée)

- Leçons de l'arrêt tessinois du 06.02.2024, 52.2023.385:
  - Confirmation cumul aptitude + adjudication (jugement indirect sur qualité de l'offre)
  - **AO = Lex specialis** des définitions (exemple note 14)
    - Définition subsidiaire par le Tribunal tessinois (cf N. 23)
      - Qualitatif et quantitatif: un degré adéquat d'analogie
      - Caractéristiques du travail + moyens nécessaires: éléments d'affinité
  - Connaissance suffisante des prestations invoquées:
    - Documentation (caractéristiques, quantité, époque)
    - Vérification circonstanciée selon critère uniforme
    - Motivation adéquate

# Interprétation

---

N. 26 et 27 arrêts (TAF du 17.03.2017, B-4637/2016)

- Bonne foi du soumissionnaire > volonté subjective autorité
- Principe de la confiance
- Sens commun sinon à préciser

## Leçons :


- pour les autorités adjudicatrices :
  - Définir et expliciter les concepts
  - Éviter et préciser les notions vagues («récent» → «maximum X années»)
- Pour les soumissionnaires:
  - Confirmation ou clarification au moyen de la procédure de ? sur simap

## B) le principe de concurrence efficace


- Art. 1 al. 1 let. b LMP/AIMP → pas d'exigence trop élevées
- Arrêt TAF 17.03.2017 B-4637/2016 (N. 30ss)
  - Absence **concurrence résiduelle** suffisante → inadmissible
  - Si concurrence alors seulement si suffisamment **liés à la prestation**
- Arrêt TC Lucerne 23.01.2023, 7H 22 211
  - 3 conditions (cf. N. 31)
    - Lien avec les prestations ( **complexité impact** sur degré d'exigence)
    - Capacité probatoire → capacité concrète et significative
    - Besoins réels: nécessités objectives

### 3. Le moment déterminant

---

- Au moment du dépôt de l'offre (art. 19 LMP/AIMP)
- Principe d'intangibilité de l'offre et 
- Pas de validation rétroactive (pendant procédure) → irrecevable
  - N. 34 arrêt TAF B-4637/2016

## 4. Le fardeau de la preuve de la **comparabilité**

- Principe: le **soumissionnaire** supporte le fardeau de la preuve produite
  - TAF du 17 mars 2017, B-4637/2016 : infos supplémentaires : non
  - Vérité **procédurale** (ce qui a été produit) > Vérité **matérielle** (production de la preuve de la réalité de l'information)
- Exceptions proposées par le Pr. Beyeler (N. 37):
  - Aspects pertinents pour comparabilité pas facilement reconnaissables dans l'AO
  - Si l'Autorité connaît l'existence (principe de Bonne foi // intangibilité offre et )
  - Si Critère d'aptitude → procédure de renseignements (art. 38 al. 2 LMP/AIMP)  
PV (art. 38 al. 2 LMP/AIMP)

- **Avantages:**

- Éviter un formalisme excessif
- Éviter une restriction inutile de la concurrence
- Correspond à la réalité de l'expérience du soumissionnaire

- **Désavantages:**

- Limite avec le principe de l'intangibilité de l'offre et 

- **Leçons:**

- Définir clairement les attentes et exigences en matière de comparabilité dans l'AO / motiver la comparabilité + poser des ? via Simap
- L'autorité doit fournir au Tribunal **d'office** les informations pour la vérification des références si contestées (renvois à l'autorité inférieure, N. 39) pour recourante + adjudicataire

# IV. Critères mixtes : aptitude + adjudication

- Principe de cumul: ATF 139 II 489 (N. 43ss)
- Différence de **fonctions**
- Pas double examen et admissible si:
  - Si évaluation **graduelle** (pas oui /non): la pondération de la «**surperformance**» (*Mehreignung*) = aspect différent
  - Tant l'**aptitude** que l'**expérience professionnelle** est déterminante
  - TAF objets complexes (exemple: références personnes clés, cf N. 49)
  - Utilité en pratique




# V. Les conséquences en cas de lacunes

---

- Importance de la distinction → ⚠ Clarté dans AO (au *min.*, *doit*, *sera exclu*)
- A) si **critère d'aptitude** → **exclusion**
  - TC Zurich VB.2018.00617 (N. 57) :
    - moins de 3 ans, min. CHF 2'000.-, mandat achevé et production CHF 809.-
    - Principe intangibilité, égalité traitement, possibilité ? avant
    - L'indication des projets de références pas simple infos secondaires, défaut essentiel, pas de correction !
  - TC Lucerne 7H 22 211 (N. 60)
    - Obligation d'exclure (ni devoir d'alerte, ni possibilité)

- B) si **Critère d'adjudication** uniquement
  - Péjoration de la note accordée au critère
  - Compensation possible avec d'autres critères
  - Pouvoir d'appréciation large et contrôle limité à l'arbitraire (N. 63)

# VI. Le pouvoir d'appréciation

- **Large pouvoir** : Tribunal réduit à l'arbitraire (conseil )
  - ATF 141 II 353
    - Autorité adjudicatrice admet la référence d'un projet non terminé;
    - Autorité de recours exige que des renseignements complémentaires soient requis
    - Pour le TF inadmissible car empiètement sur la marge d'appréciation de l'autorité adjudicatrice.
  - TC Vaud MPU.2015.0036
    -  d'autres éléments que références produites pour juger l'expérience du personnel
- Outrepassé
  - TAF B-4637/2016, nettoyage tunnel du Gothard)
    -  pas comparables (complexité, étendue géographique et contraintes temporelles) → admission arbitraire

# L'identité des personnes qui effectuent la notation



---

- Égalité de traitement et **subjectivité**
- Problématique si personnes de contact note la qualité de la prestation
  - ex. TC Zurich B.2025.00270 même référence adjudicataire et recourante, note différente (N. 70)
    - 1 personne de contact a noté spécifiquement l'entreprise
    - L'autre personne de contact: l'ensemble du groupement actif à l'époque
    - «difficilement compréhensible» «douteux» cons. 6.5 (laissé ouverte)
- **Recommandation aux autorités adjudicatrices:**
  - Poser des questions ciblées et évaluer et noter eux-mêmes les réponses;
  - Plusieurs références diminuent la subjectivité



## VII. Le recours **préalable** contre l'AO

- Exigences excessives, disproportionnées (objet et la complexité du marché)
  - Bonne foi → recours contre AO sinon forclusion si reconnaissable
  - Délai légal 20 jours dès publication
- **Suggestions**
  - Autorité adjudicatrice :
    - description transparente et claire dans AO (évite risque admission postérieure)
    - Si excessif: possibilité de publier un rectificatif + prolongation éventuelle délai
  - Soumissionnaire: prise de connaissance rapide + ? + explications délais (N.75)

# VIII. Périmètre et Titularité des références




- A. Impossibilité de **corriger** un projet ou mention erronée
  - Art. 38 al. 1 LMP / AIMP - Principe d'intangibilité de l'offre
  - Erreur de calcul ou d'écriture  // contenu de l'offre  (N. 79ss)
    - TC Bâle-Campagne 810 24 123 (critère adjudication 40%)
      - Chef monteur note totale 2.5 / 5 (car 1/3 note 0 car pas au chef monteur) → 2<sup>ième</sup>
      - Recours : contrôle dans CV du chef monteur / renseignements
      - → correction d'un défaut de désignation → correction matérielle → NON

## B. Les projets **non terminés**




- Choix de l'autorité adjudicatrice
  - Si dans AO , éliminer les potentielles contradictions d'interprétation
  - Si rien mentionné dans AO ?
    - -TF ATF 141 II 14 (N. 84)
      - Ok – pas à lui **seul** douter de la validité
      - «*Habilitée*» et «*non obligée*» de vérifier (sauf indice concrets inexacts)
      - Le Tribunal a outrepassé son pouvoir en posant comme exigence de validité l'obligation de demander de renseignements en +
- Suggestions: clair dans l'AO ou 





## C. Les références de sous-traitants



- Sous-traitants Art. 31 LMP / AIMP principe si rien AO → 
- a ) **En cas d'exclusion** de la sous-traitance → 
  - **Expérience** de celui qui **exécutera** la prestation -  matériel + personnel
  - TC Tessin puis TF (N. 93ss)
    - Sous-traitance exclue dans AO
    - Critère adjudication: 3 références travaux analogues exécutés 5 ans
    - Admission de 3 valables alors que 2 travaux effectués par sous-traitants
    - Recours TC Tessin 2<sup>ième</sup> **admis**,
    - Recours TF rejeté (pas inadmissible que les références propres de l'entreprise)

## b) Si la sous-traitance est autorisée

- Si ok ou rien dans AO
- Si mention de la prise en compte des références sous-traitants:
  - TC Zurich (N. 96ss)
    - Si prévu 
    - Si mention de quelles personnes clés évaluées (et que les sous-traitants ne sont pas mentionnés) →  même si regrettable *in casu* (N.97) – Principe transparence
  - Question d'interprétation:
    - Connexité  personne – exécution prestation
    - Exécution prépondérante – partie principale de la prestation évaluée

- N. 102 exemples de **références d'emprunt** (Pr. Beyeler: )
  - Ressources matérielles ou personnelles du sous-traitant
  - Personnes-clés du sous-traitant effectueront la partie exigée par références
  - Prestations partielles par sous-traitant
  - Licence ou autorisation ou travaux soumis à autorisation spéciale
- N. 103 refus 
  - Part minime ou pas lui
- Les 2: soumissionnaire + sous-traitant (gestion ou suivi pas délégué)
- Suggestion : préciser dans AO


## D) Consortium ou communauté de soumissionnaires

- Art. 31 LMP / AIMP si rien dans AO 
- Qui doit produire quoi ? Pilote, tous, ?
  - Interprétation AO → **Choix** autorité adjudicatrice si AO
    - Attention si restriction indirecte concurrence → justes motifs
  - Principe de la **connexité**  partie principale prestation
- Quid membres consortium différents? Emprunt ?
  - Rôle **déterminant**?
  - Explications et motivations si absence: 38 al. 2 LMP /AIMP?
    - Arrêt VS A1 25 21 – pas obligée (cf. N. 109)


# E) Les groupes de sociétés

---

- **Imputabilité** d'une référence
- **?** profit réel de l'expérience société du groupe
  - Arrêt VS A1 25 21 (N. 111) promet directement + personnellement
    - Intégrer concrètement (sous-traitant, consortium ou fournisseur)
    - Doit apporter la preuve qu'il dispose des moyens de la société du groupe (engagements correspondants)



- Arrêt TAF B-1 600/2014
  - si rien AO 
  - Pr. Beyeler 2 conditions
    - La société du groupe consortium ou sous-traitant
    - Elle participera à l'exécution de la prestation
  - Exigence de **motivation accrue** de la référence **externe** soumissionnaire
  
- Pas confondre avec la succursale
  - TAF B-6744/2023 (N. 116)

# F) La Transmissibilité

- Référence d'un **prédécesseur légal** ? Si personnes clés participation active et rôle déterminant
  - Arrêt VS 1 25 21 et TC Zurich B.2018.00450 (N. 118)
    -  vente + fin des travaux comme cocontractante
    - En principe transfert des références si restructuration, rachat ou scission
  - Motivation **accrue** par le soumissionnaire dans offre
    - Arrêt VS 1 25 21 excessif (note 1/5) car
      - Fournit historique complet
      - Personnes clés identiques
    - Pas obligation tenir compte mais «*excessif d'en faire totalement abstraction*»

# G) Référence d'une autorité prédéfinie

---

- 
- Art. 27 al. 4 LMP /AIMP + art. VIII par. 2 let a. AMP
- Non-discrimination et 
- Arrêt argovien VGE III/7
  - Illicite réduction note pour absence de collaboration antérieure


# H) L'investigation d'office

---

- Contacter des personnes de références **non mentionnées**
- TF ATF 139 II 489
  - Pas réglé expressément
  - Règles générales de procédure
  - Admis **informations externes**
    - Conditions:
      - Respect droit d'être entendu (art. 29 al. 2 Cst. féd.)
      - Consultation + se prononcer si défavorables
      - Consignées au dossier (pas documents internes) mais information de tiers → accès

# I) L'éventuelle confidentialité

---

- En principe 
- Si oui, à indiquer expressément par soumissionnaire
- Secret professionnel (délié)
- Suggestion:
  - À laisser consulter sous réserve de réciprocité si entretien de motivation → email préalable à l'adjudicataire

# Conclusion

---

- Utilité pour expérience préalable
- Lien avec le type de marché et l'objet
- Indications précises par autorité adjudicatrice dans AO
  - Type, nombre, première, sous-traitance, consortium, etc.
  - Par la personne qui va réellement réaliser la prestation
- Motivation de la comparabilité
- Motivation accrue des références «externes» ou d'emprunt
- Usage des questions

---

**Les Références**

**Merci de votre attention**

**Plein succès**

**Questions?**