

QUESTIONS PRÉLIMINAIRES À SE POSER

Avant de mettre en place une procédure de marchés publics, l'adjudicateur devrait répondre à un certain nombre de questions qui lui permettront de déterminer le type de procédure à appliquer. L'adjudicateur peut se référer à l'annexe X 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 public ?***
2. ***Qui est assujetti à la législation sur les marchés publics ?***
3. ***Quelle législation appliquer ?***
4. ***Quels sont les types de marchés ?***
5. ***Certains marchés publics sont-ils exemptés de la législation sur les marchés publics ?***
6. ***Tous les prestataires étrangers peuvent-ils déposer une offre ou un projet en cas d'ouverture du marché au niveau international ?***
7. ***Existe-t-il des clauses d'exception permettant d'éviter la mise en concurrence publique et d'adjuger un marché de gré à gré ?***
8. ***L'adjudicateur doit-il déterminer l'importance et la valeur du marché ?***
9. ***Faut-il se préoccuper du degré de complexité du marché ?***
10. ***Est-il important de déterminer les exigences et objectifs d'un marché avant le lancement de la procédure ?***
11. ***Qu'est-ce que la clause de minimis ?***
12. ***Quand faut-il procéder sous la forme d'un concours en lieu et place d'un appel d'offres ?***

1. Qu'est-ce qu'un marché public ?

Le marché désigne toute forme d'acquisition de prestations, tout type de contrat à attribuer. 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'informatique, d'assurance, de transport de personnes, d'entretien ou d'entreprise générale. Le marché correspond à ce qui sera adjugé et qui fera l'objet d'un contrat distinct avec le soumissionnaire qui l'a remporté.

Un marché public est un contrat conclu entre un adjudicateur et un soumissionnaire en vue de l'exécution d'une tâche publique. Il est caractérisé par sa nature onéreuse ainsi que par l'échange de prestations et contre-prestations, la prestation caractéristique étant fournie par le soumissionnaire.

En revanche, ne sont notamment pas couvertes par le droit des marchés publics les situations suivantes :

- L'achat de terrains ou de bâtiments existants ;
- L'engagement d'employés par contrat de travail ;
- L'attribution d'un monopole ou d'une concession (cf. cependant l'art. 2, al. 7 de la loi fédérale sur le marché intérieur [LMI]) ;
- La conclusion d'un contrat de sponsoring.

2. Qui est assujetti à la législation sur les marchés publics ?

La question de l'assujettissement au droit des marchés publics peut représenter une question complexe en pratique. Les hypothèses suivantes rendent compte de la diversité des situations susceptibles de se présenter en pratique. Elles ne sauraient prétendre à l'exhaustivité :

- a) Toute administration publique cantonale ou communale, une subdivision (service, office, bureau, etc.) de ces administrations ou une association formée par elles (par exemple, association intercommunale) ;
- b) Une collectivité de droit public (par exemple, établissement ou fondation de droit public) de niveau cantonal ou communal, dans la mesure où elle n'a pas un caractère commercial ou industriel, ou ne poursuit pas un but commercial ou industriel ;
- c) Une entité privée, dans le cas où elle réalise un projet subventionné à plus de 50% par des fonds publics ;
- d) Une entreprise active dans les domaines de l'approvisionnement en eau, en énergie et dans celui des transports et des télécommunications (appelées aussi entreprises EETT ou « entreprises sectorielles ») ;
- e) Une entreprise au bénéfice d'une concession dans les domaines de l'eau, des ports, des aéroports, des transports urbains et régionaux ;
- f) Une entité citée dans la législation cantonale sur les marchés publics en tant qu'entité assujettie ;
- g) Une collectivité assumant des tâches cantonales ou communales dans la mesure où elle n'a pas de caractère commercial ou industriel (fondation, association) ;
- h) Un organisme de droit public, soit tout organisme:
 1. créé pour satisfaire spécifiquement des besoins d'intérêt général ayant un caractère autre que commercial ou industriel ;
 2. doté d'une personnalité juridique ; **et**
 3. dont soit l'activité est financée majoritairement par l'Etat, les collectivités territoriales ou d'autres organismes de droit public, soit la gestion est soumise à un contrôle par ces derniers, soit l'organe d'administration, de direction ou de surveillance est composé de membres dont plus de la moitié est désignée par l'Etat, les collectivités territoriales ou d'autres organismes de droit public.

3. Quelle législation appliquer ?

Pour les adjudicateurs de rang cantonal ou communal, les bases légales applicables sont les suivantes :

- la loi cantonale sur les marchés publics ;
- le règlement ou l'ordonnance d'exécution de la loi cantonale.

A titre complémentaire, il faut également se référer aux bases légales de niveau supérieur, à savoir :

- l'Accord intercantonal du 25 novembre 1994/15 mars 2001 sur les marchés publics (AIMP)* ;
- la loi fédérale du 6 octobre 1995 sur le marché intérieur (LMI) ;
- l'Accord international du 15 avril 1994 sur les marchés publics révisé (AMP 2012 ; adopté le 30 mars 2012) pour les marchés internationaux ;
- l'Accord bilatéral du 21 juin 1999 entre la Suisse et l'Union européenne sur certains aspects relatifs aux marchés publics pour les marchés internationaux.

* A noter qu'un nouvel accord intercantonal sur les marchés publics a été adopté le 15 novembre 2019 (AIMP 2019) par l'autorité intercantonale pour les marchés. Le processus d'adhésion des différents cantons à cet accord est en cours.

Les principales bases légales du droit des marchés publics en Suisse sont l'Accord du 15 avril 1994 sur les marchés publics révisé (AMP 2012), l'Accord (bilatéral) du 21 juin 1999 entre la Confédération suisse et la Communauté européenne sur certains aspects relatifs aux marchés publics, la loi fédérale du 16 décembre 1994 sur les marchés publics (LMP) et son ordonnance d'application du 11 décembre 1995 (OMP), la loi fédérale du 6 octobre 1995 sur le marché intérieur (LMI), l'Accord intercantonal du 25 novembre 1994/15 mars 2001 sur les marchés publics (AIMP), les législations cantonales d'exécution de l'AIMP généralement composées d'une loi et d'un règlement ou d'une ordonnance d'application.

a. Droit international

Les règles internationales des marchés publics s'appliquent aux marchés dont la valeur dépasse les valeurs seuils fixées par les accords internationaux. Ces règles ont été transposées dans la loi fédérale, d'une part, et dans l'accord intercantonal (AIMP) d'autre part. Les engagements internationaux contractés par la Suisse en matière de marchés publics ont pour principal effet d'ouvrir les marchés publics étrangers aux entreprises suisses en contrepartie d'une ouverture des marchés publics suisses aux entreprises étrangères.

Extrait du tableau des valeurs-seuils fixées par les traités internationaux

	Fournitures	Services*	Constructions (valeur totale de l'ouvrage)
Procédure ouverte/ sélective internationale	Dès CHF 350'000.- (HT)	Dès CHF 350'000.- (HT)	Dès CHF 8,7 mio (HT)

* selon liste exhaustive des services soumis aux traités internationaux figurant à l'annexe 5 de l'appendice 1 de l'AMP 2012 (cf. chapitre 4 ci-après).

Par exemple les services de sécurité sociale obligatoires définis au code CPC 913 ne sont pas soumis au droit international mais restent soumis à l'AIMP (notamment les assurances des 1^{er} et 2^e piliers, assurance-accidents, assurance-maternité, assurance perte de gain obligatoire, assurance chômage, ainsi que les prestations en matière d'allocations familiales).

b. Droit fédéral

La loi fédérale du 21 juin 2019 sur les marchés publics (LMP) et son ordonnance d'application du 12 février 2020 (OMP) réglementent uniquement les marchés fédéraux, soit essentiellement les marchés de la Confédération, des Ecoles polytechniques fédérales (EPFL et EPFZ), des CFF, de la Poste et d'autres entités fédérales. **La LMP et l'OMP ne sont en principe pas applicables aux marchés organisés par des pouvoirs adjudicateurs de rang cantonal ou communal** (pour une exception, cf. art. 2c, al. 1 OMP « adjudication commune » selon lequel « Lorsque plusieurs adjudicateurs soumis au droit fédéral et au droit cantonal participent en commun à un marché public et qu'un adjudicateur de la Confédération supporte la part la plus importante du financement, le droit fédéral s'applique »). Il existe des dispositions fédérales particulières pour certains marchés, par exemple dans l'ordonnance fédérale sur les routes nationales (ORN). La loi fédérale sur le marché intérieur (LMI) énonce en revanche des dispositions générales applicables aux seuls marchés publics organisés par les cantons, les communes et les autres organes assumant des tâches cantonales ou communales (cf. art. 5 et 9 LMI). Ces dernières rappellent essentiellement l'obligation de publier les marchés d'une certaine importance, de ne pas discriminer les personnes ayant leur siège ou leur établissement en Suisse et de prévoir des voies de recours contre les décisions des pouvoirs adjudicateurs.

c. Droit intercantonal et cantonal

L'AIMP et la législation cantonale d'exécution des marchés publics s'appliquent aux marchés des cantons, des communes et des autres collectivités de droit public cantonal ou communal (cf. point précédent, « *Qui est assujéti à la législation sur les marchés publics ?* »).

Les marchés auxquels participent plusieurs adjudicateurs (collaboration entre plusieurs cantons ou entre canton et Confédération) sont soumis au droit applicable au lieu du siège de l'adjudicateur principal. Les marchés lancés par une organisation commune sont soumis au droit applicable au lieu du siège de cette organisation. Si celle-ci n'a pas de siège, le droit applicable est celui du lieu où l'activité principale est déployée ou au lieu d'exécution. Une convention contraire reste réservée (art. 8, al. 3 AIMP).

A noter qu'un nouvel accord intercantonal sur les marchés publics a été adopté le 15 novembre 2019 (AIMP 2019) par l'autorité intercantonale pour les marchés. Le processus d'adhésion des différents cantons à cet accord est en cours.

4. Quels sont les types de marchés ?

La législation distingue les trois types de marchés suivants :

- Les marchés de construction ;
- Les marchés de fournitures ;
- Les marchés de services.

Les marchés de construction ont pour objet la réalisation de travaux de construction de bâtiments ou de génie civil. On différencie les travaux du gros-œuvre et du second œuvre :

- Sont considérés comme du **gros œuvre** tous les travaux nécessaires à la structure porteuse d'un ouvrage. Ces travaux correspondant aux codes de frais de construction (CFC) 17 « Travaux spéciaux de génie civil », 20 « Excavation », 21 « Gros œuvre 1 » et, en partie, 41 « Constructions » du Centre suisse d'études pour la rationalisation de la construction (CRB ; cf. norme SN 506 500 «Code des frais de construction CFC», édition 2017) ;
- Sont considérés comme du **second œuvre**, tous les autres types de travaux, à savoir principalement les travaux correspondant aux CFC 22 « Gros œuvre 2 » (malgré son appellation qui prête à confusion), 23 « Installations électriques », 24 « Installations CVC, automatismes du bâtiment », 25 « Installations sanitaires », 26 « Installations de transport, installations de stockage », 27 « Aménagements intérieurs 1 », 28 « Aménagements intérieurs 2 » et, en partie, 41 « Constructions » (cf. norme SN 506 500 «Code des frais de construction CFC», édition 2017).

Les marchés de fournitures ont pour objet l'acquisition de biens mobiliers, notamment sous forme d'achat, de crédit-bail, de leasing, de location (bail à loyer, bail à ferme) ou de location-vente.

Sont notamment considérés comme des marchés de fournitures : l'acquisition ou la location de véhicules de fonction, de véhicules de travaux et d'entretien, de machines de bureau, de fournitures de bureau, l'acquisition de matériel informatique (ordinateurs, logiciels), de mobilier, de fournitures scolaires, de même que l'achat de matériaux de construction ou de papier.

Les marchés de services ont pour objet l'acquisition de prestations.

Sont notamment considérés comme des **marchés de services** : les prestations d'architectes, d'ingénieurs, de géomètres, d'urbanistes et d'autres métiers associés, les services informatiques et connexes, les marchés d'assurances (de personne, de chose, de travaux, etc.), les services d'entretien et de maintenance, de nettoyage de bâtiments, la location de services, l'entretien des aménagements extérieurs, les services juridiques, comptables et de révision.

L'annexe 5 de l'appendice 1 de l'Accord international sur les marchés publics révisé (AMP 2012) liste exhaustivement les marchés de services susceptibles d'être soumis à concurrence internationale. Ces marchés sont désignés par des numéros de référence CPC (Classification centrale des produits). Pour comprendre ce qui se cache derrière chaque code de marché de cette annexe, il est nécessaire de

consulter la liste CPC provisoire de l'ONU établie en 1989 par la Commission statistique de l'ONU sur mandat du Conseil économique et social. Cette liste se trouve à l'adresse Internet suivante : (<https://publications.europa.eu/fr/publication-detail/-/publication/c9b41ccd-7b50-4408-b870-1e4391b09399>).

Nota bene : Les marchés de services qui ne figurent pas sur la liste de l'annexe 5 de l'appendice 1 de l'AMP 2012 ne sont pas « soumis » aux traités internationaux et ne doivent dès lors pas faire l'objet d'une mise en concurrence internationale même s'ils atteignent les seuils internationaux. Ces marchés devront en revanche faire l'objet d'une mise en concurrence au niveau national, puisque par principe tous les marchés publics de services sont « soumis » à l'AIMP, sous réserve d'application d'une clause d'exemption.

Les marchés mixtes

Il est possible qu'un appel d'offres regroupe deux, voire trois types de marchés. 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.

Exemples :

Lorsque l'adjudicateur souhaite faire un appel d'offres d'entreprises totales de construction, il exige une offre totale qui regroupe des prestations de services (architectes + ingénieurs spécialisés) et de construction, voire éventuellement aussi de fournitures (mobiliers par exemple). Si le montant de la construction représente la part financièrement la plus importante, le marché sera qualifié de marché de construction. La valeur additionnée des marchés de services, de construction et éventuellement de fournitures déterminera le choix de la procédure.

Dans le domaine informatique, un adjudicateur souhaite acquérir des licences pour exploiter un logiciel (marché de fournitures) ainsi que les prestations liées à l'implémentation et à la maintenance de ce logiciel (marché de services) sur plusieurs années auprès d'un même prestataire. La valeur prépondérante des prestations (fournitures ou services) sur l'ensemble du marché sera déterminante pour qualifier globalement ce marché mixte.

5. Certains marchés publics sont-ils exemptés de la législation sur les marchés publics?

Les accords internationaux et l'AIMP prévoient l'inapplicabilité du droit des marchés publics dans certaines situations exceptionnelles. L'adjudicateur bénéficie alors de la possibilité de contracter librement avec le partenaire de son choix. Ces situations sont notamment les suivantes :

- a) Marchés acquis gratuitement (*exemple : mécénat*) ;
- b) Marchés passés avec (et non par) des institutions pour handicapés, des œuvres de bienfaisance ou des établissements pénitentiaires ;
- c) Marchés passés sur la base d'un traité international ;
- d) Marchés passés avec une organisation internationale sur la base d'une procédure spéciale ;
- e) Acquisition d'armes, de munitions ou de matériel de guerre, ainsi que la réalisation d'infrastructures militaires ;
- f) Lorsque la passation du marché risque de mettre en danger l'ordre ou la sécurité publics ;
- g) Lorsque la protection de la santé et de la vie des personnes, d'animaux ou de plantes l'exige ;
- h) Lorsque la passation du marché porte atteinte aux droits de la propriété intellectuelle.

En plus de ces situations, la jurisprudence admet l'inapplicabilité du droit des marchés publics en cas de marchés passés entre deux pouvoirs adjudicateurs, soit en cas de marché in-house, quasi in-house et in-state. Ces exceptions au champ d'application des marchés publics sont interprétées restrictivement par les tribunaux.

Marché in-house : hypothèse dans laquelle un adjudicateur fait exécuter des prestations par son propre personnel, ou en cas de délégation de tâches publiques interne à l'administration (par exemple, un service de l'administration communale commande des prestations auprès d'un autre service de cette même administration). Dans ce cas de figure, l'adjudicataire n'est pas une entité indépendante de l'adjudicateur.

Marché quasi in-house : hypothèse dans laquelle un adjudicateur commande des prestations à une entité juridique séparée de l'adjudicateur mais avec laquelle il est en lien spécial et étroit. Trois conditions doivent être réunies pour que l'on se trouve dans un tel cas :

- a) Il est nécessaire que l'adjudicataire soit intégralement en mains publiques (100%) ; une participation minoritaire d'actionnaires privés au capital-actions d'une société d'économie mixte suffit à entraîner l'applicabilité du droit des marchés publics ;
- b) L'activité essentielle de l'adjudicataire doit s'exercer au profit de l'adjudicateur (au moins à 80%). Autrement dit, l'adjudicataire ne doit pas avoir d'activités significatives au profit de clients tiers ;
- c) L'adjudicateur doit exercer sur l'adjudicataire un contrôle analogue à celui qu'il exerce sur ses propres services ; ce contrôle s'exerce par la détention prépondérante du capital-actions, la domination au sein du conseil d'administration de l'adjudicataire et des accords contractuels susceptibles de créer chez l'adjudicataire une obligation d'obéissance à l'égard de l'adjudicateur. Ce contrôle peut s'exercer par le biais d'un vote majoritaire, même si cette majorité résulte d'un partenariat de différents actionnaires.

Marché in-state : hypothèse dans laquelle l'adjudicataire est une entité tierce non contrôlée par l'adjudicateur mais qui exerce uniquement des activités d'intérêts publics et non concurrentielles. Deux conditions doivent être réunies pour que l'on se trouve dans un tel cas :

- a) Il est nécessaire que l'adjudicataire soit intégralement en mains publiques (100%) ; une participation minoritaire d'actionnaires privés au capital-actions d'une société d'économie mixte suffit à entraîner l'applicabilité du droit des marchés publics ;
- b) L'adjudicataire ne doit pas être un acteur du marché. Autrement dit, il ne doit pas exercer une activité soumise à la concurrence.

6. Tous les prestataires étrangers peuvent-ils déposer une offre en cas d'ouverture du marché au niveau international ?

En cas de procédure soumise à l'Accord international sur les marchés publics révisé (AMP 2012), l'adjudicateur a l'obligation d'ouvrir son marché au moins aux prestataires dont le siège social se trouve dans un pays qui a signé un engagement offrant la réciprocité aux prestataires suisses.

La liste des Etats qui accordent la réciprocité dans le domaine des marchés publics au titre des traités internationaux de la Suisse est disponible sur la page de garde du site internet de la plateforme simap.ch : https://www.simap.ch/shabforms/FR/PDF/SIMAP/FR_Etats_reciprocit%C3%A9_accords_internationaux_Suisse.pdf.

7. Existe-t-il des clauses d'exception qui permettent d'éviter une mise en concurrence et ainsi d'adjuger un marché de gré à gré ?

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

- a) Aucune offre ou demande de participation n'est présentée ou aucun soumissionnaire ne répond aux critères d'aptitude prévus ;
- b) Les offres ont fait l'objet d'une concertation préalable ;
- c) Les offres ne respectent pas les exigences essentielles de l'appel d'offres ou les spécifications techniques énoncées dans le cahier des charges ;

- d) Un seul prestataire est capable d'exécuter le marché (*ce qui doit être démontré*), en raison des particularités techniques ou artistiques du marché ou pour des motifs relevant de la protection de la propriété intellectuelle, et il n'existe pas de solution de rechange adéquate ;
- e) En raison d'événements imprévisibles, l'urgence du marché est telle qu'il est impossible de suivre une procédure ouverte, sélective ou sur invitation. Cette clause est soumise à des exigences restrictives (un événement imprévisible provoque la situation d'urgence (catastrophe naturelle), l'urgence du marché ne doit pas être imputable à l'adjudicateur (inaction ou mauvaise planification) et une procédure ouverte, sélective ou sur invitation ne pourrait être suivie même en réduisant les délais) et ne peut être invoquée que pour résorber l'urgence ;
- f) Des prestations (fournitures, services, travaux) destinées à remplacer, à compléter ou à accroître des prestations déjà fournies doivent être achetées auprès du soumissionnaire initial car un changement de soumissionnaire n'est pas possible pour des raisons économiques ou techniques (interchangeabilité avec des matériels, logiciels, services ou installations existants) ou entraînerait des difficultés importantes ou une augmentation substantielle des coûts (*Ce motif se fonde sur l'article XIII, alinéa 1, lettre c AMP 2012*) ;
- g) L'adjudicateur achète des nouvelles marchandises (prototypes) ou des prestations d'un nouveau genre qui ont été produites ou mises au point à sa demande dans le cadre d'un marché de recherche, d'expérimentation, d'étude ou de développement original ;
- h) Des prestations d'exécution sont adjudgées au lauréat d'un concours d'étude ou d'un concours portant sur les études et la réalisation ou au lauréat de mandats d'étude parallèles. Cette clause est soumise aux exigences suivantes : la procédure précédente a été organisée dans le respect de la législation sur les marchés publics applicable, les propositions de solutions ont été jugées par un jury indépendant et l'adjudicateur s'est réservé le droit d'adjuger le marché complémentaire de gré à gré dans la procédure précédente ;
- i) L'adjudicateur achète des biens à un prix nettement inférieur aux prix usuels à la faveur d'une offre avantageuse limitée dans le temps (*en cas de liquidation ou de vente aux enchères*) ;
- j) L'adjudicateur achète des biens sur un marché de produits de base (*par exemple : eau, gaz, pétrole...*).

En cas d'application d'une clause d'exception, la décision d'adjudication de gré à gré est sujette à recours et doit, dans certains cantons, faire l'objet d'une publication officielle. De plus, l'adjudicateur doit établir un rapport dans lequel sont décrits les motifs qui l'ont conduit à procéder de gré à gré. Le choix d'utiliser une clause d'exception doit être pris avec beaucoup de prudence.

8. 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.

Lorsqu'un adjudicateur décide de décomposer son marché en plusieurs lots, de même nature ou de natures différentes, et qu'il est possible pour les soumissionnaires de postuler pour chacun de ces lots, la valeur du marché correspond à la valeur cumulée des lots. Il est recommandé à l'adjudicateur de définir dans ses documents d'appel d'offres des règles relatives à l'attribution des lots (ordre de priorité, chronologie, ampleur, disponibilité, etc.).

9. Faut-il se préoccuper du degré de complexité du marché ?

OUI. En effet, le degré de complexité peut avoir une influence sur le choix de la procédure, des critères

d'aptitude et d'adjudication, ainsi que sur leur pondération.

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 qualitatifs qui sont davantage pondérés que les critères relatifs au prix. Voir aussi l'annexe G qui propose une approche des degrés de complexité d'un marché.

10. 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 une analyse des besoins afin de déterminer les objectifs essentiels, visés et souhaités, ainsi que la nature du marché. L'adjudicateur doit ensuite identifier les exigences qui permettront de déterminer les objectifs, les tâches à accomplir et les normes de performance.

Il peut ainsi élaborer un cahier des charges clair, précis et complet. Une fois le cahier des charges mis en place, il sera possible pour l'adjudicateur de fixer les conditions de participation, les critères d'aptitude et enfin les critères d'adjudication, ainsi que leur éventuelle pondération respective.

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 qui propose les têtes de chapitre d'un cahier des charges.

11. Qu'est-ce que la clause de minimis ?

La clause de minimis permet à l'adjudicateur de soustraire certains marchés de construction à une concurrence internationale alors que l'ouvrage à construire (valeur totale) atteint un montant supérieur à CHF 8'700'000.- et est dès lors soumis à la concurrence internationale. Pour déterminer si l'ouvrage en question dépasse CHF 8'700'000.-, il faut additionner la valeur de tous les marchés de construction nécessaires à sa réalisation.

La clause de minimis ne s'applique qu'aux marchés de construction d'un ouvrage soumis à la concurrence internationale qui n'atteignent pas séparément la valeur de CHF 2'000'000.- (HT) et qui, calculés ensemble, ne dépassent pas le 20% de la valeur totale de l'ouvrage (sans honoraires, sans le budget mobilier et sans la TVA). Une fois atteinte la valeur représentant le 20% de l'ouvrage, les marchés de construction restants ne peuvent plus être soustraits à la concurrence internationale. Ils doivent ainsi faire l'objet d'une procédure soumise à la concurrence internationale indépendamment de leur valeur.

En cas d'application de la clause de minimis, 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 donne un exemple de l'application de la clause de minimis et l'annexe X en donne une explication résumée.

12. 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. Il existe des normes professionnelles que les pouvoirs adjudicateurs peuvent intégrer à leurs procédures (cf. par exemple SIA 142 et 143 pour les prestations d'architecture et d'ingénierie).