TRIAS

Bases et introduction

Rouge = Niveau fédéral
Bleu = Cantons, villes, communes
Orange = Soumis aux accords internationaux

Introduction

Définition

Pour accomplir leur tâche, la Confédération, les cantons, les districts, les communes ainsi que d'autres adjudicateurs publics et certains adjudicateurs privés soumis au droit des marchés publics (pour simplifier: «l'Etat») ont besoin de travaux de construction, de fournitures et de services, qu'ils obtiennent et achètent auprès de soumissionnaires. Le droit des marchés publics rassemble des dispositions sur la manière dont l'Etat peut acheter de telles prestations sur le marché. A la différence des adjudicateurs privés, l'Etat n'est pas totalement libre (autonomie privée), mais doit respecter des prescriptions détaillées, eu égard au lien avec le droit et les principes de l'Etat de droit et plus particulièrement en raison du principe de neutralité concurrentielle. Compte tenu du but des marchés publics (cf. art. 2 LMP / AIMP), la procédure d'adjudication doit garantir la passation transparente, compréhensible, non arbitraire et fondée sur des critères objectifs du marché public à un prestataire (privé) choisi parmi plusieurs soumissionnaires intéressés.

But du droit des marchés publics

Le but principal du droit des marchés publics consiste à garantir l'utilisation économique, efficiente et durable des fonds publics et, partant, à encourager une concurrence efficace. L'égalité de traitement et la non-discrimination des soumissionnaires, la transparence et l'équité des procédures d'adjudication ainsi que (dans un contexte international) l'ouverture des marchés et l'octroi de l'accès réciproque aux marchés publics, même pour les soumissionnaires domiciliés à l'étranger, sont autant de principes devant être respectés.

Hyperliens

Objectifs des marchés publics et principes régissant la procédure

Importance économique

Les marchés publics ont un poids économique considérable. On estime à quelque 42 milliards de francs les fournitures, travaux de construction et services acquis chaque année par la Confédération, les cantons et les communes. A lui seul, ce chiffre démontre toute l'importance du système des marchés publics.

Bases légales

Marchés soumis aux accords internationaux / marchés non soumis aux accords internationaux (marché intérieur)

Les marchés publics modernes trouvent leur origine dans un accord international conclu dans le cadre de l'Organisation mondiale du commerce (OMC) (Government Procurement Agreement [GPA]), qui a pris effet pour la Suisse début 1996. A cela s'est ajouté un peu plus tard un accord supplémentaire relatif aux marchés publics, que la Suisse a conclu avec l'UE et qui fait partie intégrante des accords bilatéraux (accords bilatéraux I). Les prescriptions de ces accords internationaux (AMP et accords bilatéraux CH-UE) en matière de marchés publics des Etats membres constituent les marchés soumis aux accords internationaux. Les marchés qui ne sont pas soumis à ces prescriptions relèvent du marché intérieur ou des marchés non soumis aux accords internationaux.

La plupart des marchés, notamment ceux passés par les communes et les petits cantons, relèvent des marchés non soumis aux accords internationaux.

Lorsque vous vous demandez si un marché est soumis aux accords internationaux, vérifiez:

- que les valeurs seuils selon l'annexe 4 LMP / annexe 1 AIMP sont atteintes;
- que l'adjudicateur est couvert par le champ d'application dans les annexes nationales spécifiques des accords; et
- qu'il s'agit d'un marché de construction, de fournitures ou de services recensé dans l'accord (art. 8 al. 4 LMP et annexe 4-6 de l'appendice I de l'AMP et appendices VI et VII de l'accord bilatéral CH-UE).

Des prescriptions plus strictes sont en principe applicables sur les marchés soumis aux accords internationaux. En pratique, les différences avec les marchés purement intérieurs ne sont cependant pas très importantes. De façon générale, le déroulement des procédures d'adjudication est notamment le même.

Hyperliens

1.3 Quel est l'objet du marché public?

3.1 Quelle est la procédure applicable?

Accords internationaux

OMC

Hyperliens

1.2 Qui est l'adjudicateur?

L'Accord sur les marchés publics du GATT / OMC (Government Procurement Agreement, AMP) a été signé en 1994 (en vigueur pour la Suisse depuis le 1er janvier 1996) et constitue le principal accord international en relation avec les marchés publics. Il a été révisé en 2012 et sa version remaniée est entrée en vigueur en Suisse le 1er janvier 2021. Les adjudicateurs de la Confédérations et des cantons ainsi que les pouvoirs publics et les entreprises publiques des secteurs de l'eau, de l'électricité et des transports (entreprises opérant sur des marchés sectoriels) y sont soumis. L'AMP oblige les Etats signataires à ouvrir leurs marchés publics aux soumissionnaires/entreprises d'autres Etats membres et s'appuie notamment sur les principes de non-discrimination des soumissionnaires étrangers, d'égalité de traitement des soumissionnaires nationaux et

étrangers et de transparence.

Accord bilatéral CH-UE

Hyperliens

art. 2 et 3 de l'accord bilatéral CH-UE

1.2 Qui est l'adjudicateur?

Parmi les autres obligations relevant de l'accord bilatéral, il convient de respecter l'accord entre la Confédération suisse et l'Union européenne sur certains aspects relatifs aux marchés publics (accord bilatéral CH-UE, en vigueur depuis le 1er juin 2002).

Dans le cadre des relations bilatérales, il règle principalement l'élargissement du champ d'application de l'AMP à d'autres pouvoirs publics et entreprises publiques dans les secteurs de l'AMP ainsi qu'à d'autres secteurs (transport sur rail, approvisionnement en gaz et en chaleur, télécommunication). Par ailleurs, des entreprises privées sont également assujetties au droit des marchés publics, pour autant qu'elles soient dotées de droits particuliers ou exclusifs (p. ex. concessions) et qu'elles possèdent ainsi des droits d'exclusivité (surtout des monopolistes).

En vertu de l'accord bilatéral, les districts et les communes doivent également respecter les prescriptions internationales de l'AMP pour leurs marchés.

Autres

Hyperliens

art. 1 let. c accord bilatéral CH-UK

La Suisse s'est également engagée dans un accord international vis-à-vis de la Grande-Bretagne à ce que l'accord bilatéral CH-UE reste applicable concernant certains aspects des marchés publics.

Il existe par ailleurs d'autres accords internationaux qui reposent sur l'AMP et qui contiennent certaines obligations dans le domaine des marchés publics.

Droit fédéral

LMP / OMP

La loi fédérale sur les marchés publics (LMP) s'applique aux marchés publics de la Confédération. La LMP est concrétisée par l'ordonnance sur les marchés publics (OMP). Ces deux textes ne sont applicables que pour les marchés publics de la Confédération. Ces dernières années, la LMP et l'OMP ont fait l'objet d'une révision complète et d'une harmonisation presque complète avec l'AIMP. Le nouveau droit des marchés publics de la Confédération est entré en vigueur le 1er janvier 2021.

Org-OMP

L'ordonnance sur l'organisation des marchés publics de l'administration fédérale (Org-OMP) règle les tâches et les compétences relatives aux marchés publics de l'administration fédérale.

LMI

Hyperliens

art. 3 et 5 al. 1 LMI

La loi fédérale sur le marché intérieur (LMI) a pour but de supprimer les obstacles de droit public à la concurrence. Organisée sous forme de loi-cadre, elle comporte des prescriptions pour les marchés publics des cantons, districts, communes et autres organes assumant des tâches cantonales ou communales; mais non pour les marchés publics des services fédéraux, qui s'appliquent en plus du droit cantonal des marchés publics. Le principe essentiel de la LMI veut que toute personne ayant son siège ou son établissement en Suisse ne soit pas désavantagée ni discriminée lors de l'accès aux marchés publics. L'obligation de lancer un appel d'offres concernant les marchés importants et la protection juridique sont également réglées dans la LMI dans le sens de prescriptions minimales. Lorsqu'un marché public s'appuie sur l'AIMP, on suppose que les exigences de la LMI seront respectées.

Droit intercantonal

AIMP

Hyperliens

Vue d'ensemble des adhésions à l'AIMP

D'une part, les cantons, les districts et les communes appliquent les prescriptions des accords internationaux pour leurs marchés publics avec l'Accord Intercantonal sur les Marchés Publics (AIMP). D'autre part, l'AIMP assure également une harmonisation des règles des marchés publics sur le marché intérieur.

A l'instar du droit des marchés publics de la Confédération, l'AIMP a été révisé en 2019 et le droit cantonal a ainsi été presque complètement harmonisé. L'AIMP révisé est entré en vigueur le 1er juillet 2021. Il s'applique à tous **les cantons qui y ont adhéré** ainsi qu'à leurs districts et communes. **Il faut donc vérifier individuellement pour chaque canton s'il a déjà adhéré au nouvel AIMP**. Une vue d'ensemble des adhésions est disponible sur le site Internet de la Conférence suisse des directeurs des travaux publics, de l'aménagement du territoire et de l'environnement (cf. https://www.bpuk.ch/fr/dtap/concordats/aimp/aimp-2019). L'AIMP 2001 continue de s'appliquer dans les cantons qui n'ont pas encore adhéré à l'AIMP 2019 révisé.

Les prescriptions de l'AIMP sont contraignantes pour les cantons qui y ont adhéré, même lors de la promulgation de leurs propres arrêtés sur les marchés publics.

Législation cantonale

La marge de manœuvre du droit d'exécution cantonal est extrêmement limitée compte tenu de l'AIMP. Une compétence résiduelle de promulgation de dispositions cantonales d'exécution dans le droit des marchés publics ne subsiste que dans de rares domaines (cf. art. 63 al. 4 AIMP). Le législateur exprime ainsi le fait que l'AIMP est en principe exhaustif et qu'il requiert tout au plus une concrétisation ponctuelle.

Droit communal

Sous réserve de leur activité commerciale ou industrielle, les adjudicateurs communaux sont en principe soumis au droit cantonal général. Les directives et instructions communales concernant les questions d'appréciation sont possibles en guise d'instructions de travail internes, mais ne permettent pas de lever, de modifier ni de compléter les règles cantonales applicables.

Nouveautés du droit des marchés publics révisé, notamment nouvelle culture en matière d’adjudication

Révision LMP / AIMP

Dans le sillage de la révision de l’AMP en 2012, la Confédération et les cantons se sont lancés dans une révision complète des lois nationales, à savoir de la loi et de l’ordonnance sur les marchés publics (LMP / OMP) et de l’Accord Intercantonal sur les Marchés Publics (AIMP). L’objectif consistait à harmoniser et à simplifier autant que possible les réglementations entre la Confédération et les cantons, mais aussi entre les cantons eux-mêmes, afin de faciliter l’exécution des marchés publics.

Hyperliens

KBOB/CA, Fiche d’information Nouvelle culture en matière d’adjudication

Nouvelle culture en matière d’adjudication

La révision de la LMP / de l’AIMP a ancré dans la loi une nouvelle culture en matière d’adjudication **qui tient expressément compte de la qualité de la prestation, tout en encourageant et prenant en considération la durabilité et l’innovation**. Outre l’harmonisation, le nouveau droit des marchés publics entend donc également engendrer un changement de culture au profit d’une concurrence axée sur la qualité. Le marché ne doit plus être adjugé au soumissionnaire ayant présenté l’offre «la plus avantageuse économiquement», mais à celui ayant présenté l’offre «la plus avantageuse» (art. 41LMP / AIMP). Le législateur veut ainsi s’assurer que les critères d’adjudication en lien avec la qualité, soit p. ex. la durabilité et d’autres critères d’adjudication inscrits dans la loi ou dans l’accord aient une importance accrue par rapport au prix. La durabilité, mentionnée dans la loi, respectivement dans l’accord, constitue en particulier un aspect qualitatif important, qui doit être davantage pris en compte dans les appels d’offres.

Hyperliens

KBOB/CA, Fiche d’information Nouvelle culture en matière d’adjudication

Divers instruments de la KBOB en lien avec la construction durable

Nouvelle culture en matière d’adjudication dans la LMP / l’AIMP

La nouvelle culture en matière d’adjudication se manifeste en plusieurs endroits dans les lois révisées (LMP / AIMP). Rappelons notamment les points suivants:

Hyperliens

KBOB/CA, Fiche d’information Nouvelle culture en matière d’adjudication

- La formulation des **buts** de la LMP / l’AIMP est plus large et l’**article énonçant le but** n’exige plus simplement l’utilisation économique des deniers publics, mais aussi une utilisation qui ait des effets économiques, écologiques et sociaux durables. La prévention de la corruption fait en outre l’objet d’une attention particulière.

Hyperliens

art. 2 let. a LMP

art. 2 let. a AIMP

- Dans l'appel d'offres, il convient de choisir, outre les critères d'adjudication liés au prix (prix d'acquisition et tous les autres éléments de fixation du prix), des **critères d'adjudication liés à la qualité** tels que la durabilité, les coûts du cycle de vie, la plausibilité et le caractère innovant, qui permettent de tenir compte davantage des aspects qualitatifs lors de l'évaluation des offres.

Hyperliens

art. 29 al. 1 LMP

art. 29 al. 1 AIMP

Calculateur des niveaux de prix de la CA et de la KBOB

- La législation prévoit expressément la possibilité pour l'adjudicateur de prévoir, dans les **spécifications techniques**, des mesures destinées à préserver les ressources naturelles ou à protéger l'environnement.

Hyperliens

art. 30 al. 4 LMP

art. 30 al. 4 AIMP

- Compte tenu de sa mention explicite dans l'article énonçant le but, il convient de prendre en compte davantage la durabilité dans les critères d'adjudication et les spécifications techniques, mais aussi dans les **conditions de participation contraignantes** ainsi que dans les **critères d'aptitude**.

Hyperliens

5.2 Conditions de participation, critères d'aptitude, déroulement de l'examen de l'aptitude

5.3 Description des prestations, spécifications techniques, organisation

5.4 Critères d'adjudication, pondération, déroulement de l'évaluation des offres

- A l'avenir, le marché ne sera plus adjugé à l'offre «économiquement la plus avantageuse», mais à l'**offre la «plus avantageuse»**. Le législateur signale ainsi que les critères d'adjudication liés à la qualité doivent être considérés sur toute la durée de vie ou d'utilisation d'un produit ou d'une prestation par rapport au prix ou qu'ils doivent avoir plus d'importance en comparaison avec le prix.

Hyperliens

art. 41 LMP

art. 41 AIMP

Durabilité

Dans les marchés publics aussi, la notion de «durabilité» s'étend aux trois dimensions connues et usuelles du développement durable: économie, environnement et société. Pour mettre en œuvre le concept de durabilité dans les marchés publics, il convient donc de définir les exigences et critères idoines en tenant compte de manière équilibrée des trois dimensions du développement durable, afin de contribuer ainsi à l'atteinte des objectifs de durabilité. A cet égard, la notion de durabilité doit être interprétée au sens large.

Voici des exemples pour ces trois dimensions:

- **société**: respect des conditions de travail (CCT, normes internationales en matière de travail et de sécurité), chaînes de livraison transparentes, origine contrôlée des produits («commerce équitable»);
- **économie**: prise en compte exhaustive des coûts du cycle de vie; économie nationale: division de marchés importants en plusieurs lots cohérents ou (en guise d'alternative à la formation de lots) autorisation des communautés de travail, critères d'innovation liés au produit, admission de soumissionnaires étrangers même sur les marchés non soumis aux accords internationaux afin d'encourager une concurrence efficace;
- **environnement**: choix de matériaux écologiques sous la forme de produits renouvelables, recyclables ou gérables en circuit fermé ainsi que de solutions efficientes en énergie et en ressources avec une durée d'utilisation élevée.

Hyperliens

Fiche d'information Développement durable dans les marchés publics

KBOB/CA, Fiche d'information Nouvelle culture en matière d'adjudication

Divers instruments de la KBOB en lien avec la construction durable

Compatibilité avec les PME

Hyperliens

Recommandations de la CA et de la KBOB pour faciliter l'accès des PME aux marchés publics

En mettant en œuvre la nouvelle culture d'adjudication, les adjudicateurs veilleront à choisir les exigences et critères concrets de manière à ce que les soumissionnaires puissent, moyennant un effort raisonnable, offrir des solutions innovantes et déposer des offres de haute qualité. Cela assure aux entreprises produisant en Suisse et concourant pour un mandat public, en particulier aux PME, une chance dans la sélection.

Objectifs des marchés publics et principes régissant la procédure

Objectifs du marché public

Rentabilité, qualité, durabilité et utilisation des deniers publics qui ait des effets économiques

Hyperliens

art. 2 let. a LMP

art. 2 let. a AIMP

art. 29 al. 1 LMP

art. 29 al. 1 AIMP

A l'origine, le droit des marchés publics avait pour but de permettre l'utilisation économique des deniers publics et d'ouvrir à cet effet les marchés publics aussi aux soumissionnaires étrangers (plus de concurrence). Ce but et ce principe obligent les adjudicateurs à veiller à une utilisation efficiente des ressources et à une gestion économe des deniers publics mis à leur disposition. Dans le sens de la nouvelle culture en matière d'adjudication, le législateur a complété le principe de rentabilité par l'obligation de tendre vers la qualité, la durabilité et l'utilisation des deniers publics qui ait des effets économiques (p. ex. la promotion de l'innovation). Ainsi, les marchés publics doivent également considérer la rentabilité sous l'angle de critères de qualité. Ceux-ci incluent la durabilité avec ses trois dimensions que sont l'économie, l'environnement et la société (durabilité économique, écologique et sociale), ainsi que les aspects économiques. A cet égard, la notion de durabilité doit être interprétée au sens large. Le fait que ce n'est plus l'offre «économiquement la plus avantageuse» mais l'offre la «plus avantageuse» qui doit obtenir le marché est une émanation de ce changement d'orientation des marchés publics.

Principe de transparence

Hyperliens

art. 2 let. b LMP

art. 2 let. b AIMP

art. 11 let. a et e LMP

art. 11 let. a et e AIMP

La transparence dans la procédure d'adjudication exige que les différentes étapes de la procédure soient organisées de manière vérifiable et compréhensible pour les soumissionnaires («pas de surprise»). Les pouvoirs adjudicateurs sont tenus de dévoiler spontanément les règles du jeu, d'organiser les étapes de la procédure de manière transparente et vérifiable, mais aussi d'assurer une information suffisante et en temps utile des soumissionnaires, notamment en ce qui concerne les exigences applicables à leur égard et à celui des prestations. Cela s'applique dans le cadre de l'appel d'offres, où les exigences et les critères ainsi que leur pondération doivent être communiqués, mais aussi pendant la procédure, p. ex. en cas de questions adressées aux soumissionnaires, lors des rectifications de l'offre ou de la motivation de décisions. Parallèlement, les secrets de fabrication et d'affaires des soumissionnaires que ceux-ci divulguent / doivent divulguer dans les offres doivent être traités de manière confidentielle et être protégés des regards des concurrents.

Non-discrimination et égalité de traitement des soumissionnaires

Hyperliens

3.2 Procédure sur les marchés non soumis aux traités internationaux

art. 2 let. c LMP

art. 2 let. c AIMP

art. 6 LMP

art. 6 AIMP

art. 11 al. c LMP

art. 11 al. c AIMP

art. 52 al. 2 LMP

art. 52 al. 3 AIMP

Le droit des marchés publics prévoit une obligation exhaustive d'égalité de traitement. Cela signifie qu'un adjudicateur doit traiter tous les soumissionnaires de la même manière, qu'ils soient originaires d'autres communes, régions, cantons ou pays (dans le cas des soumissionnaires étrangers toutefois sous réserve de la validité de l'AMP ou de la réciprocité dans l'Etat dans lequel ils ont leur siège). Dans le cadre de la procédure d'adjudication, l'adjudicateur ne doit par conséquent pas accorder d'avantages ou imposer de désavantages à un soumissionnaire qui ne s'appliqueraient pas aussi aux autres soumissionnaires, ni intervenir unilatéralement dans la concurrence en faveur ou au détriment de certains soumissionnaires. Alors que le principe de l'égalité de traitement des soumissionnaires s'applique pareillement à l'ensemble des entreprises suisses et étrangères sur les marchés soumis aux accords internationaux, l'égalité de traitement n'est légalement garantie sur les marchés non soumis aux accords internationaux que pour les entreprises étrangères qui ont leur siège dans un Etat qui accorde la réciprocité. Autrement dit, il appartient à l'adjudicateur de vérifier si les offres de soumissionnaires étrangers doivent être admises sur les marchés non soumis aux accords internationaux. Il y a cependant une obligation relevant de l'accord bilatéral, selon laquelle les soumissionnaires étrangers doivent bénéficier de l'égalité de traitement même dans ce domaine.

Concurrence efficace et équitable

Hyperliens

Mesures pour lutter contre la corruption

art. 2 let. d en relation avec l'art. 11 let. b LMP

art. 2 let. d en relation avec l'art. 11 let. b AIMP

art. 3 OMP

L'objectif des dispositions relatives aux marchés publics est de garantir que les adjudicateurs veillent à ce que la concurrence soit efficace. Des marchés rentables supposent une concurrence efficace entre autant de soumissionnaires que possible. La mise en situation de concurrence motive les soumissionnaires à offrir la prestation la plus avantageuse, dans les limites de leurs possibilités. La concurrence permet à l'adjudicateur de comparer les prestations et de sélectionner l'offre la plus avantageuse. Le droit des marchés publics prévoit en outre expressément que l'adjudicateur prenne des mesures contre les conflits d'intérêts, les accords illicites affectant la concurrence et la corruption (art. 2 let. d et art. 11 let. b LMP / AIMP). Les mesures à prendre sont détaillées à l'art. 3 OMP et dans certaines prescriptions cantonales.

Principes régissant la procédure

Renonciation aux négociations portant sur le prix (aucune négociation de prix)

Hyperliens

6.2 Examen et évaluation des offres, adjudication

art. 11 let. d LMP

art. 11 let. d AIMP

art. 21 al. 1 LMP

art. 21 al. 1 AIMP

art. 39 LMP

art. 39 AIMP

Les soumissionnaires engagés dans une procédure d'adjudication doivent remettre leur offre une fois et ne plus la modifier ensuite. Les négociations entre le pouvoir adjudicateur et les soumissionnaires qui visent à obtenir un prix plus avantageux que le prix proposé, des rabais ou autres mesures similaires sont interdites. Le droit des marchés publics ne prévoit en principe (à quelques exceptions près, p. ex. les questions formulées par le pouvoir adjudicateur ou une rectification des offres) plus aucune communication entre l'adjudicateur et les soumissionnaires, entre la remise des offres et l'adjudication.

Dans la procédure de gré à gré, les adjudicateurs peuvent demander des offres à des fins de comparaison et procéder à des négociations.

Confidentialité des informations

Hyperliens

art. 11 let. e LMP

art. 11 let. e AIMP

Lorsqu'une entreprise participe à une procédure d'adjudication, elle communique parfois des informations internes à l'entreprise et donc confidentielles (p. ex. des secrets d'affaires et de fabrication) en même temps que les informations sur elle-même et l'offre concrète. Elle a droit à ce que l'adjudicateur traite ses informations de manière confidentielle. Cela signifie en particulier que les informations ne doivent pas être transmises à la concurrence. Le principe de confidentialité s'applique sans restriction dans la procédure d'adjudication.

Le principe de confidentialité ne doit pas non plus pouvoir être contourné par l'introduction d'un moyen de droit. C'est pourquoi il n'existe en principe pas de droit de consultation des documents de soumission des concurrents dans le cadre d'une procédure de recours. Une fois la procédure d'adjudication terminée, la Loi fédérale sur la transparence (LTrans) est en principe applicable, étant entendu que cette loi prévoit également la protection des secrets professionnels, d'affaires et de fabrication (art. 7 al. 1 let. g LTrans).Une fois la procédure d'adjudication terminée, des droits d'accès et d'information peuvent exister en vertu des législations cantonales sur la transparence. Toutefois, là encore, des réserves concernant les secrets professionnels, d'affaires et de fabrication sont généralement prévues.

Respect des règles de récusation

Hyperliens

art. 13 al. 1 LMP

art. 13 al. 1 AIMP

Dans la procédure d’adjudication, les soumissionnaires ont droit à ce que leurs offres soient évaluées par un adjudicateur indépendant et impartial et cela signifie que les règles de récusation sont respectées tout au long de la procédure d’adjudication.

Préimplication

Hyperliens

art. 14 LMP

art. 14 AIMP

Les soumissionnaires qui ont participé à la préparation d’une procédure d’adjudication et qui sont donc préimpliqués ne sont plus autorisés, en raison de l’égalité de traitement, à présenter une offre lorsqu’ils ont un avantage concurrentiel et que celui-ci n’a pas été ou ne peut pas être compensé par des moyens appropriés et que l’exclusion ne compromet pas la concurrence efficace entre soumissionnaires.

Procédure et instruments d’adjudication

Décision «make or buy»

L’Etat a en principe deux possibilités pour acquérir les biens, travaux de construction et services requis: soit il les fournit ou les produit lui-même, soit il les achète sur le marché. Cette décision également qualifiée de «make or buy» n’est pas réglée par le droit des marchés publics et relève en principe de la libre appréciation de l’adjudicateur.

Si l’adjudicateur décide d’attribuer le marché à des unités administratives («make»), aucune procédure d’adjudication selon les règles du droit des marchés publics n’est requise; le marché reste dans la sphère étatique. Les dispositions du droit des marchés publics et plus particulièrement aussi les procédures d’adjudication citées ci-après ne s’appliquent que si les prestations doivent être acquises sur le marché («buy»).

Aperçu des types de procédures

Hyperliens

art. 17 LMP

art. 17 AIMP

Le droit des marchés publics connaît quatre types de procédures d’adjudication:

- la procédure ouverte;
- la procédure sélective;
- la procédure sur invitation et
- la procédure de gré à gré.

Ces procédures et les différentes étapes des procédures respectives ne doivent pas être mélangées. La création d’autres procédures est également illicite.

Choix de la procédure d’adjudication

Hyperliens

3.1 Quelle est la procédure applicable?

art. 16 en relation avec l’annexe 4 LMP

art. 16 en relation avec les annexes 1 et 2 AIMP

Le choix de la procédure d’adjudication applicable se base sur certaines valeurs seuils qui peuvent éventuellement différer selon le type de marché. Les valeurs seuils sont réglées dans les annexes à la LMP / l’AIMP. Sur les marchés soumis aux accords internationaux, seules la procédure ouverte et la procédure sélective sont en principe disponibles ainsi qu’exceptionnellement la possibilité d’une adjudication de gré à gré.

Types de procédures

Comme indiqué, le droit des marchés publics connaît quatre procédures d’adjudication prévues par la loi. Les procédures respectives peuvent être brièvement décrites comme suit:

Hyperliens

3. Choix et déroulement de la procédure d'adjudication

- **Procédure de gré à gré**: l'adjudication à un soumissionnaire est directe, c.-à-d. sans qu'il n'y ait eu d'appel d'offres. L'adjudicateur peut demander des offres à des fins de comparaison et procéder à des négociations.

  Hyperliens

  3.2 Procédure sur les marchés non soumis aux traités internationaux

  art. 21 LMP

  art. 21 AIMP

- **Procédure sur invitation**: au moins trois soumissionnaires (si possible) désignés par l'adjudicateur sont directement invités à remettre une offre. Il n'y a pas de publication de l'appel d'offres ou de l'adjudication. Les dispositions d'exécution cantonales demeurent réservées.

  Hyperliens

  3.2 Procédure sur les marchés non soumis aux traités internationaux

  art. 20 LMP

  art. 20 AIMP

- **Procédure sélective**: la procédure sélective est réalisée en deux étapes. La première étape consiste en un appel d'offres public, sur la base duquel toutes les entités intéressées peuvent déposer une demande de participation (candidature). L'aptitude des candidates et candidats est vérifiée. Les candidats appropriés sont désignés par voie de décision (préqualification). Ils peuvent ensuite remettre une offre lors d'une deuxième étape.

  Hyperliens

  3.2 Procédure sur les marchés non soumis aux traités internationaux

  3.3 Particularités des procédures sur les marchés soumis aux traités internationaux

  art. 19 LMP

  art. 19 AIMP

- **Procédure ouverte**: l'adjudicateur lance un appel d'offres direct et sans présélection pour le marché prévu. Chaque soumissionnaire peut remettre une offre. L'adjudicateur est libre de choisir la procédure ouverte ou la procédure sélective.

  Hyperliens

  3.2 Procédure sur les marchés non soumis aux traités internationaux

  3.3 Particularités des procédures sur les marchés soumis aux traités internationaux

  art. 18 LMP

art. 18 AIMP

Choix d’un instrument

Hyperliens

4. Choix d’un instrument

Guide de la KBOB concernant la mise en œuvre des procédures de concours ou de mandats d’étude parallèles (avec des indications concernant la «mise en concurrence pour le choix d’un mandataire» [appel d’offres])

Guide de la CA Procédure d’adjudication avec dialogue (2020)

Dialogue au sens de l’art. 24 LMP / AIMP

Guide pour les acquisitions fondées sur des contrats-cadres dans les domaines de la construction et de la gestion des bâtiments

Les instruments qui peuvent être intégrés dans la procédure d’adjudication au gré de la situation doivent être distingués de la procédure d’adjudication.

- **Procédures de concours ou de mandats d’étude parallèles (art. 22 LMP / AIMP)**
- **Enchère électronique (art. 23 LMP / AIMP)**
- **Dialogue (art. 24 LMP / AIMP)**
- **Contrat-cadre (art. 25 LMP / AIMP), y compris la procédure sur appel ultérieure**

Il s’agit des moyens / éléments de procédure dont disposent les pouvoirs adjudicateurs pour modifier les quatre types de procédures en cas de besoin. Mais il ne s’agit pas de types de procédures spécifiques. Un dialogue selon l’art. 24 LMP / AIMP ne peut être réalisé que dans la procédure sélective ou ouverte. L’adjudicateur dispose des instruments suivants: renvoi à l’étape 4.

Outre les instruments des marchés publics cités dans la loi, il existe également l’appel d’offres et la mise en concurrence pour le choix d’un mandataire. Ces procédures sont mises en œuvre conformément aux dispositions légales relatives aux soumissions (LMP / AIMP).