

## QUESTIONS PRÉLIMINAIRES À SE POSER

Avant de mettre en place une procédure d'appel d'offres, l'adjudicateur devrait répondre à un certain nombre de questions qui lui permettront de déterminer le type de procédure le plus adéquat. L'adjudicateur peut aussi se référer à la terminologie de l'annexe X du guide romand si certains termes ne lui sont pas ou peu connus. A chaque fois qu'il est possible, la question se référera à une annexe du guide romand qui détaillera la réponse.

### 1. *Qu'est-ce qu'un marché ?*

Le marché désigne tout type de contrat qui est mis en concurrence. Cela peut être, par exemple, un mandat d'architecte, d'ingénieur ou de communication, mais aussi un contrat d'entreprise de charpente, de maintenance, d'entretien ou d'entreprise générale. Le marché correspond à ce qui sera adjudgé et qui fera l'objet d'un contrat distinct avec le soumissionnaire qui l'a remporté.

L'adjudicateur ne peut pas diviser ou sous-estimer le marché dans le but que le montant de chaque sous-marché ou lot ne soit pas supérieur aux valeurs-seuils. Ainsi, par exemple, l'importance des marchés de construction dans le domaine du bâtiment par rapport à la valeur-seuil doit être estimée selon le Code des frais de construction (CFC), à 3 chiffres maximum, du CRB. Le lot correspond à une division du marché, mais qui doit respecter le même degré d'ouverture du marché dont il est issu.

Le marché de fournitures concerne l'acquisition de biens mobiliers, notamment sous forme d'achat, de crédit-bail (leasing), de bail à loyer, de bail à ferme ou de location-vente.

L'estimation financière hors TVA de la valeur du contrat qui sera attribué, est nécessaire pour déterminer son importance et le choix de la procédure par rapport aux valeurs-seuils (annexe B).

### 2. *Quels sont les critères qui déterminent l'assujettissement à la législation sur les marchés publics ?*

- a) Si vous êtes une administration publique cantonale, communale ou intercommunale.
- b) Si vous êtes une collectivité de droit public cantonal ou communale, dans la mesure où vous n'avez pas un caractère commercial ou industriel, ou ne poursuivez pas un but commercial ou industriel, et n'avez pas obtenu un droit d'exemption.  
*(pour Genève : Si vous êtes une collectivité de droit public cantonal ou communale, dans la mesure où vous n'avez pas obtenu un droit d'exemption.)*
- c) Si vous êtes une entité privée majoritairement subventionnée pour son exploitation ou financée à 50% et plus pour ses investissements par des fonds publics.
- d) Si vous êtes une entreprise qui agit dans les domaines de l'eau, de l'énergie, du transport et des télécommunications (appelées aussi entreprises EETT ou « entreprises sectorielles »).
- e) Si vous êtes une entreprise qui a obtenu une concession de droit privé dans les domaines de l'eau, des ports, des aéroports, des transports urbains et régionaux.
- f) Si vous êtes une entité qui est citée dans la législation cantonale sur les marchés publics en tant qu'entité assujettie.
- g) Si vous êtes une entité privée dont le contrôle économique et opérationnel est détenu par une des entités assujetties selon les points a) à f) ci-dessus.

### 3. **Quand y a-t-il un marché public ?**

Il y a marché public si un pouvoir public ou privé, assujéti au droit des marchés publics, passe un contrat avec un soumissionnaire privé portant sur l'acquisition de constructions, de fournitures ou de services, moyennant une rétribution financière (ATF 125 I 209).

### 4. **Tous les marchés sont-ils soumis à la concurrence publique ?**

NON, certains marchés de services ne sont pas « soumis » et ne nécessitent donc pas une mise en concurrence publique selon la législation sur les marchés publics, en particulier au niveau international.

L'annexe de l'Accord sur les marchés publics de l'OMC (AMP) spécifie un certain nombre de marchés de services qui y sont soumis. Par défaut, les marchés qui ne figurent pas sur la liste de l'annexe de l'AMP ne doivent pas faire l'objet d'une mise en concurrence internationale, mais uniquement au niveau national, puisque par principe tous les marchés publics sont « soumis », sous réserve d'application d'une clause d'exemption ou d'exception.

Pour comprendre ce qui se cache derrière chaque code de marché de cette annexe, il est nécessaire de consulter la liste CPC de l'ONU. Cette liste se trouve à l'adresse Internet suivante :

→ <http://unstats.un.org/unsd/cr/registry/regcst.asp?Cl=9&Lq=1>

### 5. **Tous les marchés doivent-ils faire l'objet d'une mise en concurrence selon la législation sur les marchés publics ?**

NON. Les accords internationaux et l'AIMP ont édicté un certain nombre de situations pour lesquelles ces accords ne sont pas applicables et qui laisse la liberté à l'entité de contracter de gré à gré. C'est le cas notamment dans les situations suivantes :

- a) Marchés passés entre entités publiques ou privées assujétiées au droit des marchés publics.
- b) Marchés acquis gratuitement (*exemple : sponsoring*).
- c) Marchés passés avec des institutions pour handicapés, des œuvres de bienfaisance ou des établissements pénitentiaires.
- d) Marchés passés dans le cadre de programmes agricoles ou d'aide alimentaire.
- e) Marchés passés sur la base d'un traité international.
- f) Marchés passés avec une organisation internationale sur la base d'une procédure spéciale.
- g) Acquisition d'armes, de munitions ou de matériel de guerre, ainsi que la réalisation d'infrastructures militaires.
- h) Lorsque la passation du marché risque de mettre en danger l'ordre ou la sécurité publics.
- i) Lorsque la protection de la santé et de la vie des personnes, d'animaux ou de plantes l'exige.
- j) Lorsque la passation du marché porte atteinte aux droits de la propriété intellectuelle.

## 6. **Existe-t-il des clauses d'exception qui me permettraient d'éviter ou d'interrompre la mise en concurrence publique et, le cas échéant, d'adjuger de gré à gré ?**

OUI. Néanmoins, en cas d'application d'une clause d'exception, la décision d'adjudication de gré à gré est sujette à recours et doit faire l'objet d'une publication officielle. De plus, l'adjudicateur doit pouvoir fournir un rapport dans lequel sont décrits les motifs qui l'ont conduit à procéder de gré à gré. L'utilisation d'une clause d'exception doit être prise avec beaucoup de prudence.

La procédure peut se dérouler de gré à gré notamment dans les cas suivants :

- a) Aucune offre recevable n'est présentée (*voir à ce propos les conditions des annexes K*).
- b) Les offres ont fait l'objet d'une concertation préalable.
- c) Les offres ne respectent pas les conditions essentielles (*notamment en terme d'aptitude*).
- d) Un seul prestataire est capable d'exécuter le marché (*ce qui reste à être démontré*).
- e) Au motif du droit de la propriété intellectuelle (*voir à ce propos l'explication de l'annexe X*).
- f) Au motif de confidentialité et de protection de la personnalité (*mandat d'avocat par exemple*).
- g) L'urgence du marché qui n'est pas due à une mauvaise organisation de l'adjudicateur (*imprévisibilité, catastrophe naturelle, ...*).
- h) En cas de complément imprévisible et < 50 % d'un marché initial (*pour autant que le marché initial ait été adjugé dans les règles et que l'adjudicateur n'ait pas pratiqué la technique du « saucissonnage »*).
- i) La compatibilité doit être garantie auprès du prestataire initial (*notamment pour garantir le bon fonctionnement et la pérennité d'un système*).
- j) Il s'agit d'une idée ou d'un prototype unique (*recherche*).
- k) Il s'agit d'adjuger au lauréat d'un concours de projets ou de mandats d'étude parallèles.
- l) Il y a acquisition à un prix hors concurrence (*en cas de liquidation ou de vente aux enchères*).
- m) Il y a achat de biens sur un marché de base (*par exemple : eau, gaz, pétrole, ...*).

## 7. **Que m'apporte l'application de la clause des minimi ?**

En premier lieu, cette clause ne s'applique que pour des marchés de construction d'un ouvrage soumis à la concurrence internationale, soit pour un ouvrage d'un montant supérieur à CHF 8'700'000.—.

La clause des minimi signifie que l'adjudicateur peut déroger à la mise en concurrence internationale jusqu'à hauteur de 20% de la valeur globale de l'ouvrage (sans honoraires, sans le budget mobilier et sans la TVA). Toutefois, les marchés compris dans ces 20% ne doivent pas atteindre séparément la valeur de CHF 2'000'000.— (HT).

En cas d'application de la clause des minimi, les règles et valeurs-seuils de la LMI et de l'AIMP restent applicables selon les dispositions des lois et règlements cantonaux. L'annexe C du guide romand donne un exemple de l'application de la clause des minimi et l'annexe X en donne une explication résumée.

## 8. Tous les prestataires étrangers peuvent-ils déposer une offre ou un projet en cas d'ouverture du marché au niveau international ?

En cas de procédure soumise à l'Accord GATT/OMC sur les marchés publics (exception : canton de Fribourg qui ouvre ses marchés aux soumissionnaires étrangers même en-dessous des seuils internationaux), l'adjudicateur a l'obligation d'ouvrir son marché au moins aux prestataires dont le siège social se trouve dans un des 38 pays qui ont signé un engagement à offrir la réciprocité aux prestataires suisses.

Ces pays, outre la Communauté européenne en tant qu'entité adjudicatrice, sont par ordre alphabétique :

- Allemagne
- Aruba
- Autriche
- Belgique
- Bulgarie
- Canada
- Chypre
- Corée du Sud
- Danemark
- Espagne
- Estonie
- Etats-Unis d'Amérique (USA)
- Finlande
- France
- Grèce
- Hong Kong
- Hongrie
- Irlande
- Islande
- Israël
- Italie
- Japon
- Lettonie
- Liechtenstein
- Lituanie
- Luxembourg
- Malte
- Norvège
- Pays-Bas
- Pologne
- Portugal
- République slovaque
- République tchèque
- Roumanie
- Royaume-Uni
- Singapour
- Slovénie
- Suède

Source : Organisation Mondiale du Commerce (OMC)

[http://www.wto.org/french/tratop\\_f/qproc\\_f/memobs\\_f.htm](http://www.wto.org/french/tratop_f/qproc_f/memobs_f.htm)

## 9. Quels sont les types de marché ?

Il n'existe que trois types de marchés :

1. les marchés de services (*dans le canton du Valais, il existe 2 catégories de services I et II*)
2. les marchés de fournitures
3. les marchés de construction

Ces catégories sont clairement détaillées par l'accord sur les marchés publics de l'OMC de 1994 (voir aussi la liste CPC de l'ONU).

Le marché de fournitures sous-entend l'acquisition de biens mobiliers notamment sous forme d'achat, de crédit-bail, de leasing, de bail à loyer, de bail à ferme ou de location-vente.

Les marchés de construction sont des réalisations de travaux de construction de bâtiments ou de génie civil. On différencie le gros-œuvre, soit tous les travaux nécessaires à la structure porteuse d'une construction (code des frais de construction CFC 17, 20, 21 et 41 selon le CRB), et le second-œuvre, soit tous les autres travaux. Pour les marchés publics de construction on considère un marché comme une part de l'ouvrage et un lot comme une part du marché.

## **Marchés EETT**

Les marchés de services et de fournitures des domaines des « secteurs » EETT, à savoir de l'Eau, de l'Energie, des Transports et des Télécommunications, sont soumis à des seuils particuliers pour les marchés ouverts au niveau international (CHF 700'000.— à la place de CHF 350'000.—).

### **Qualification du marché (marché « mixte »)**

Il est possible qu'un appel d'offres regroupe deux, voire trois types de marché. Dans cette hypothèse, il conviendra préalablement d'identifier l'objet principal pour pouvoir qualifier globalement le marché, selon le principe de l'élément prépondérant. Si, par exemple, des prestations de services et des fournitures sont indissociables l'une de l'autre, il faudra rechercher quel est le marché qui a une valeur supérieure. Si les services ont une valeur supérieure aux fournitures, le marché sera qualifié globalement de marché de services. Dans le cas contraire, le marché sera qualifié de marché de fournitures.

Lorsque l'adjudicateur souhaite faire un appel d'offres d'entreprises totales de construction, il exige non seulement une offre de services (architectes + ingénieurs spécialisés), mais aussi une de construction et une de fournitures (mobiliier par exemple). On additionne l'ensemble des coûts des différents marchés et on considère le montant total. Si le montant de la construction représente la part la plus importante financièrement de l'ensemble des marchés, le marché sera qualifié de marché de construction et la valeur additionnée des marchés de services, de fournitures et de construction déterminera le choix de la procédure.

En cas de marché « mixte », l'adjudicateur peut aussi procéder par un appel d'offres unique constitué de trois lots, soit un lot de travaux, un lot de service, un lot de fourniture, et se réserver le droit d'adjuger l'ensemble des trois lots à une seule entreprise. Le cas échéant, il devra l'annoncer préalablement dans le dossier d'appel d'offres. Cependant, la détermination du type de procédure à appliquer est dépendante de la valeur du marché, à savoir l'addition des montants des trois lots.

## **10. Quand faut-il procéder sous la forme d'un concours en lieu et place d'un appel d'offres ?**

L'adjudicateur doit procéder à une mise en concurrence par appel d'offres s'il recherche une offre économiquement la plus avantageuse de la part d'un candidat jugé apte à exécuter un marché clairement déterminé avec une tâche et des objectifs clairement définis.

L'adjudicateur procédera à un concours de projets ou d'idées, voire à une commande de mandats d'étude parallèles, s'il recherche la meilleure solution ou la meilleure idée par rapport à un problème donné.

## **11. L'adjudicateur doit-il déterminer l'importance et la valeur du marché ?**

OUI. Une fois que l'adjudicateur a identifié un marché qu'il souhaite mettre en concurrence, il doit estimer aussi précisément que possible la valeur financière du marché afin de déterminer s'il se trouve en dessous ou au-dessus des valeurs-seuils pour le choix de la procédure. L'adjudicateur n'a pas l'obligation de fournir la valeur financière du marché aux soumissionnaires, mais il doit au minimum annoncer l'objet, l'importance, l'étendue et/ou le degré de complexité du marché.

Il ne faut pas sous-estimer la valeur du marché dans le but d'échapper à une valeur-seuil et d'éviter ainsi une procédure plus contraignante. Il est particulièrement recommandé de prendre la valeur supérieure de la fourchette d'évaluation du marché. Voir aussi l'annexe B pour la détermination des valeurs-seuils par rapport à l'importance d'un marché.

## **12. Dois-je me préoccuper du degré de complexité du marché ?**

OUI. En effet, le degré de complexité peut avoir une influence sur le choix de la procédure et le choix des critères d'aptitude, de sélection et d'adjudication.

Un marché standard, dont le montant estimé est au-dessus des valeurs-seuils, fait souvent appel à une procédure ouverte, alors que des marchés dits complexes, font souvent appel à des procédures sélectives qui permettent de déterminer en premier lieu l'aptitude du candidat à répondre à l'appel d'offres.

En cas de marché complexe, il est conseillé de fixer des critères d'aptitude et de qualification qui prédominent les critères relatifs au montant de l'offre. Voir aussi l'annexe G du guide romand qui propose une approche des degrés de complexité d'un marché.

## **13. Est-il important de déterminer les exigences et objectifs d'un marché avant le lancement de la procédure ?**

OUI, c'est essentiel. En effet, les exigences et objectifs du marché mis en concurrence sont la clé de voûte de la procédure. Raison pour laquelle, il est indispensable de les fixer avant de lancer la procédure.

Cela nécessite en premier lieu d'analyser les besoins essentiels, intentionnels et souhaitables, ainsi que la nature du marché. Ensuite, l'adjudicateur doit identifier les exigences qui permettront de déterminer les objectifs, les tâches à accomplir et les normes de performance.

Cela permet d'élaborer un cahier des charges précis et complet qui doit être compris autant par celui qui l'édite que par celui qui devra y répondre. Une fois le cahier des charges mis en place, il sera possible pour l'adjudicateur de fixer les conditions de participation, les qualifications requises, les critères d'aptitude et/ou de sélection, et enfin les critères d'adjudication.

A ce stade du processus, l'adjudicateur éditera le dossier d'appel d'offres, voire aussi le dossier de candidature en cas de procédure sélective. Ceci permettra par la suite d'éliminer, d'évaluer et de départager les candidats et soumissionnaires, ainsi que d'adjuger le marché. Voir aussi l'annexe M du guide romand qui propose les têtes de chapitre d'un cahier des charges.

## **14. Quels sont les principes de base de l'attribution des marchés publics ?**

Voir annexe D du guide romand

## **15. Quels sont les types de procédure ?**

Voir annexe E du guide romand

## **16. Quels sont les types de concours ?**

Voir annexe F du guide romand

## **17. Quelle est la marche à suivre ?**

Voir annexes H du guide romand

## **18. Quelle est la planification d'une procédure ?**

Voir annexes I du guide romand