



Schweizerische Eidgenossenschaft
Confédération suisse
Confederazione Svizzera
Confederaziun svizra

KBOB

Koordinationskonferenz der Bau- und Liegenschaftsorgane
der öffentlichen Bauherren
Conférence de coordination des services de la construction
et des immeubles des maîtres d'ouvrage publics
Conferenza di coordinamento degli organi della costruzione
e degli immobili dei committenti pubblici
Coordination Conference for Public Sector Construction
and Property Services

Planification et construction

Guide Procédure d'adjudication avec dialogue pour les prestations d'études et de réalisation dans le do- maine de la construction

(selon le droit des marchés publics révisé
en 2019)

État: 12 avril 2021; V1.0

Élaboré par

Membres de la KBOB (OFCL, armasuisse, domaine des EPF, OFROU, OFT, DTAP, ACS, UVS) avec la participation des CFF SA

En collaboration avec les groupes de base Planification et Gros œuvre de **constructionuisse**

Membres de la KBOB

OFCL, armasuisse, domaine des EPF, OFROU, OFT, DTAP, ACS, UVS

KBOB

Fellerstrasse 21, 3003 Berne, Suisse

Tél.: +41 58 462 50 63

kbob@bbl.admin.ch

www.kbob.admin.ch

Table des matières

1. Introduction	4
1.1 Remarques préliminaires	4
1.2 But du présent guide	4
1.3 Le dialogue en tant qu'un instrument dans le cadre d'une procédure d'adjudication	4
1.4 Délimitations	5
2. Droit applicable	8
2.1 Prémisses du droit des marchés publics	8
2.2 Aperçu des différents éléments	9
3. Remarques sur la procédure	10
3.1 Déroulement d'une procédure d'adjudication avec dialogue	10
3.2 Décision de mener ou non un dialogue	10
3.3 Conditions préalables à la conduite d'un dialogue	11
3.3.1 Marchés complexes	11
3.3.2 Prestations intellectuelles	12
3.3.3 Prestations innovantes	12
3.3.4 Évaluation de la satisfaction des conditions préalables	13
3.4 Choix du type de procédure	13
3.5 Préparation de l'appel d'offres	13
3.5.1 Cadre de la procédure	13
3.5.2 Critères d'aptitude	14
3.5.3 Critères d'adjudication	14
3.5.4 Publication de l'appel d'offres	15
3.5.5 Documents d'aide	16
3.6 Autres données fournies par l'adjudicateur	17
3.6.1 Généralités	17
3.6.2 Indemnisation: aspects particuliers	17
3.7 Préqualification (uniquement dans la procédure sélective)	18
3.8 Remise des offres (provisaires)	18
3.9 Sélection des participants au dialogue	19
3.10 Ouverture du dialogue	19
3.11 Conduite du dialogue	20
3.12 Remise des offres (définitives)	20
3.13 Adjudication et conclusion du contrat	21
4. Documents de la KBOB	22
4.1 Structure et contenu des documents contractuels de la KBOB	22
4.2 Choix du document pertinent	23
4.3 Cockpit de la KBOB	24
4.3.1 Préparation / documents d'appel d'offres	24
4.3.2 Modèles de contrat / évaluation	25
5. Annexe (sera rédigée ultérieurement)	26
5.1 A.1 Convention régissant le dialogue (modèle)	26

Abréviations

Acc. bilat.	Accord du 21 juin 1999 entre la Confédération suisse et la Communauté européenne sur certains aspects relatifs aux marchés publics (RS 0.172.052.68)
LMP 1994	Loi fédérale du 16 décembre 1994 sur les marchés publics (RS 172.056.1); texte abrogé le 31 décembre 2020
LMP	Loi fédérale du 21 juin 2019 sur les marchés publics (RS 172.056.1); texte entré en vigueur le 1 ^{er} janvier 2021
AMP	Accord de l’OMC du 15 avril 1994 sur les marchés publics (RS 0.632.231.422); texte révisé selon le protocole du 30 mars 2012
AIMP 2001	Accord intercantonal du 15 mars 2001 sur les marchés publics (RS 172.056.1)
AIMP	Accord intercantonal du 15 novembre 2019 sur les marchés publics; entrée en vigueur dès ratification par deux cantons au moins
SIMAP	Système d’information sur les marchés publics en Suisse (www.simap.ch)
OMP 1995	Ordonnance du 16 décembre 1994 sur les marchés publics (RS 172.056.11); texte abrogé le 31 décembre 2020
OMP	Ordonnance du 12 février 2020 sur les marchés publics (RS 172.056.11); texte entré en vigueur le 1 ^{er} janvier 2021
DEFR/DFEP	Département fédéral de l’économie, de la formation et de la recherche / Département fédéral de l’économie

Annexes, documents utiles et liens

- Fiche d’information du 25 septembre 2020 de la KBOB et de la CA «Nouvelle culture en matière d’adjudication: la concurrence axée sur la qualité, la durabilité et l’innovation au cœur du droit révisé sur les marchés publics»
www.kbob.admin.ch > [Thèmes et prestations](#) > [Instruments](#)
- Documents de la KBOB nécessaires pendant toute la durée de la procédure d’appel d’offres
www.kbob.admin.ch > [Thèmes et prestations](#) > [Contrats types et collections de documents](#)
- Loi fédérale sur les marchés publics
www.fedlex.ch > [Recueil systématique](#) > [Droit interne](#) > [172](#) > [172.056.1](#)
- Ordonnance sur les marchés publics
www.fedlex.ch > [Recueil systématique](#) > [Droit interne](#) > [172](#) > [172.056.11](#)
- Accord intercantonal du 15 novembre 2019 sur les marchés publics
www.dtap.ch > [Concordats](#) > [AIMP](#) > [AIMP 2019](#)
- Valeurs seuils en vigueur pour la Confédération
www.kbob.ch > [Thèmes et prestations](#) > [Thèmes divers](#) > [Valeurs seuils](#)
- Valeurs seuils en vigueur pour les cantons
www.dtap.ch > [Concordats](#) > [AIMP](#)

1. Introduction

1.1 Remarques préliminaires

Consolidation d'un instrument du droit des marchés publics

Depuis le 1^{er} janvier 2010, les adjudicateurs publics de la Confédération ont la possibilité de mener un «dialogue» avec les soumissionnaires au cours de la procédure d'adjudication (art. 26a OMP 1995). Cet instrument avait été introduit afin de répondre aux exigences spécifiques des «marchés complexes» ainsi que des marchés portant sur des «prestations intellectuelles» ou sur des «prestations innovantes» à des fins d'exécution de prestations d'études et de réalisation dans le domaine de la construction. L'harmonisation des législations qui régissent les marchés publics crée désormais une base légale permettant également aux services d'achat cantonaux de recourir au dialogue (art. 24 LMP et AIMP).

1.2 But du présent guide

But du présent guide

Le présent guide est destiné à soutenir les adjudicateurs publics envisageant de conduire un dialogue dans le cadre d'une procédure d'adjudication portant sur l'exécution de prestations d'études et de réalisation dans le domaine de la construction. Il est important de souligner d'emblée que le dialogue n'est pas une procédure en soi. Il s'agit d'un instrument qui peut être utilisé en cas de besoin lors des procédures ouverte ou sélective. Ce guide doit donc toujours être utilisé parallèlement aux guides actuels sur les différentes procédures d'adjudication. Il explique la méthode à suivre pour recourir au dialogue, mais ne fournit pas d'instructions précises.

1.3 Le dialogue en tant qu'un instrument dans le cadre d'une procédure d'adjudication

Avantages pour les services d'achat

Lorsque les marchés portent sur des prestations complexes, sur des prestations intellectuelles ou sur des prestations innovantes pour l'exécution de prestations d'études et de réalisation dans le domaine de la construction, il est souvent impossible de décrire et de délimiter suffisamment précisément les prestations faisant l'objet du marché avant l'appel d'offres. Les services d'achat peuvent avoir recours au dialogue pour faire élaborer par les soumissionnaires des solutions ou des procédés possibles, et, en concertation avec les soumissionnaires sélectionnés, préciser l'objet du marché et développer les solutions proposées. Le dialogue doit aboutir en définitive à une description des prestations, éventuellement présentée sous la forme d'une offre, qui réponde aux desiderata et aux besoins du service d'achat. Cet instrument permet dès lors à ce dernier de tirer parti des connaissances techniques spécifiques des soumissionnaires sur un marché donné et de miser sur l'innovation. Le dialogue est ainsi approprié pour développer des solutions durables dans la perspective d'acquisitions ambitieuses socialement ou respectueuses de l'environnement et des ressources.

Avantages pour les soumissionnaires

Pour les soumissionnaires, le dialogue présente l'avantage de ne pas les obliger à présenter une offre réglant tout dans les moindres détails dès le début de la procédure d'adjudication, dans la mesure où ils peuvent préciser celle-ci au fil de la procédure. Par ailleurs, ils sont rémunérés – au moins partiellement – pour l'élaboration des propositions de solutions.

1.4 Délimitations

Le dialogue doit être distingué des autres méthodes applicables dans le cadre d'une procédure d'adjudication:

Distinction par rapport à d'autres formes d'acquisition

- a. la rectification des offres au sens de l'art. 39 LMP/AIMP;
- b. les concours au sens de l'art. 22 LMP/AIMP et des art. 13 ss OMP (éventuellement, à titre subsidiaire, du règlement 142 de la SIA) et les mandats d'étude parallèles au sens de l'art. 22 LMP/AIMP et des art. 13 ss OMP (éventuellement, à titre subsidiaire, du règlement 143 de la SIA)¹; et
- c. les appels d'offres fonctionnels.

Si ces méthodes sont identiques ou analogues au dialogue sur certains points, elles diffèrent clairement de ce dernier par d'autres aspects:

- a. La rectification a lieu aussi *après* la remise des offres définitives et n'est admise qu'aux conditions énoncées à l'art. 39, al. 2, LMP/AIMP (rectification d'imprécisions dans les offres ou modifications nécessaires des prestations sans que la prestation caractéristique ou le cercle des soumissionnaires potentiels s'en trouvent modifiés).

Les négociations prévues à l'art. 20 LMP 1994 et à l'art. 26 OMP 1995 ne figurent plus dans la nouvelle législation. Sont expressément interdites au niveau fédéral comme au niveau cantonal les négociations portant uniquement sur le prix (art. 11, let. d, LMP/AIMP).

- b. Pour les concours de projets proprement dits et les concours portant sur les études et la réalisation au sens de l'art. 22 LMP/AIMP, des art. 13 ss OMP et du règlement SIA 142, les équipes proposent, pour des tâches dont les conditions-cadres peuvent être définies préalablement de manière suffisante et exhaustive, des solutions qui varient sur les plans conceptuel, formel, écologique, économique ou technique. Ces solutions sont présentées anonymement et évaluées par un collège de personnes expertes (le «jury» dont il est question dans le règlement SIA 142).

Pour les mandats d'études parallèles et les mandats portant sur les études et la réalisation au sens de l'art. 22 LMP/AIMP, des art. 13 ss OMP et du règlement SIA 143, les équipes proposent différentes solutions pour des tâches dont les conditions générales ne peuvent être définies préalablement de manière suffisante et exhaustive. L'objectif est d'obtenir les meilleures propositions de solutions, ces dernières étant élaborées dans le cadre d'un échange de vues entre le service d'achat et les soumissionnaires et non de manière anonyme vu la nature encore non définie des tâches. Du fait de cet échange de vues lors des discussions, il existe certaines similitudes entre le mandat d'études parallèles et le dialogue. Il y a lieu de préciser également que le déroulement des procédures de mandats d'études parallèles régies par le règlement SIA 143 est réglé dans les détails par ce texte. Les projets présentés sont évalués par un groupe de personnes expertes indépendantes (le «collège d'experts» que mentionne le règlement SIA 143).

Dans le cas de mandats d'idées au sens du règlement SIA 143 et de concours d'idées au sens du règlement SIA 142, plusieurs équipes élaborent,

¹ Cf. à ce sujet les directives du DFF du 24 novembre 2020 relatives aux procédures de concours ou de mandats d'étude parallèles (lien: www.kbob.ch > [Thèmes et prestations](#) > [Instructions aux autorités compétentes en matière de construction et d'immobilier](#))

à l'aune d'objectifs donnés, des projets répondant à la même demande. En règle générale, aucun marché subséquent n'est prévu. Ces prestations constituent donc déjà des marchés adjudgés à plusieurs équipes en parallèle. Selon la valeur seuil, elles sont mises au concours et adjudgées conformément au droit des marchés publics.

Le tableau ci-dessous offre un aperçu synthétique des différentes formes de mise en concurrence ainsi que de leurs caractéristiques.

Forme	Concours	Mandats d'étude parallèles	Offre de prestations		
			Mise en concurrence pour le choix d'un mandataire	Dialogue	Offre de prestations au sens strict
Qualification	Procédure indépendante	Procédure indépendante	Procédure non indépendante	Procédure non indépendante (instrument)	Procédure indépendante
Base légale	Art. 22 LMP/AIMP 2019 (art. 13 ss OMP)	Art. 22 LMP/AIMP 2019 (art. 13 ss OMP)	Art. 17 ss LMP/AIMP 2019	Art. 17 ss en relation avec l'art. 24 LMP/AIMP 2019 (art. 6 OMP)	Art. 17 ss LMP/AIMP 2019
Base de la procédure	Programme du concours	Programme des mandats d'étude parallèles	Documents d'appel d'offres (annonce du déroulement de la procédure)	Documents d'appel d'offres (annonce du dialogue / convention régissant le dialogue)	Documents d'appel d'offres (critères d'adjudication)
Type de prestations	Pragmatiques	Pragmatiques	Performantes, la tâche à accomplir comportant un volet pragmatique	Performantes avec une étape intermédiaire pragmatique	Performantes
Champ d'application	Conception et étude de projet	Mandat d'étude ou mandat portant sur l'élaboration d'un concept et solution de réalisation	Conception et idée de réalisation	Marchés complexes, prestations intellectuelles ou innovantes	Conception, étude de projet et réalisation
Étendue des tâches	Ébauche de projet	Mandat d'étude ou mandat portant sur l'élaboration d'un concept et solution de réalisation	Analyse du mandat, proposition sommaire d'un procédé et offre d'honoraires; possibilité de proposer en sus une esquisse des aspects centraux	Énoncé des aspects qualitatifs et des procédés (développement); offre d'honoraires	Énoncé des aspects qualitatifs, offre d'honoraires
Marge de manœuvre	Tâches assorties d'une marge de manœuvre moyenne à grande au niveau de la mise au point du projet et de la conception de la solution	Tâches assorties d'une marge de manœuvre moyenne à grande au niveau de la mise au point du projet et de la conception de la solution, dont les conditions-cadres doivent être précisées lors du dialogue	Tâches assorties d'une marge de manœuvre moyenne à faible au niveau de la mise au point du projet et de la conception de la solution	Définition plus précise de l'objet du marché et identification / détermination des solutions ou des procédés	Tâches assorties d'une marge de manœuvre minimale au niveau de la mise au point du projet et de la conception de la solution
Évaluation et clôture	Meilleure solution	Meilleure solution	Offre la plus avantageuse (mandataire le plus approprié)	Offre la plus avantageuse (offre)	Offre la plus avantageuse
Type de procédure (pertinence pratique)	Ouverte, sélective ou sur invitation	Sélective ou sur invitation	Sélective ou sur invitation	Ouverte ou sélective	Ouverte, sélective, sur invitation ou de gré à gré
Directives du DFF (niveau fédéral)	Directives relatives aux procédures de concours ou de mandats d'étude parallèles	Directives relatives aux procédures de concours ou de mandats d'étude parallèles			
Guides de la KBOB	Guide pour la mise en œuvre des procédures de concours et de mandats d'études parallèles	Guide pour la mise en œuvre des procédures de concours et de mandats d'études parallèles	Guide pour la mise en œuvre des procédures de concours et de mandats d'études parallèles	Guide concernant les procédures d'adjudication avec dialogue pour les prestations d'études et de réalisation dans le domaine de la construction	Guide concernant l'acquisition de prestations de mandataire; Guide concernant l'acquisition de prestations globales
Recommandations d'associations professionnelles (subsidaire)	Règlement des concours SIA 142	Règlement des mandats d'études parallèles SIA 143			
Évaluation	Jury (collège d'experts indépendants)	Collège d'experts (indépendant)	Collège d'évaluation (concertation au sein d'un collège d'experts en adjudications)	Adjudicateur	Adjudicateur
Anonymat	Oui	Non	Non	Non	Non
Charge pour les soumissionnaires	Moyenne à élevée	Élevée	Faible à moyenne	Moyenne à élevée	Faible
Rémunération des prestations intellectuelles	Dédommagement	Indemnité forfaitaire	Participation aux frais possible	Indemnité forfaitaire éventuellement prévue	
Rapport	Documentation de l'évaluation, par le jury, des travaux soumis dans le cadre du concours, et recommandation à l'attention de l'adjudicateur	Documentation de l'évaluation des projets par le collège d'experts et recommandation à l'attention de l'adjudicateur	Procès-verbal de l'évaluation par le collège d'évaluation et documentation de l'évaluation	Documentation de l'évaluation	Documentation de l'évaluation
Marché / marché complémentaire	Après la clôture Adjudication de gré à gré possible	Après la clôture Adjudication de gré à gré possible	Après l'adjudication	Après l'adjudication	Après l'adjudication

Élaboration de solutions dans le cadre d'une coopération

Contrairement à ces méthodes, dans le cas du dialogue au sens de l'art. 24 LMP/AIMP, des solutions ou des procédés visant à répondre à une demande sont mis au point avant la remise d'une offre définitive. Ces solutions sont élaborées dans le cadre d'une coopération, donc de manière non anonyme, et peuvent se rapporter à tout type de demande. En outre, une sélection des participants au dialogue peut être opérée. Le marché est adjudiqué après la tenue du dialogue à l'offre définitive la plus avantageuse sur la base des critères d'adjudication définis dans l'appel d'offres.

Utilisation dans la procédure sélective

Contrairement à la décision concernant le choix des soumissionnaires invités à présenter une offre (préqualification) dans la procédure sélective, l'étape que constitue le choix et l'invitation des participants au dialogue n'est pas, en soi, sujette à recours; il s'agit uniquement d'une étape intermédiaire de la procédure (qui s'inscrit dans le cadre de la deuxième phase de la procédure sélective, et de la première et unique phase de la procédure ouverte).

2. Droit applicable

2.1 Prémisses du droit des marchés publics

Base légale

Jusqu'à présent, le dialogue reposait sur la négociation prévue à l'art. 20 LMP et sur les dispositions énoncées à cet égard à l'art. 26a OMP 1995. Désormais, le dialogue est réglé à l'art. 24 LMP/AIMP par les dispositions suivantes (l'al. 6 concerne uniquement la Confédération):

Libellé de l'art. 24 LMP/AIMP 2019

¹ Lors d'une procédure d'adjudication ouverte ou sélective portant sur un marché complexe, sur des prestations intellectuelles ou sur des prestations innovantes, l'adjudicateur peut engager avec les soumissionnaires un dialogue visant à concrétiser l'objet du marché ainsi qu'à développer et à fixer les solutions ou les procédés applicables. L'intention de mener un dialogue doit être mentionnée dans l'appel d'offres.

² Le dialogue ne peut être mené dans le but de négocier les prix et les prix totaux.

³ L'adjudicateur spécifie ses besoins et ses exigences dans l'appel d'offres ou dans les documents d'appel d'offres. Il indique en outre:

- a. le déroulement du dialogue;
- b. la teneur possible du dialogue;
- c. si et, le cas échéant, comment les soumissionnaires seront indemnisés pour leur participation au dialogue et pour l'utilisation de leurs droits de propriété intellectuelle, de leurs connaissances et de leur expérience;
- d. les délais et les modalités de remise de l'offre définitive.

⁴ Il peut réduire le nombre de soumissionnaires participant au dialogue en fonction de critères objectifs et transparents.

⁵ Il consigne le déroulement et la teneur du dialogue de manière appropriée et compréhensible.

⁶ Le Conseil fédéral peut préciser les modalités du dialogue.

En application de l'art. 24, al. 6, LMP, l'art. 6 OMP définit le dialogue de la manière suivante pour les services d'achat de la Confédération:

¹ L'adjudicateur choisit si possible **au moins trois soumissionnaires** qu'il invite à un dialogue.

² Le déroulement du dialogue, sa durée, les délais ainsi que les questions de l'indemnisation et de l'utilisation des droits de propriété intellectuelle sont réglés dans une convention. L'acceptation de la convention régissant le dialogue est une condition de participation au dialogue.

³ **Durant** le dialogue avec un soumissionnaire et **après l'adjudication du marché, aucune information concernant les solutions ou les procédés** proposés par les autres soumissionnaires ne peut être communiquée à ce dernier **sans avoir obtenu le consentement écrit** des soumissionnaires concernés.

Art. 24 AIMP 2019

Pour les services d'achat cantonaux, le dialogue est désormais régi par l'art. 24 AIMP. À l'exception de l'art. 24, al. 6, LMP, qui n'a logiquement pas été repris dans l'AIMP révisé en 2019, les libellés se recouvrent largement.

2.2 Aperçu des différents éléments

Sur le plan conceptuel, on constate que le dialogue s'articule en quatre phases:

1. Décision de conduire un dialogue en tant qu'instrument.
2. Communication des aspects suivants dans l'appel d'offres ou dans les documents d'appel d'offres²:
 - a) des **besoins** et des **exigences**
 - b) du **déroulement** du dialogue;
 - c) de la **teneur possible** du dialogue;
 - d) de l'éventuelle indemnisation des soumissionnaires pour leur participation au dialogue et pour l'utilisation de leurs droits de propriété intellectuelle, de leurs connaissances et de leur expérience;
 - e) des **délais** et des **modalités** pour la remise de l'offre **définitive**;
 - f) de l'intention de **réduire** le nombre de soumissionnaires participants (à trois minimum) en fonction de critères objectifs et transparents.

3. Préparation du dialogue

Présentation et signature d'une **convention régissant le dialogue** avec les soumissionnaires (document précisant le déroulement du dialogue, sa durée et les délais, ainsi que la rémunération et l'utilisation des droits de propriété intellectuelle).

4. Conduite du dialogue

Conformément à son objectif, le dialogue vise à concrétiser l'objet du marché ainsi qu'à fixer les solutions ou les procédés applicables (cf. art. 24, al. 1, LMP/AIMP).

Le déroulement et la teneur du dialogue sont **consignés** de manière appropriée et compréhensible (art. 24, al. 5, LMP/AIMP).

Durant le dialogue et après l'adjudication du marché, **aucune information concernant les solutions ou les procédés proposés** par les autres soumissionnaires ne peut être communiquée **sans avoir obtenu le consentement écrit** des soumissionnaires concernés.

² L'art. 24, al. 3, LMP précise que l'adjudicateur spécifie «ses besoins et ses exigences» dans l'appel d'offres ou dans les documents d'appel d'offres. Il doit «indiquer» d'autres informations, même si la loi ne précise pas le moment où il y a lieu de le faire (dans l'appel d'offres, dans les documents d'appel d'offres ou plus tard; voir le ch. 3.6.1 ci-dessous).

3. Remarques sur la procédure

3.1 Déroulement d'une procédure d'adjudication avec dialogue

Une procédure d'adjudication avec dialogue comprend les étapes suivantes:

1. décision de mener ou non un dialogue (cf. ch. 3.2 s.);
2. choix du type de procédure (cf. ch. 3.4);
3. préparation de l'appel d'offres (voir à ce sujet les ch. 3.5 s.);
4. le cas échéant, remise des demandes de participation et préqualification (dans la procédure sélective) (cf. ch. 3.7);
5. remise des offres (provisoires) (cf. ch. 3.8);
6. sélection des participants au dialogue (voir à ce sujet le ch. 3.9);
7. rédaction et signature de la convention régissant le dialogue (voir à ce sujet le ch. 3.10);
8. ouverture du dialogue (voir à ce sujet le ch. 3.10);
9. conduite du dialogue (voir à ce sujet le ch. 3.11);
10. remise des offres (définitives) (voir à ce sujet le ch. 3.12);
11. adjudication et conclusion du contrat (voir à ce sujet le ch. 3.13);
12. versement éventuel de l'indemnité aux soumissionnaires.

3.2 Décision de mener ou non un dialogue

La décision de mener ou non un dialogue dépend essentiellement des aspects suivants:

1. vérification de la licéité du dialogue (cf. ch. 3.3 pour davantage de précisions). Le dialogue est autorisé si l'une des trois conditions suivantes est remplie:
 - a. marché complexe (cf. ch. 3.3.1);
 - b. prestation intellectuelle (cf. ch. 3.3.2);
et/ou
 - c. prestation innovante (le dialogue est conduit pour identifier le potentiel d'innovation et, ainsi, promouvoir les solutions innovantes; cf. ch. 3.3.3);
2. utilité du dialogue pour le projet d'acquisition, en particulier du point de vue du potentiel d'innovation;
3. coûts du dialogue;
4. surcroît de travail occasionné pour la conception du projet.

3.3 Conditions préalables à la conduite d'un dialogue

Le dialogue, qui ne constitue pas une procédure en soi et ne remplace pas non plus l'analyse de marché, est un instrument que les services d'achat peuvent utiliser tant dans la procédure ouverte que dans la procédure sélective (art. 24, al. 1, LMP/AIMP).

Recours au dialogue dans les procédures ouverte et sélective

3.3.1 Marchés complexes

La notion de «marché complexe» visée à l'art. 24 LMP/AIMP est une notion juridique indéterminée qui n'est définie ni dans les lois ni dans la convention.

Définition

Dans son message sur la révision de la LMP, le Conseil fédéral précise qu'un dialogue peut être envisagé «dans le cas de marchés particulièrement complexes ou portant sur des prestations intellectuelles ou innovantes» lorsque l'adjudicateur «n'est pas à même, sans l'aide des soumissionnaires, de définir l'objet du marché de manière telle qu'il réponde à ses besoins ou de déterminer les solutions disponibles sur le marché, ou qu'il n'en soit capable qu'en investissant des moyens démesurés»³.

Projet révisé

Un marché est en outre considéré comme complexe s'il est objectivement impossible, trop compliqué ou inopportun de définir les prestations nécessaires sans conduire un dialogue avec les soumissionnaires et sans collaborer avec eux pour décrire les prestations⁴.

Complexité liée à la nature des prestations / aux aspects juridiques

La complexité peut résider dans la nature du marché ou dans les caractéristiques juridiques, ou être la conséquence de la solution de financement retenue (notamment pour les partenariats public-privé). La complexité d'un marché peut aussi venir de spécificités techniques pointues, d'un besoin de coordination accru avec des prestations de tiers ou de la nécessité pour les soumissionnaires d'élaborer une procédure méthodologique⁵.

Un marché ne peut toutefois être qualifié de complexe au motif que le service d'achat éprouve des difficultés à décrire les prestations uniquement parce qu'il ne possède pas les connaissances techniques nécessaires alors qu'il pourrait les obtenir auprès de spécialistes externes.

Indépendance entre complexité et manque de connaissances

Sont notamment réputées complexes les prestations suivantes lorsqu'elles respectent les exigences susmentionnées:

Exemples de prestations complexes

- activités de conseil portant sur la manière de procéder dans des domaines dans lesquels il n'existe pas de processus standardisés;
- projets interdisciplinaires sortant du cadre des activités habituelles;

³ Message concernant la révision totale de la loi fédérale sur les marchés publics, RO 2017 1695 ss (ci-après «Message concernant la LMP»), p. 1779.

⁴ SCHERLER, Die Verfahren: Bekanntes, neue Instrumente und der Abbruch, in: BR/DC 1/2020, p. 23. Même point de vue: BEYELER, Die revidierte VöB – ein Kurzkomentar, in: BR/DC 2/2010, p. 110, avec d'autres renvois, notamment vers RECHSTEINER, Die Beschaffung komplexer Dienstleistungen, in: Zufferey/Stöckli (Hrsg.), Aktuelles Vergaberecht 2008, Zürich Basel Genf 2010, p. 203 ss., Rz. 8). Voir aussi LEUTHOLD, Die revidierte VöB – ein Kurzkomentar, in: BR/DC 2/2010, ch. marg. 27-30: selon cet auteur, un marché est «complexe» lorsqu'une solution technique fait défaut, lorsqu'il existe une pluralité de solutions techniques, lorsqu'on ne dispose pas d'une vue d'ensemble du marché ou encore lorsque le contexte juridique ou les aspects financiers sont complexes.

⁵ Message concernant la LMP, p. 1779; USIC, publication n° 8 «Neue Entwicklungen im Vergabewesen», rapport sur les questions de la «Quality Based Selection», de la méthode des deux enveloppes et du dialogue au sens de l'art. 26a OMP (ci-après «Rapport de l'USIC»), p. 11 s.

- projets mettant à contribution de nombreuses personnes et impliquant donc un important travail de coordination;
- prestations s’inscrivant dans un contexte technique complexe;
- applications informatiques intégrant une multitude de solutions spécifiques interconnectées;
- marchés portant sur les études et la réalisation, projets de construction complexes;
- planification stratégique;
- études préliminaires complexes.

3.3.2 Prestations intellectuelles

La notion de «prestation intellectuelle» n’est pas non plus définie dans la législation.

Définition

Les marchés portant sur des prestations intellectuelles sont des marchés dans le cadre desquels ces prestations prennent le pas sur le résultat matériel⁶ et ne constituent pas des prestations standard.

Distinction entre tâches routinières et tâches sollicitant la créativité

On parle de prestations intellectuelles lorsqu’un degré élevé de créativité est requis. Par contraste, les tâches routinières ne sont pas des prestations intellectuelles. Le fait que les prestations relèvent d’un mandat ou d’un contrat d’entreprise est sans importance, tout comme le fait que le marché porte sur des prestations intellectuelles incluant des tâches routinières (telles que des travaux de documentation, de dessin ou de secrétariat) en plus du travail créatif⁷.

Exemples de prestations intellectuelles

Voici des exemples de prestations intellectuelles:

- élaboration d’une nouvelle méthode;
- récolte d’avis sur des questions spécifiques auprès de personnes expertes;
- développement d’une stratégie;
- élaboration d’une solution globale destinée à remplacer de nombreuses solutions spécifiques mises en place au fil des ans;
- élaboration d’une solution globale intégrant une multitude de petits projets différents;
- développement d’une application informatique;
- conception et réalisation de la participation de la Suisse à une exposition universelle.

3.3.3 Prestations innovantes

Définition

Lors de la révision, la notion de «prestation innovante», qui n’est pas non plus définie dans la loi, a rejoint les notions susmentionnées de «marché complexe» et de «prestation intellectuelle».

Une prestation innovante suppose que l’objet du marché doive être traité avec de nouvelles approches.

⁶ BEYELER, *op. cit.*, p. 110.

⁷ Rapport de l’usic, p. 12.

Compte tenu du fait que l'accent est généralement mis sur la prestation intellectuelle lors de la création d'une nouvelle solution, la question est de savoir dans quelle mesure il est possible de dissocier les notions de prestation innovante et de prestation intellectuelle.

Distinction par rapport aux prestations intellectuelles

Au vu de leur mention distincte dans la loi et du choix du terme «prestation» plutôt que «prestation de service», il faut supposer que les prestations innovantes peuvent aussi englober des marchés dans lesquels l'innovation se reflète surtout au niveau du résultat matériel. Cependant, il faut partir en définitive du principe qu'une prestation innovante à acquérir selon une procédure d'adjudication avec dialogue remplira souvent aussi les conditions de la prestation intellectuelle.

Voici des exemples de prestations innovantes:

Exemples de prestations innovantes

- mise au point d'un nouveau produit adapté aux besoins spécifiques de l'adjudicateur;
- mise au point d'un système complet destiné à remplacer ou à intégrer plusieurs produits plus petits;
- prestation qui préserve les ressources dans l'optique de l'économie circulaire et se caractérise par un meilleur bilan écologique.

3.3.4 Évaluation de la satisfaction des conditions préalables

Il appartient au service d'achat de se prononcer sur la question de savoir si la procédure d'adjudication en question remplit les conditions préalables à la conduite d'un dialogue.

Pouvoir d'appréciation

Si un acteur du marché estime que les conditions préalables à la conduite d'un dialogue ne sont pas remplies, il doit faire recours déjà contre l'appel d'offres. Il en va de même s'il considère que les critères de sélection des partenaires au dialogue communiqués dans l'appel d'offres ne sont pas transparents ou ne garantissent pas un traitement égal.

Recours contre l'appel d'offres

3.4 Choix du type de procédure

Un dialogue peut s'inscrire dans le cadre de procédures ouvertes ou sélectives (voir art. 24, al. 1, LMP/AIMP), mais compte tenu de son coût, il est probable que la préférence soit le plus souvent donnée à la procédure sélective (cf. ch. 3.6.2).

3.5 Préparation de l'appel d'offres

3.5.1 Cadre de la procédure

Il faut indiquer clairement dans l'appel d'offres (c'est-à-dire dans la publication, et pas uniquement dans les documents d'appel d'offres) qu'un dialogue sera mené; il est déconseillé de se contenter d'une vague allusion à la possibilité de conduire un dialogue. Le service d'achat doit en effet savoir clairement, avant de lancer la procédure d'adjudication, s'il veut ou non discuter des solutions proposées avec les soumissionnaires. Si la réponse à cette question est positive, le dialogue doit avoir lieu, raison pour laquelle cette information doit être communiquée dans l'appel d'offres.

Annonce du dialogue

Critères de sélection des participants au dialogue

Si, dans le cadre de la procédure ouverte, le service d'achat prévoit de n'inviter qu'une partie des soumissionnaires au dialogue suite à la remise des offres (provisoires), il doit le préciser dans l'appel d'offres ou dans les documents d'appel d'offres. Le cas échéant, il doit également indiquer les critères à l'aune desquels les soumissionnaires seront sélectionnés. Dans la procédure sélective, la sélection peut s'appuyer sur les critères d'aptitude pondérés. Dans les autres cas de figure, elle repose sur les critères d'adjudication. Ces critères ont donc une double fonction lors du dialogue, puisqu'ils servent à la fois à sélectionner les participants au dialogue et à désigner l'adjudicataire. Il y a lieu de tenir compte de cet aspect lors du choix des critères d'adjudication (voir également le ch. 3.5.3 ci-dessous).

Description de la prestation

Il est possible de ne décrire précisément les prestations qu'au moment du dialogue, en s'appuyant sur les connaissances et la créativité des soumissionnaires. Aussi, conformément à l'art. 24, al. 3, LMP/AIMP, l'appel d'offres doit mentionner les besoins et les exigences de l'adjudicateur (but du marché et description sommaire des prestations) plutôt qu'une description détaillée des prestations. Il faut, pour qu'un dialogue soit opportun, que des éléments centraux de la description des prestations nécessitent des éclaircissements et des précisions.

Indication des paramètres à respecter obligatoirement

Le service d'achat doit cependant indiquer les paramètres à respecter impérativement (par ex. la compatibilité de la solution proposée avec les directives, prescriptions et instruments existants) et les points au niveau desquels les soumissionnaires disposent d'une marge de manœuvre (par ex. le choix de la solution remplissant cette condition de compatibilité).

Dispositions relatives à l'utilisation des résultats du dialogue

Il y a lieu de préciser les modalités selon lesquelles les solutions et procédés proposés ou développés seront utilisés. Une attention particulière doit être portée à la question des droits d'auteur: prévoir de discuter dans le cadre d'un dialogue avec un soumissionnaire de solutions proposées par un autre soumissionnaire peut soulever d'importants problèmes relatifs à la rémunération des droits d'auteur et dissuader certains de participer à la procédure. Aussi cela est déconseillé, d'autant qu'il est interdit de communiquer des informations sur des solutions et des procédés sans avoir obtenu le consentement écrit du soumissionnaire concerné (art. 6, al. 3, OMP).

3.5.2 Critères d'aptitude

Comme tout appel d'offres public, une procédure d'adjudication avec dialogue doit mentionner les critères d'aptitude.

Ces critères se rapportent à des qualités des soumissionnaires telles que les compétences professionnelles, l'expérience dans l'exécution de tâches comparables, les performances économiques et techniques, etc.

3.5.3 Critères d'adjudication

Absence d'indications concernant la pondération

Lors d'une procédure d'adjudication avec dialogue, il faut, à l'instar des autres procédures, indiquer les critères d'adjudication dans l'appel d'offres ou, à tout le moins, dans les documents d'appel d'offres. Toutefois, étant donné que le dialogue vise l'acquisition de solutions et de procédés et, qu'au début de la procédure, on ne fournit pas encore de description précise des prestations, il est difficile de pondérer déjà les critères d'adjudication au stade des documents d'appel d'offres; en règle générale, on ne connaît pas encore le contenu des offres. Par conséquent, si des solutions, des propositions de solutions ou des procédés sont l'objet du marché, tant la LMP que l'AIMP prévoient la possibilité de renoncer à indiquer la pondération (cf. l'art. 29, al. 3, LMP/AIMP).

En vertu du principe de transparence, il est recommandé d'indiquer dans les documents d'appel d'offres l'ordre d'importance des critères d'adjudication, pour autant que ceux-ci puissent déjà être fixés.

Indication de l'ordre de priorité des critères

À noter que lorsqu'on limite le nombre de soumissionnaires invités à participer au dialogue suite à la remise des offres (provisoires), les critères d'adjudication remplissent une double fonction dans le cadre de la procédure avec dialogue. Ils servent en effet, d'une part, à choisir les soumissionnaires avec lesquels le dialogue sera conduit et, d'autre part, à évaluer les offres définitives et à désigner l'adjudicataire.

Double fonction des critères d'adjudication

Voici des exemples de critères d'adjudication qui doivent être communiqués à l'avance et qui permettent de choisir les soumissionnaires invités au dialogue:

Exemples de critères de sélection des participants au dialogue

- solution intéressante du point de vue des résultats auxquels les travaux sont susceptibles d'aboutir (résultats intermédiaires et finaux, possibilité pour l'adjudicateur d'influer sur les travaux);
- efficacité attendue pour atteindre les objectifs du projet (temps et ressources nécessaires).

À cet égard, il faut formuler les critères de manière suffisamment générale pour pouvoir mesurer l'attrait et l'efficacité, c'est-à-dire l'importance qu'accorde l'adjudicateur à ces critères dans le projet concret.

3.5.4 Publication de l'appel d'offres

- a) Publication des critères d'adjudication, de leur pondération et de la méthode d'évaluation

Tous les aspects déterminants pour l'évaluation des offres doivent être publiés dans les documents d'appel d'offres.

Le principe de transparence est, selon les accords internationaux et les législations nationale et cantonales, un principe fondamental à respecter dans les procédures d'adjudication. Du point de vue des soumissionnaires, il s'agit d'un principe d'équité qui signifie le droit d'être informé de tous les points déterminants pour l'évaluation des offres. Cette information est la condition pour que les soumissionnaires puissent établir une offre répondant au mieux aux attentes et pour garantir la comparabilité des offres. Elle doit également tenir à cœur aux adjudicateurs, étant donné que ceux-ci ont tout intérêt à recevoir des offres répondant au mieux à leurs exigences. Ainsi, il est dans l'intérêt tant des soumissionnaires que de l'adjudicateur que les points déterminants pour l'évaluation des offres soient publiés dans l'appel d'offres.

Concernant la méthode d'évaluation des offres, il faut indiquer dans l'appel d'offres si on applique une procédure d'ouverture des offres en deux étapes (méthode des deux enveloppes), qui suppose que les soumissionnaires remettent deux enveloppes, dont l'une contient toutes les données relatives à la qualité de leur offre et l'autre le prix des prestations offertes (voir plus bas «Ouverture des offres»).

Les éléments déterminants pour l'évaluation des offres qui doivent être communiqués aux soumissionnaires en vertu du principe de transparence susmentionné sont:

- les critères d'adjudication, y compris les sous-critères;
- les preuves à fournir pour qu'on puisse évaluer dans quelle mesure les critères d'adjudication sont remplis;

- la pondération des critères d’adjudication et des sous-critères dans la mesure du possible et pour autant que cet aspect puisse être précisé;
- l’échelle utilisée pour évaluer l’offre sur la base des critères de qualité (méthode d’évaluation);
- la méthode d’évaluation du/des prix proposé(s).

b) Organes de publication et moment de la publication

Les appels d’offres portant sur des marchés publics de la Confédération doivent obligatoirement être publiés en ligne sur la plateforme Internet pour les marchés publics, exploitée par l’association simap.ch (www.simap.ch).

Il n’existe certes aucune obligation de mettre à disposition des documents d’appel d’offres. Il est cependant recommandé d’établir de tels documents et de les publier en même temps que l’appel d’offres. Ils facilitent à la fois l’élaboration et l’évaluation des offres et sont donc dans l’intérêt tant des soumissionnaires que de l’autorité adjudicatrice. Ces documents, s’ils sont élaborés, devraient contenir en particulier (art. 36 LMP/AIMP):

- un cahier des charges détaillé ou, dans le cas d’un appel d’offres fonctionnel, la description du but du marché;
- les conditions générales ou les conditions particulières de l’adjudicateur applicables au marché;
- l’indication du délai durant lequel les soumissionnaires sont liés par leur offre.

Les documents d’appel d’offres sont en principe mis gratuitement à la disposition des soumissionnaires au moment de la publication de l’appel d’offres (voir à ce sujet l’art. 35, let. s, LMP/AIMP).

L’adjudicateur fixe les délais de remise des offres ou des demandes de participation en tenant compte de la complexité du marché, du nombre probable de contrats de sous-traitance ainsi que des modes de transmission des offres ou des demandes de participation (cf. art. 46 LMP/AIMP). Dans certains cas, en particulier lorsque le marché comporte des exigences spécifiques rendant la formation de communautés de soumissionnaires particulièrement complexe ou lorsqu’on souhaite réduire le délai minimal de présentation des offres, il peut être judicieux de publier un avis annonçant l’appel d’offres avant sa publication officielle et indiquant les principaux critères auxquels les offres devront satisfaire (voir l’art. 47 LMP/AIMP).

3.5.5 Documents d’aide

a) Dispositions applicables à la procédure d’adjudication

Les dispositions légales fixent les indications minimales que doivent contenir l’appel d’offres ou les documents d’appel d’offres (art. 36). Le modèle mis à disposition par la KBOB⁸ tient compte de ces exigences pour les procédures ouverte et sélective, et reprend les dispositions sur la procédure d’adjudication. On peut, moyennant quelques adaptations, l’utiliser pour la procédure invitant à soumissionner.

⁸ Voir le document n° 07, accessibles depuis le fichier intitulé «Documents nécessaires pendant toute la durée de la procédure d’appel d’offres».

b) Formulaires pour la procédure d'adjudication

Le modèle de la KBOB intitulé «Dispositions sur la procédure d'adjudication» contient aussi des formulaires⁹ permettant de requérir de manière complète et structurée les preuves à fournir par les soumissionnaires. Il est recommandé d'exiger de tous les soumissionnaires qu'ils présentent leurs preuves de manière uniforme et structurée, d'autant que cela facilite grandement le travail d'évaluation des offres et permet une meilleure traçabilité.

3.6 Autres données fournies par l'adjudicateur

3.6.1 Généralités

En vertu de l'art. 24, al. 3, LMP/AIMP, le service d'achat spécifie ses besoins et exigences dans l'appel d'offres ou dans les documents d'appel d'offres, et y indique en outre:

Dispositions légales

- a) le déroulement du dialogue;
- b) la teneur possible du dialogue;
- c) si et, le cas échéant, comment les soumissionnaires seront indemnisés pour leur participation au dialogue et pour l'utilisation de leurs droits de propriété intellectuelle, de leurs connaissances et de leur expérience;
- d) les délais et les modalités de remise de l'offre définitive.

La loi ne précise pas clairement le moment où ces données additionnelles doivent être publiées. Le caractère systématique de l'énumération à l'art. 24 LMP/AIMP laisse toutefois présumer, tout comme le message du Conseil fédéral, qu'il y a lieu de communiquer le plus tôt possible l'intention de conduire un dialogue et, donc, de le faire figurer dans l'appel d'offres ou dans les documents d'appel d'offres¹⁰.

Moment de la publication

Cette approche découle également du principe de transparence et d'efficacité dans la conduite des procédures lorsque ces informations sont disponibles au moment de l'appel d'offres. En préparant ce dernier, le service d'achat devrait déjà savoir comment se déroulera le dialogue, quelle pourra en être la teneur et surtout ce qu'il en sera de l'indemnisation (voir aussi à ce sujet le ch. 3.6.2 ci-après), et en faire part aux soumissionnaires à un stade précoce.

En revanche, il peut ne communiquer les indications précises sur la teneur possible du dialogue ainsi que sur les délais et modalités exactes de remise des offres définitives qu'aux soumissionnaires retenus après la sélection. Il y a lieu de leur faire part, au plus tard avant le début du dialogue, des conditions dans lesquelles ce dernier se déroulera – surtout au niveau fédéral, car les soumissionnaires doivent approuver la convention régissant le dialogue ainsi que ses dispositions (cf. ch. 3.10 ci-dessous) pour être autorisés à participer à ce dernier.

3.6.2 Indemnisation: aspects particuliers

En élaborant des solutions, les soumissionnaires fournissent un travail qui incomberait en fait au service d'achat. Lors de la préparation de l'appel d'offres, le service d'achat doit décider si le travail que représente la participation au dialogue sera ou non rémunéré, ne fût-ce que partiellement. En l'occurrence, il y a lieu de distinguer

Prestations des soumissionnaires à rémunérer

⁹ Voir le document n° 12, accessible depuis le fichier intitulé «Documents nécessaires pendant toute la durée de la procédure d'appel d'offres».

¹⁰ Message concernant la LMP, p. 1779.

la phase d'établissement des offres (provisaires) de celle de participation au dialogue en tant que tel.

Moment de la publication

Les indemnités éventuelles doivent être définies au plus tard dans les documents d'appel d'offres. Jusqu'à la révision de la législation, l'ordonnance prévoyait que ces informations étaient indiquées dans les documents d'appel d'offres (cf. art. 26a, al. 2, OMP 1995 et annexe 5, ch. 14). Cette disposition continue toutefois à s'appliquer (voir le ch. 3.6.1 ci-dessus)¹¹. Il est conseillé d'y indiquer également les modalités de cette indemnisation.

Rémunération de l'élaboration des solutions ou procédés proposés

Si une indemnité est accordée pour l'élaboration des propositions de solutions ou des procédés dans le cadre de l'établissement des offres (provisaires), il est recommandé de fixer celle-ci forfaitairement. Cette indemnité est en principe destinée à couvrir le travail d'élaboration des solutions, mais pas le temps investi dans l'établissement des offres.

Rémunération de la participation au dialogue

Le cas échéant, la rémunération de la participation au dialogue peut être soit forfaitaire, soit fondée sur le temps consacré (rémunération «en régie»). Vu que ni le service d'achat ni les soumissionnaires ne peuvent estimer de manière fiable le temps de travail nécessaire, il est probable que la préférence soit généralement donnée à la rémunération fondée sur le temps consacré. La rémunération est octroyée selon des taux d'honoraires à convenir. Lors du dialogue, il est possible de fixer d'un commun accord un plafond des coûts contraignant pour chaque phase (de préférence, d'un commun accord et avant la signature de la convention régissant le dialogue). Il est recommandé d'indiquer dans les documents d'appel d'offres le mode de rémunération de la participation au dialogue, le tarif applicable, ainsi que le nombre d'heures de travail (estimées).

Dispositions relatives aux droits d'auteur et aux autres droits de propriété intellectuelle

À la rémunération des prestations fournies dans le cadre du dialogue peut s'ajouter l'acquisition des droits d'auteur ou d'autres droits de propriété intellectuelle. Il convient cependant de souligner que lorsque l'auteur ne peut pas réaliser son projet, l'acquisition des droits d'auteur conduit souvent à des problèmes. Le service d'achat doit donc régler de manière détaillée dans les documents d'appel d'offres et dans la convention régissant le dialogue les modalités d'utilisation ultérieure de ces droits sur les solutions développées au cas où il souhaiterait les acquérir.

3.7 Préqualification (uniquement dans la procédure sélective)

Dans le cas d'une procédure sélective, les soumissionnaires présentent d'abord une demande de participation. Se fondant sur les critères d'aptitude, l'adjudicateur choisit ensuite ceux qui peuvent présenter une offre. La sélection fait l'objet d'une décision qui est sujette à recours (cf. art. 53, al. 1, LMP/AIMP).

3.8 Remise des offres (provisaires)

Mention du prix dans les offres déposées

Les offres (provisaires) présentent une proposition de solution ou de procédé. Elles indiquent également le prix auquel est estimée la mise en œuvre de cette proposition. Ce prix doit être suffisamment transparent pour pouvoir être adapté de manière plausible à l'aune des résultats du dialogue. Cela signifie que les offres (provisaires) doivent contenir les règles de calcul du prix qui permettent au service d'adjudication de comparer les coûts probables des différentes offres (provisaires). Lors de cette phase de la procédure, les offres indiquant un prix calculé sur la base

¹¹ Département fédéral des finances DFF, Commentaire de l'ordonnance sur les marchés publics (OMP) du 12 février 2020 (ci-après «Commentaire de l'OMP 2020»), p. 8.

du nombre d'heures de travail prévu sont donc préférables aux offres contenant un prix forfaitaire. Il est possible de passer à un prix forfaitaire au moment de la présentation de l'offre définitive, mais cette possibilité doit être mentionnée d'emblée dans l'appel d'offres ou dans les documents d'appel d'offres.

Lors du dialogue, le service d'achat doit aussi garantir la confidentialité des indications fournies par les soumissionnaires (art. 11, let. e, LMP/AIMP). Au niveau fédéral, cette disposition est complétée par l'art. 6, al. 3, OMP, selon lequel «durant le dialogue avec un soumissionnaire et après l'adjudication du marché, aucune information concernant les solutions ou les procédés proposés par les autres soumissionnaires ne peut être communiquée à ce dernier sans avoir obtenu le consentement écrit des soumissionnaires concernés».

Confidentialité

3.9 Sélection des participants au dialogue

Dans la procédure ouverte, le service d'achat commence, après réception des offres (provisaires), par vérifier si les soumissionnaires remplissent les critères d'aptitude. Dans la procédure sélective, cette vérification est effectuée lors de la phase de préqualification (voir ch. 3.7).

Aptitude des soumissionnaires

L'adjudicateur sélectionne, parmi les offres (provisaires) présentant les éléments requis, les soumissionnaires avec lesquels il souhaite mener un dialogue. Cette sélection est fondée sur les critères d'adjudication ou, dans le cas de la procédure sélective, sur les critères d'aptitude (art. 24, al. 4, LMP/AIMP). Sont invités au dialogue les soumissionnaires qui sont le mieux évalués sur la base de ces critères. À cet égard, l'art. 6, al. 1, OMP précise que les services d'achat de la Confédération choisissent – si possible – au moins trois soumissionnaires. Pour qu'un concours puisse avoir lieu et que différentes solutions puissent être comparées, il convient en effet d'éviter de réduire trop fortement le nombre de participants même si le travail engendré par le dialogue nécessite de poser certaines limites.

Choix des soumissionnaires

Lors du dialogue, il est recommandé de ne développer avec chaque soumissionnaire que la solution proposée par ce dernier. Pour des raisons juridiques, il n'est pas permis d'intégrer la solution proposée par un soumissionnaire donné dans un dialogue mené avec un autre soumissionnaire (voir aussi à ce sujet les observations concernant les droits d'auteur au ch. 3.5.1).

Développement de chacune des solutions proposées

3.10 Ouverture du dialogue

Il faut informer les soumissionnaires concernés de l'ouverture du dialogue et du fait qu'ils sont invités à y participer. Les autres soumissionnaires doivent également être informés du fait que leur offre n'a pas été retenue. Il est recommandé de formuler ce courrier en indiquant aux soumissionnaires qui n'ont pas été sélectionnés que leur offre n'est pas traitée plus avant pour l'instant, mais qu'il reste possible qu'elle le soit ultérieurement et qu'une réponse définitive leur parviendra au terme de la procédure («mise à l'écart»; il ne s'agit pas d'une décision attaquable). Il se peut en principe que suite à l'élimination d'un soumissionnaire sélectionné (en raison d'une faillite, d'une vente partielle de l'entreprise, d'un changement de personnel, etc.), une offre mise à l'écart satisfasse aux critères de sélection des participants au dialogue parce qu'après l'examen provisoire des critères d'adjudication par exemple, elle se retrouve mieux placée (après coup). Cependant, la sélection doit toujours respecter les critères et les modalités publiés; un glissement dans le classement qui ne serait pas conforme aux données publiées n'est pas autorisé.

Annonce de l'ouverture du dialogue

Rappelons que la sélection des participants au dialogue dans les procédures ouverte et sélective ne doit pas être confondue avec la préqualification prévue dans la procédure sélective, laquelle constitue dans tous les cas une décision attachable¹².

Convention régissant le dialogue

Désormais, les services d’achat de la Confédération doivent conclure une convention régissant le dialogue pour pouvoir participer à ce dernier. L’art. 6, al. 2, OMP prévoit ce qui suit:

«Le déroulement du dialogue, sa durée, les délais ainsi que les questions de l’indemnisation et de l’utilisation des droits de propriété intellectuelle sont réglés dans une convention. L’acceptation de la convention régissant le dialogue est une condition de participation au dialogue.»

Les conventions doivent être jointes à l’avis annonçant l’ouverture du dialogue aux soumissionnaires sélectionnés. Afin de respecter l’égalité de traitement entre soumissionnaires, les conventions régissant le dialogue conclues dans le cadre d’une même procédure doivent avoir un contenu identique¹³. L’adjudicateur est par ailleurs lié par les données qu’il a indiquées dans l’appel d’offres et dans les documents d’appel d’offres (au sujet de l’indemnisation ou de l’utilisation des droits de propriété intellectuelle, notamment).

Un soumissionnaire qui n’accepterait pas la convention régissant le dialogue est en principe exclu de la procédure sans indemnité. Il n’est possible d’inviter après coup un autre soumissionnaire à participer au dialogue que si les conditions énoncées dans l’appel d’offres ou dans les documents d’appel d’offres le prévoient.

Annonce de la suite de la procédure

Afin que les participants au dialogue puissent planifier et préparer au mieux ce dernier, l’avis annonçant l’ouverture du dialogue doit présenter la suite de la procédure. Les informations à ce sujet peuvent se référer à la convention régissant le dialogue. Le cas échéant, les procédures en plusieurs étapes (plusieurs rondes de dialogue) doivent être annoncées dans la mesure du possible.

3.11 Conduite du dialogue

Établissement du procès-verbal

Le déroulement et la teneur du dialogue doivent être consignés de manière appropriée et compréhensible (art. 24, al. 5, LMP/AIMP). Chaque décision doit donc être enregistrée sur vidéo ou consignée dans un procès-verbal par exemple. Les procès-verbaux ne doivent pas restituer la lettre, mais le sens des échanges.

Dialogue par étapes

Le dialogue impliquant un processus d’apprentissage pour les deux parties, il peut comporter plusieurs étapes. Lorsque tel est le cas (voir ci-dessus), cette intention doit être mentionnée dans l’appel d’offres ou dans les documents d’appel d’offres.

3.12 Remise des offres (définitives)

Invitation à présenter une offre définitive

Une fois que la solution a pu être développée dans le cadre du dialogue, l’adjudicateur invite plusieurs soumissionnaires ou celui envisagé pour l’adjudication du marché à lui présenter une offre finale (définitive).

Moyens de prévenir l’arbitraire dans la définition du prix par les soumissionnaires sélectionnés

Afin d’éviter une définition des prix non transparente par les soumissionnaires sélectionnés, le service d’achat peut prendre l’une des mesures suivantes:

¹² Art. 53, al. 1, let. b, LMP. À ce sujet, voir les dispositions relatives à la préqualification au point 3.7.

¹³ Commentaire de l’OMP, 2020, p. 8.

- définir une limite de prix dans les documents d'appel d'offres et attribuer des points supplémentaires aux offres dont le prix est inférieur à cette limite;
- demander un prix calculé sur la base de tarifs prédéfinis et d'un nombre plausible d'heures de travail.

Nous recommandons d'inviter au moins deux soumissionnaires à présenter une offre définitive.

Les négociations portant sur le rapport prix / prestations des offres définitives sont désormais interdites.

3.13 Adjudication et conclusion du contrat

Si plusieurs offres définitives ont été présentées, l'adjudicateur évalue celles-ci sur la base des critères d'adjudication mentionnés dans les documents d'appel d'offres, adjuge le marché et rend sa décision. Le contrat peut être conclu dès que cette décision est entrée en force.

Adjudication et
conclusion du contrat

4. Documents de la KBOB

4.1 Structure et contenu des documents contractuels de la KBOB

Les documents contractuels de la KBOB présentent une structure modulaire. Les modèles de la KBOB actuellement disponibles dans le domaine des prestations de mandataire (appel d’offres, adjudication et contrat) comprennent les trois parties suivantes:

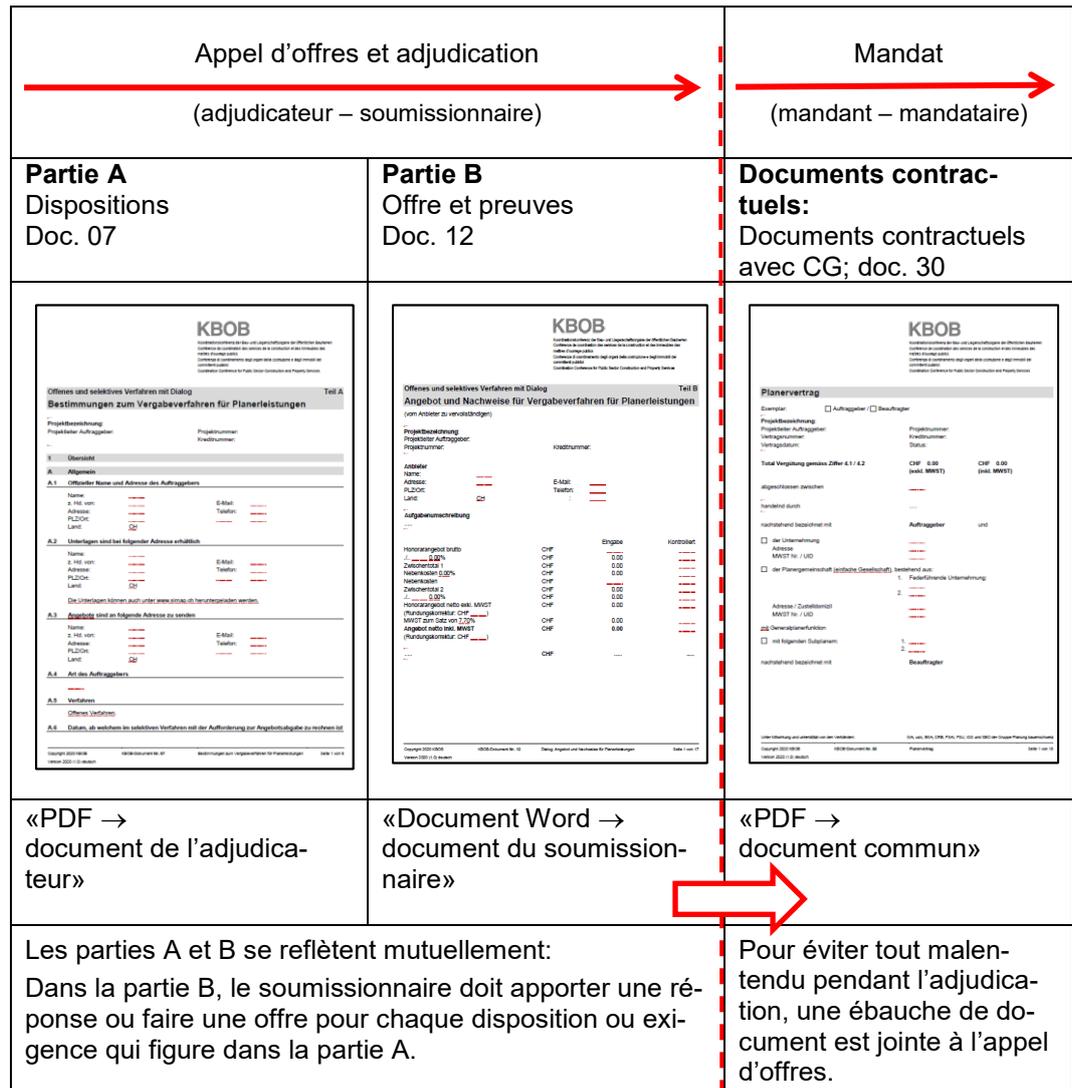


Figure 1: Modèles de contrats de mandataire de la KBOB

Les parties A et B constituent le fondement de la procédure d’appel d’offres et d’adjudication selon le droit des marchés publics. L’offre et les preuves remises par le soumissionnaire sont rectifiées au cours de cette procédure, puis jointes au contrat en tant qu’annexes.

4.2 Choix du document pertinent

La procédure d’adjudication retenue pour le marché public concerné détermine le choix des documents à utiliser: «Descriptif des prestations de mandataire», «Dispositions sur la procédure d’adjudication des prestations de mandataire», «Offre et preuves pour la procédure d’adjudication des prestations de mandataire» et «Proposition d’adjudication».

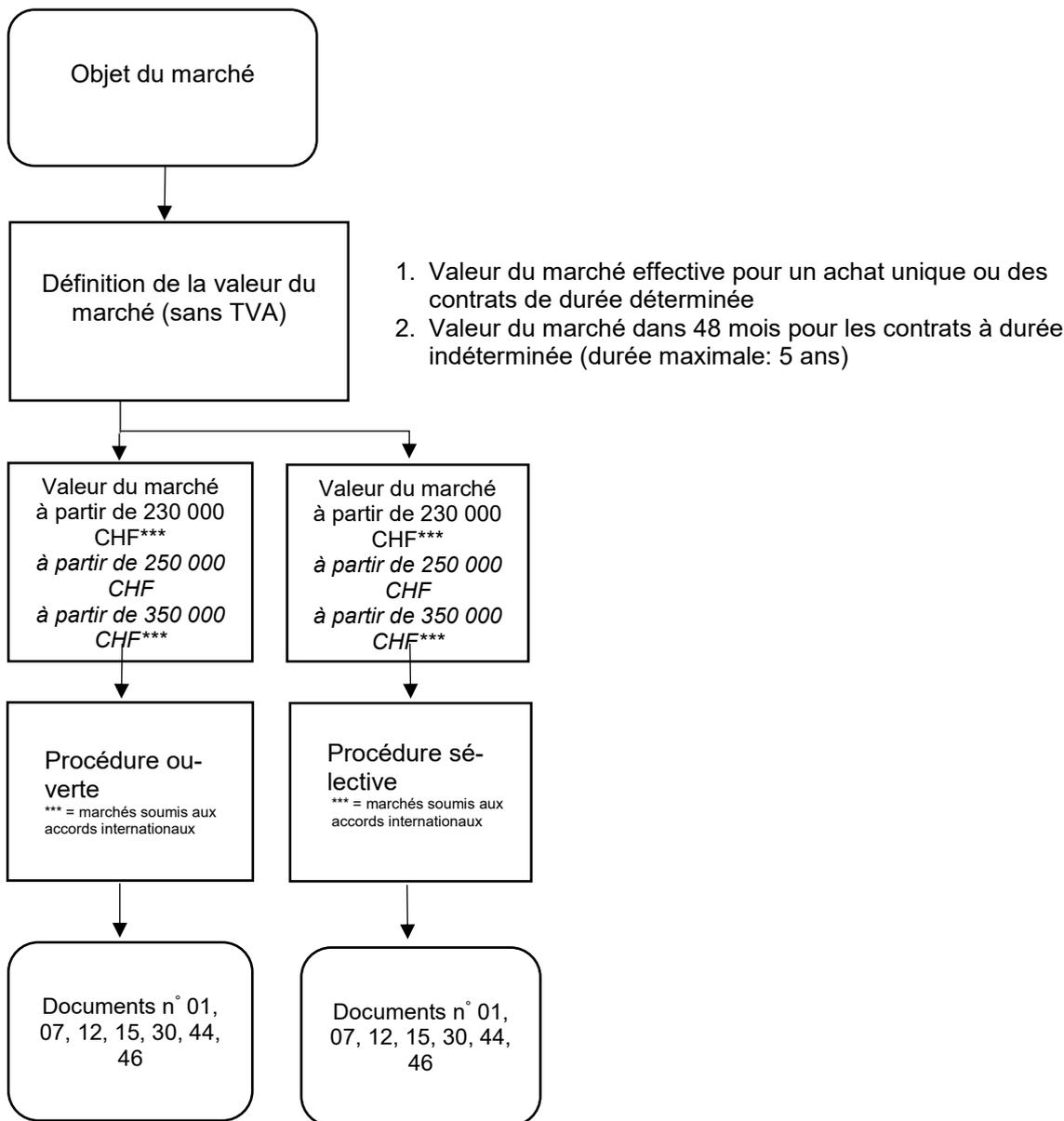


Figure 2: Choix du document pertinent

Remarque: Les valeurs seuils ci-dessus concernent les valeurs des prestations.

4.3 Cockpit de la KBOB

Les documents nécessaires pendant toute la durée de la procédure d’appel d’offres sont disponibles sous:

www.kbob.admin.ch > [Thèmes et prestations](#) > [Contrats types et collections de documents](#)

Les documents concernant l’acquisition de **prestations de mandataire** peuvent être téléchargés sur le site susmentionné.

4.3.1 Préparation / documents d’appel d’offres

Documents nécessaires pendant toute la durée de la procédure d’appel d’offres

Version Cockpit 2021 (6.4) français

Remarque: les documents marqués en jaune contiennent une nouvelle mise en page, de nouvelles fonctionnalités et les contenus les plus récents. Bientôt, tout le cockpit de la KBOB apparaîtra sous cette forme.

Comme d’habitude, vous trouverez de l’aide sur les nouveaux documents sous le lien suivant: <https://kbob-faq.ch/>.

N°	Désignation du document	Version	Prestations de mandataire				Travaux de construction			
			G	I	O	S	G	I	O	S
01	Proposition concernant le choix de la procédure d’adjudication	1.0								
02	Calendrier de l’appel d’offres	1.0								
03	Descriptif des prestations de mandataire	1.0								
04	Partie A; Dispositions sur la procédure d’adjudication des prestations de mandataire	2.0								
05	Partie A; Dispositions sur la procédure d’adjudication des marchés de construction	2.0								
06	Partie A; Dispositions sur la procédure d’adjudication des prestations de mandataire	2.0								
06a	Partie A; Dispositions sur la procédure d’adjudication des prestations de mandataire, préqualification	2.0								
06b	Partie A; Dispositions sur la procédure d’adjudication des prestations de mandataire, après la préqualification	2.0								
07	Partie A; Dispositions sur la procédure d’adjudication des prestations de mandataire (procédure ouverte ou sélective avec dialogue)	1.0								
08	Partie A; Dispositions sur la procédure d’adjudication des marchés de construction	2.0								
08a	Partie A; Dispositions sur la procédure d’adjudication des marchés de construction, préqualification	2.0								
08b	Partie A; Dispositions sur la procédure d’adjudication des marchés de construction, après la préqualification	2.0								
08c	Partie A; Dispositions sur la procédure d’adjudication de prestations globales	2.0								
08d	Partie A; Dispositions sur la procédure d’adjudication de prestations globales, préqualification	2.0								
08e	Partie A; Dispositions sur la procédure d’adjudication de prestations globales, après la préqualification	2.0								
09	Partie B; Offre et preuves pour la procédure d’adjudication des prestations de mandataire	2.0								
10	Partie B; Offre et preuves pour la procédure d’adjudication des marchés de construction	2.0								
11	Partie B; Offre et preuves pour la procédure d’adjudication des prestations de mandataire	2.0								
11a	Partie B; Demande de participation et preuves pour la procédure d’adjudication des prestations de mandataire, préqualification	2.0								
11b	Partie B; Offre et preuves pour la procédure d’adjudication des prestations de mandataire, après la préqualification	2.0								
12	Partie B; Offre et preuves pour la procédure d’adjudication des prestations de mandataire (procédure ouverte ou sélective avec dialogue)	1.0								
13	Partie B; Offre et preuves pour la procédure d’adjudication des marchés de construction	2.0								
13a	Partie B; Demande de participation et preuves pour la procédure d’adjudication des marchés de construction, préqualification	2.0								
13b	Partie B; Offre et preuves pour la procédure d’adjudication des marchés de construction, après la préqualification	2.0								
13c	Partie B; Offre et preuves pour la procédure d’adjudication de prestations globales	2.0								
13d	Partie B; Demande de participation et preuves pour la procédure d’adjudication de prestations globales, préqualification	2.0								
13e	Partie B; Offre et preuves pour la procédure d’adjudication de prestations globales, après la préqualification	2.0								
14	Procès-verbal d’ouverture des offres	1.0								
15	Procès-verbal de la clarification	1.0								

Figure 3: Documents du cockpit relatifs aux prestations de mandataire et aux travaux de construction

4.3.2 Modèles de contrat / évaluation

Légende: Procédure G: de gré à gré; I: invitant à soumissionner; O: ouverte; S: sélective
 Cliquez pour télécharger (les documents) Disp. uniquement sous forme personnalisée

N°	Désignation du document	Version	Prestations de mandataire				Travaux de construction					
			G	I	O	S	G	I	O	S		
30	Contrat de mandataire	1.0										
30a	Contrat de mandataire pour les prestations d'architectes paysagistes	1.0										
31	Commande de prestations de mandataire	1.0										
32	Contrat-cadre pour prestations de mandataire	1.0										
33	Commande de prestations de mandataire fondée sur un contrat-cadre	1.0										
34	Contrat d'entreprise	1.0										
35	Commande de travaux de construction / Confirmation	1.0										
36	Contrat-cadre pour travaux de construction	1.0										
37	Commande de travaux de construction fondée sur un contrat-cadre	1.0										
38	Contrat d'entreprise générale (bâtiment)	1.0										
39	Contrat d'entreprise totale (bâtiment)	1.0										
40	Contrat d'entreprise totale (génie civil)	1.0										
41	Rejet dans la 1 ^{re} étape de la procédure sélective											
42	Invitation à soumissionner dans la procédure sélective											
43	Lettre de rejet dans la procédure invitant à soumissionner											
44	Check-liste pour le traitement de vices de forme	1.0										
45	Lettre de rejet dans les procédures ouverte et sélective											
46	Proposition d'adjudication	n1.4										
47	Comparatif des offres	1.0										
48	Communication de l'adjudication au soumissionnaire dans la procédure invitant à soumissionner											
49	Communication de l'adjudication au soumissionnaire dans les procédures ouverte et sélective											
50	Rapport sur un marché adjugé de gré à gré	1.0										
51	Annonce d'avenant	1.0										
52a	Avenant au contrat de base pour prestations de mandataire / services	1.0										
52b	Avenant au contrat de base pour prestations de construction	1.0										
53	Cautionnement solidaire	1.0										
54	Garantie de bonne exécution/Garantie pour défauts	1.0										
55	Garantie de restitution d'acomptes	1.0										
56	Réception: Procès-verbal de la vérification commune	1.0										
60	Formulaire de calcul; variations de prix selon la méthode paramétrique, norme SIA 122	1.0										
62	Formulaire de calcul; variations de prix selon la méthode des pièces justificatives; norme SIA 124	1.0										
63	Formulaire de calcul; variations de prix pour les prestations d'entreprise générale et d'entreprise totale selon SIA 125	1.0										
64	Formulaire de calcul; variations de prix pour les prestations des mandataires selon SIA 126	1.0										
70	Description des prestations de maintenance	2.0										
75	Contrat de maintenance	n1.1										
76	Contrat-cadre pour prestations de maintenance	3.0										
77	Commande de prestations de maintenance fixées au contrat-cadre	3.0										
80	Dispositions sur la procédure d'adjudication de services, partie A (procédure invitant à soumissionner)	2.0										
81	Dispositions sur la procédure d'adjudication de services, partie A (procédure ouverte)	2.0										
82	Offre et preuves pour la procédure d'adjudication des services, partie B (procédure invitant à soumissionner)	2.0										
83	Offre et preuves pour la procédure d'adjudication des services, partie B (procédure ouverte)	2.0										
84	Contrat de services	1.0										
90	Contrat de vente	1.0										
91	Contrat de location pour les biens mobiliers	1.0										
92	Contrat de livraison d'ouvrage	1.0										

Figure 4: Documents du cockpit relatifs aux prestations de mandataire et aux travaux de construction

5. Annexe (sera rédigée ultérieurement)

5.1 A.1 Convention régissant le dialogue (modèle)