

USIC

Union Suisse des Sociétés d'Ingénieurs-Conseils
Schweizerische Vereinigung Beratender Ingenieurunternehmungen
Unione Svizzera degli Studi Consulenti d'Ingegneria
Swiss Association of Consulting Engineers
Member of FIDIC and EFCA

Nouveaux développements dans le domaine des procédures d'adjudication

*Rapport sur la sélection fondée sur la qualité, la méthode
des deux enveloppes et le dialogue au sens de l'art. 26a OMP*

USIC
mai 2012

*Secrétariat
Effingerstrasse 1, case postale 6916,
3001 Berne
Tél. 031 970 08 88
Fax 031 970 08 82
E-mail: usic@usic.ch, www.usic.ch*

publication

No. 8

Groupe de projet «Dialogue»

Peter Schuster, groupe de travail Adjudication, Ernst Basler + Partner AG, direction

Irene Bernhard, Ernst Basler + Partner AG

Marco Fetz, Office fédéral des constructions et de la logistique

Christoph Jäger, Kellerhals Anwälte

Roland Keller, comité de l'usic, pkag Paul Keller Ingenieure AG

Alexia Kouzounis, Ernst Basler + Partner AG

Mario Marti, avocat, secrétaire général de l'usic

Erich Ramer, Ernst Basler + Partner AG

Eduard Tüscher, délégué de la KBOB

Rédaction

Ernst Basler + Partner AG

Mühlebachstrasse 11

8032 Zurich

Tél. +41 44 395 16 16

info@ebp.ch

www.ebp.ch

publication No. 8

Nouveaux développements dans le domaine des procédures d'adjudication

*Rapport sur la sélection fondée sur la qualité, la méthode
des deux enveloppes et le dialogue au sens de l'art. 26a OMP*

USIC
mai 2012

Avant-propos

L'usuc s'implique activement pour assurer aux entreprises d'ingénieurs-conseils de bonnes conditions en matière d'acquisition publique des prestations d'ingénieurs. Elle voue en ce sens une attention spéciale aux particularités dont il convient de tenir compte lors de l'acquisition de prestations intellectuelles – à la différence de biens et services standard.

L'usuc s'attache en priorité à promouvoir un concours loyal, fondé sur la qualité. Acquérir une prestation intellectuelle en s'appuyant de manière prépondérante sur le prix offert n'est pas un gage de succès pour la mise en œuvre de l'ensemble d'un projet.

La présente publication expose de nouveaux mécanismes et instruments de procédure d'adjudication, particulièrement appropriés à l'achat de prestations de planification. Plus concrètement, il s'agit ici d'un tour d'horizon et d'une discussion portant sur la sélection fondée sur la qualité (SFQ; Quality Based Selection, QBS) selon le modèle international, la méthode dite à deux enveloppes, et le dialogue, nouvellement introduit par l'art. 26a de l'ordonnance (fédérale) sur les marchés publics.

La publication inclut un rapport et deux annexes. La première fournit des informations complémentaires sur les fondements et définitions de chaque méthode. La seconde comprend un guide pour les acquisitions publiques intégrant le dialogue. Ce mémento vise à offrir aux services d'achat publics une liste de contrôle et un outil de travail pour la planification et l'organisation d'un dialogue. Le guide est également publié à titre de recommandation autonome de la Conférence de coordination des services de la construction et des immeubles des maîtres d'ouvrage publics (KBOB).

L'usuc espère que les nouvelles méthodes d'adjudication donneront de nouvelles impulsions dans le contexte de l'acquisition de prestations de planification. Elle encourage les services d'achat publics à utiliser surtout le nouvel instrument de dialogue – qui selon certains signes qui se font jour, peut aussi s'appliquer à l'échelon cantonal ou communal.

TABLE DES MATIERES

1.	Rapport sur la sélection fondée sur la qualité, la méthode des deux enveloppes et le dialogue au sens de l'art. 26a OMP	
1.	Introduction.....	4
1.1	Objet.....	4
1.2	Aperçu des instruments étudiés.....	4
2.	Contexte et plan.....	5
3.	Bases et définitions.....	6
3.1	Sélection fondée sur la qualité.....	6
3.1.1	Exemple d'application: Etats-Unis.....	6
3.1.2	Exemple d'application: Banque mondiale.....	7
3.1.3	Exemple d'application: FIDIC.....	8
3.1.4	Exemple d'application: Canada.....	9
3.2	Méthode des deux enveloppes.....	9
3.2.1	Exemple d'application: Banque mondiale.....	10
3.2.2	Exemple d'application: FIDIC.....	10
3.3	Dialogue.....	11
3.3.1	Libellé de l'art. 26a OMP.....	11
3.3.2	Champ d'application.....	11
3.3.3	Mention du dialogue dans l'appel d'offres.....	13
3.3.4	Caractère potestatif de l'art. 26a OMP.....	13
3.3.5	Informations sur la rémunération et l'utilisation des prestations des soumissionnaires.....	13
3.3.6	Sélection et information des soumissionnaires participant au dialogue.....	13
3.3.7	Procès-verbal et autres traces du dialogue.....	13
3.3.8	Licéité du dialogue au niveau cantonal.....	14
3.3.9	Le dialogue dans l'UE.....	14
4.	Modalités de mise en œuvre, compatibilité avec le droit suisse des marchés publics et recommandations.....	15
4.1	Sélection fondée sur la qualité.....	15
4.2	Méthode des deux enveloppes.....	17
4.3	Dialogue.....	18
5.	Conclusion et propositions de mise en œuvre.....	21
5.1	Conclusion.....	21
5.2	Propositions de mise en œuvre.....	21
5.2.1	Sélection fondée sur la qualité.....	21
5.2.2	Méthode des deux enveloppes.....	21
5.2.3	Dialogue.....	21
A1	Bases et définitions: compléments	22
1.	Sélection fondée sur la qualité.....	22
2.	Méthode des deux enveloppes.....	28
3.	Dialogue.....	30
A2	Guide pour les procédures d'adjudication avec dialogue	31

1. Introduction

1.1 Objet

Les procédures utilisées pour adjuger les marchés portant sur des prestations de planification accordent trop d'importance aux coûts en regard de l'importance accordée à la qualité. Bien que le prix soit souvent faiblement pondéré, les méthodes d'évaluation choisies impliquent que le prix reste le critère décisif. Or cette pratique est rarement efficace, dans la mesure où elle peut conduire à une augmentation des coûts globaux du projet.

Le présent rapport se penche sur la question de savoir quels instruments du droit des marchés publics permettraient de remédier à ce problème. Il examine ainsi la sélection fondée sur la qualité, la méthode des deux enveloppes ainsi que le dialogue au sens de l'art. 26a de l'ordonnance sur les marchés publics (OMP), en fournissant des exemples d'application de chacun de ces instruments.

Il analyse par ailleurs les modalités de mise en œuvre de ces instruments et leur compatibilité avec le droit suisse des marchés publics. Il contient enfin des recommandations pour l'utilisation de ces instruments dans les procédures d'adjudication en Suisse.

1.2 Aperçu des instruments étudiés

Comme son nom l'indique, la sélection fondée sur la qualité consiste à choisir les soumissionnaires sur la base de la qualité des offres ; le prix n'entre pas en ligne de compte ou ne joue qu'un rôle secondaire. Ce type de sélection est centré sur la qualité des offres, ce qui peut être particulièrement utile lorsqu'il s'agit d'adjuger des marchés portant sur des prestations complexes. La compatibilité de ce procédé avec le droit suisse est cependant problématique, dans la mesure où le Tribunal fédéral a jusqu'à présent toujours estimé que le poids attribué au prix devait atteindre au minimum 20 %.

La méthode des deux enveloppes se décline en plusieurs variantes. La constante réside dans le fait que les données constitutives de l'offre sont réparties dans deux enveloppes : l'une contient des indications sur la nature des prestations proposées (qualité) et l'autre des indications sur le prix de ces prestations. On commence par évaluer la qualité de l'offre. La suite de la procédure diffère selon la variante de la méthode considérée : soit l'on ouvre uniquement l'enveloppe contenant le prix de l'offre du soumissionnaire le mieux placé après l'évaluation de la qualité des offres (variante A), soit l'on ouvre les enveloppes des trois soumissionnaires les mieux placés et soumet les offres de ces derniers à une analyse de la valeur utile (variante B), soit l'on soumet les offres de l'ensemble des soumissionnaires à une analyse de la valeur utile (variante C). L'avantage de la méthode des deux enveloppes consiste dans le fait que les aspects qualitatifs des offres sont évalués tout à fait indépendamment de leur prix, celui-ci n'étant pris en compte que dans un second temps – lorsqu'il n'est pas carrément ignoré. En Suisse, la pondération minimale du prix exigée par le Tribunal fédéral a pour conséquence que seule la variante C peut être admise.

Le rapport troisième instrument présenté dans ce rapport est le dialogue, à savoir la collaboration que l'adjudicataire et les soumissionnaires mènent pendant la phase d'appel d'offres en vue de définir avec précision l'objet du marché. L'avantage considérable du dialogue est qu'il permet au service d'achat d'obtenir exactement la prestation qu'il lui faut.

La possibilité de mener un dialogue est inscrite dans le droit des marchés publics depuis le 1^{er} janvier 2010. Les cantons connaissent l'interdiction de mener des négociations sur le rapport prix/prestation ainsi que l'interdiction de modifier les offres. Ces interdictions ne représentent cependant pas une entrave à la procédure de dialogue, dans la mesure où elles ne s'appliquent qu'à l'offre définitive, c'est-à-dire à l'offre remise après le dialogue.

L'UE connaît elle aussi une forme de dialogue, à savoir le dialogue concurrentiel, qui présente de nombreuses similitudes avec la méthode suisse.

2. Contexte et plan

Contexte

Dans son document d'analyse paru en mai 2010 et intitulé « Situation et comportement sur le marché lors de l'adjudication de prestations de planification dans le cadre de grands projets d'infrastructures en Suisse » (publication no 7), l'usic exige l'amélioration des procédures d'adjudication actuelles.

Elle mentionne en particulier la méthode des deux enveloppes, qui permet d'évaluer la qualité des offres indépendamment de leur prix. Elle relève que ce type de méthode est appliqué avec succès à l'étranger sous le nom de « Quality Based Selection » (sélection fondée sur la qualité) et qu'il est utile pour instaurer une véritable concurrence fondée sur la qualité des offres au lieu d'une concurrence fondée uniquement sur le prix.

L'une des mesures que l'usic propose dans ce document consiste donc à appliquer, dans les procédures d'adjudication, de nouvelles méthodes permettant d'évaluer séparément la qualité des offres.¹⁾

C'est dans ce contexte que le groupe de projet de l'usic Dialogue a été institué. Celui-ci a pour tâche principale d'étudier les méthodes suivantes :

- la sélection fondée sur la qualité et la méthode des deux enveloppes, conçues sur le modèle des méthodes appliquées à l'étranger ;
- le dialogue au sens de l'art. 26a OMP (nouveau).

Plan et objectifs

Dans un premier temps, le présent rapport expose les trois méthodes susmentionnées. Dans un deuxième temps, il évalue leurs avantages et leurs inconvénients du point de vue de l'usic. Finalement, il étudie la question de savoir si et, le cas échéant, comment l'usic pourrait contribuer à la mise en œuvre de ces méthodes.

Ce rapport doit permettre au groupe de travail Adjudication, puis au comité de l'usic, de se faire une opinion sur les instruments d'adjudication étudiés. Il vise également à faire part aux services d'achat des propositions de l'usic concernant la mise en œuvre de ces instruments. Enfin, le guide figurant en annexe est destiné à faciliter l'application de la méthode du dialogue. Des représentants de la Conférence de coordination des services de la construction et des immeubles des maîtres d'ouvrage publics (KBOB) ainsi que de l'Office fédéral des constructions et de la logistique ont participé à l'élaboration de ce rapport, sans toutefois adhérer à l'intégralité de son contenu. Ils sont par exemple clairement opposés à l'idée d'ignorer complètement le critère du prix (voir chapitre 3.1), dans la mesure où le droit des marchés publics exige que le marché soit adjugé au soumissionnaire ayant présenté l'offre la plus avantageuse économiquement et que chaque marché soit considéré pour lui-même. Ils estiment par ailleurs que négocier le prix après avoir choisi un soumissionnaire (voir chapitre 3.1.1) est impossible et contraire à une gestion économe des fonds publics. En revanche, ils approuvent explicitement la variante de la méthode des deux enveloppes (voir chapitre 3.2) dans laquelle toutes les offres sont évaluées du point de vue du prix (variante C). Par ailleurs, il est prévu que la KBOB adopte le guide figurant à l'annexe 2.

Champ d'application

Les méthodes considérées peuvent être utilisées pour tous les types de mandats et de contrats d'entreprise. Toutefois, le présent rapport s'intéresse essentiellement à leur utilisation dans les procédures d'adjudication relatives à des marchés portant sur des prestations de planification. Les considérations concernant ce champ d'application sont également valables pour les prestations de planification incluses dans les appels d'offres s'adressant à des entreprises totales.

Les concours d'architecture et d'ingénierie (SIA 142), les mandats d'étude parallèles d'architecture et d'ingénierie (SIA 143) ainsi que les concours de projets et les concours portant sur les études et la réalisation (art. 40 ss OMP) ne sont pas pris en considération. S'il existe des similitudes, du point de

1) usic, Situation et comportement sur le marché lors de l'adjudication de prestations de planification dans le cadre de grands projets d'infrastructures en Suisse, publication no 7, Berne, 2010, p. 10 et p. 19.

vue du résultat final, entre ces concours et mandats et les méthodes étudiées, on relève également des différences fondamentales. La différence la plus importante réside dans le fait que les concours d'idées et les mandats d'étude parallèles au sens des règlements SIA 142 et 143 reposent déjà sur des mandats ayant fait l'objet d'une procédure d'adjudication : plusieurs mandats identiques sont adjugés simultanément au lieu d'un seul. Dans le cas du dialogue, la solution est développée avant et non après l'adjudication du marché.

3. Bases et définitions

Le présent chapitre présente succinctement la sélection fondée sur la qualité, la méthode des deux enveloppes et le dialogue. L'annexe A1 contient des renseignements supplémentaires ainsi que des extraits de différents documents de référence.

3.1 Sélection fondée sur la qualité

Vue d'ensemble

La notion de sélection fondée sur la qualité (SFQ)²⁾ renvoie à une adjudication fondée sur des critères qualitatifs et dans laquelle le prix est généralement ignoré dans un premier temps. Les soumissionnaires sont choisis en fonction de la qualité de leurs offres techniques, les éventuelles indications de prix ne représentant qu'une base de négociation et de conclusion du contrat.

Les méthodes SFQ sont courantes à l'échelle internationale mais appliquées de manières très diverses, en particulier dans le domaine des marchés publics. Une présentation du droit et de la pratique que connaissent les différents Etats et organisations internationales dans le domaine de l'utilisation de ces méthodes dépasse le propos de ce document. Il s'agit plutôt d'expliquer ce que l'on entend par SFQ en examinant différentes conceptions de cette méthode. Vont être présentées ci-après les méthodes SFQ appliquées aux Etats-Unis, par la Banque mondiale, par la FIDIC et au Canada.

3.1.1 Exemple d'application: Etats-Unis

Bases

La base légale de la méthode SFQ appliquée par l'Etat fédéral des Etats-Unis est le « Brooks Act », qui date de 1972. Ce texte dispose que les prestations d'architecture et d'ingénierie doivent être acquises par l'Etat fédéral sur la base d'une procédure fondée uniquement sur des critères qualitatifs et ne tenant donc pas compte du prix.³⁾

La plupart des Etats nordaméricains appliquent également des méthodes SFQ.⁴⁾

Méthode

La méthode peut se résumer aux étapes suivantes :

1. appel d'offres public ;
2. remise des offres
(offres contenant des indications permettant d'évaluer la qualification des soumissionnaires, telles que des indications sur l'expérience, la taille de l'entreprise, les compétences, le personnel, etc.) ;

2) Egalement connue sous les noms anglais de « Quality Based Selection » et « Qualifications Based Selection » (terme utilisé aux Etats-Unis et au Canada) et sous l'abréviation correspondante « QBS ».

3) www.acec.org ; annexe A1.

4) AMERICAN PUBLIC WORKS ASSOCIATION, APWA Red Book on Qualifications-Based Selection - Guidelines for Public Agencies, Kansas City, 2006, p. 19.

3. évaluation des offres;
4. établissement d'une liste comptant au moins trois soumissionnaires (liste restreinte « short list ») (présélection d'un nombre illimité de soumissionnaires qualifiés; invitation à un entretien);
5. entretiens avec les soumissionnaires figurant sur la liste restreinte (discussions portant sur des questions d'ordre conceptuel; le prix n'est pas abordé);
6. établissement d'un classement portant sur au moins trois soumissionnaires (classement des soumissionnaires sur la base des entretiens menés);
7. négociations avec le soumissionnaire le mieux classé (négociations sur la base d'une proposition de rémunération élaborée par le soumissionnaire; si aucun accord n'est trouvé dans un délai raisonnable, des négociations sont engagées avec le soumissionnaire occupant le deuxième rang du classement, et ainsi de suite);
8. adjudication.

L'annexe A1 fournit des renseignements complémentaires sur les étapes 4 à 7.

3.1.2 Exemple d'application: Banque mondiale

Bases

La Banque mondiale dispose de sa propre méthode d'adjudication fondée sur des critères qualitatifs. Le guide suivant en fournit une description détaillée:

THE INTERNATIONAL BANK FOR RECONSTRUCTION AND DEVELOPMENT / THE WORLD BANK, *Guidelines: Selection and Employment of Consultants by World Bank Borrowers*, Washington, 2004/2011.

Méthode

La méthode appliquée par la Banque mondiale est très semblable à la méthode SFQ pratiquée aux Etats-Unis. La Banque mondiale a cependant surtout développé la procédure à suivre pour la sélection fondée sur la qualité et le coût (SFQC; cette méthode est décrite plus en détail dans le chapitre 3.2.1).⁵⁾

SFQ vs SFQC

La différence entre la méthode SFQ et la méthode SFQC réside dans le fait que, dans la première, le prix n'est pas utilisé comme critère d'adjudication. Les soumissionnaires doivent présenter soit uniquement une offre technique, soit une offre technique et une offre financière placées dans des enveloppes distinctes. Dans tous les cas, il ne peut être pris connaissance que de l'offre financière du soumissionnaire le mieux classé, dans le cadre des négociations.⁶⁾

Champ d'application

La Banque mondiale applique la méthode SFQC dans les cas suivants:

- marchés complexes, hautement spécifiques et difficiles à définir à l'avance ou ne pouvant être définis qu'en collaboration avec les soumissionnaires;
- marchés dont l'exécution influence largement la totalité d'un projet;
- marchés qui peuvent être exécutés de manières fondamentalement différentes, de sorte que les offres ne sont pas comparables.⁷⁾

5) THE INTERNATIONAL BANK FOR RECONSTRUCTION AND DEVELOPMENT, *Guidelines: Selection and Employment of Consultants by World Bank Borrowers*, Washington, 2004/2011, chiffres 3.4 et 2.1 ss. L'inverse est vrai pour la FIDIC (voir FIDIC, *Guidelines*, chiffre 5.1).

6) THE INTERNATIONAL BANK FOR RECONSTRUCTION AND DEVELOPMENT, op. cit., chiffres 3.3 et 3.4; annexe A1.

7) THE INTERNATIONAL BANK FOR RECONSTRUCTION AND DEVELOPMENT, op. cit., chiffre 3.2; annexe A1.

3.1.3 Exemple d'application : FIDIC

Bases

La Fédération internationale des ingénieurs-conseils (FIDIC) a également élaboré un guide portant sur une méthode SFQ, guide qu'elle a révisé récemment. Une présentation détaillée de cette méthode se trouve dans le document suivant :

FÉDÉRATION INTERNATIONALE DES INGÉNIEURS-CONSEILS, FIDIC Guidelines for the Selection of Consultants, Genève, 2003.

Document complémentaire :

FÉDÉRATION INTERNATIONALE DES INGÉNIEURS-CONSEILS, FIDIC Quality Based Consultant Selection Guide, Genève, 2011.

Méthode

La méthode appliquée est globalement identique à celles qui sont utilisées aux Etats-Unis et par la Banque mondiale :

1. appel d'offres et préqualification (« long-listing »)
(appel d'offres invitant les soumissionnaires qualifiés à annoncer leur intérêt pour le marché en jeu « expressions of interest » ; placement des soumissionnaires qualifiés répondant à l'appel d'offres sur une liste dite longue « long list ») ;
2. établissement d'une liste restreinte (« short list ») comptant de trois à six soumissionnaires
(présélection fondée sur différents facteurs qualitatifs tels que l'expérience du soumissionnaire, les ressources disponibles, les personnes-clés, les mandats exécutés antérieurement) ;
3. invitation à présenter une offre
(comprend une lettre d'invitation « letter of invitation »), une description du mandat « terms of reference », des informations destinées aux soumissionnaires « information to consultants » et un projet de contrat) ;
4. élaboration et remise des offres ;
5. réception et ouverture des offres ;
6. évaluation des offres
(évaluation des offres techniques sur la base des critères et des coefficients de pondération indiqués aux soumissionnaires au moment de l'invitation à présenter une offre) ;
7. négociations avec le soumissionnaire le mieux classé
(négociations avec le soumissionnaire le mieux évalué selon des critères exclusivement techniques et qualitatifs, menées sur la base de la proposition de rémunération élaborée par ce dernier ; si aucun accord n'est trouvé, des négociations sont engagées avec le soumissionnaire occupant le deuxième rang du classement, et ainsi de suite) ;
8. adjudication et conclusion du contrat.

L'annexe A1 fournit des renseignements complémentaires sur les étapes 2, 3, 6 et 7.

3.1.4 Exemple d'application: Canada

Bases

Le document de base relatif à l'application de la méthode SFQ au Canada est le suivant :

FÉDÉRATION CANADIENNE DES MUNICIPALITÉS ET CONSEIL NATIONAL DE RECHERCHES, Guide national pour des infrastructures municipales durables : prise de décisions et planification des investissements – Sélection d'une société d'experts-conseils, Ottawa, Ontario, 2006.

Diverses associations professionnelles, dont l'Association des firmes d'ingénieurs-conseils du Canada, approuvent la méthode SFQ. En 2008, la province du Québec l'a officiellement adoptée pour l'adjudication de marchés portant sur des prestations d'architecture et d'ingénierie et lui a donné une base légale. Plusieurs communes l'appliquent également.⁸⁾

Méthode

La méthode peut se résumer aux étapes suivantes et correspond donc pour l'essentiel aux méthodes SFQ décrites précédemment :

1. appel d'offres public et préqualification
appel d'offres invitant les soumissionnaires qualifiés à annoncer leur intérêt pour le marché en jeu « demande de qualification » ou « demande d'expression d'intérêt » ; établissement d'une liste restreinte comptant trois soumissionnaires sélectionnés sur la base de critères qualitatifs tels que l'expérience du soumissionnaire, les ressources disponibles, les personnes-clés, les mandats exécutés antérieurement) ;
2. invitation à présenter une offre (« demande de propositions »)
(s'adresse aux soumissionnaires figurant sur la liste restreinte et comprend une description générale des prestations attendues « mandat ») ;
3. évaluation des offres
(évaluation des offres techniques et établissement d'un classement) ;
4. choix du soumissionnaire le mieux classé ;
5. définition des prestations (« portée des services »)
(l'adjudicataire et le soumissionnaire sélectionné établissent ensemble la description définitive des prestations) ;
6. négociation des honoraires (sur la base des prestations définies en commun) ;
7. adjudication du marché.

L'annexe A1 fournit des renseignements complémentaires sur les étapes 1, 2, 5 et 6.

3.2 Méthode des deux enveloppes

Vue d'ensemble

La méthode des deux enveloppes prévoit que l'offre est remise en deux parties déposées dans des enveloppes distinctes. La première enveloppe contient l'offre technique, c'est-à-dire toutes les données de l'offre à l'exclusion du prix, tandis que la seconde contient uniquement le prix. Les enveloppes sont ouvertes l'une après l'autre, ce qui garantit et permet de prouver que les aspects qualitatifs de l'offre et son prix sont évalués séparément.

La méthode des deux enveloppes est souvent mise en relation avec les méthodes de la sélection fondée sur la qualité (SFQ) et de la sélection fondée sur la qualité et le coût (SFQC), dont elle ne peut pas être clairement distinguée. Les deux chapitres suivants présentent les formes de cette méthode utilisées par la Banque mondiale et par la FIDIC.

8) www.acec.ca, www.csa.ca, www.dcnonl.com, www.engineerscanada.ca.

3.2.1 Exemple d'application : Banque mondiale

Bases

Dans le guide de la Banque mondiale, il est dit que la sélection fondée sur la qualité et le coût (qui repose sur le principe des deux enveloppes) constitue un moyen de désignation de l'adjudicataire tenant compte aussi bien de la qualité que du prix des offres. La pondération de ces deux facteurs peut varier, mais il est précisé expressément que le critère du prix doit être appliqué « de manière raisonnable ». ⁹⁾

Méthode

Les étapes suivantes sont prévues :

1. définition du mandat (« terms of reference »), estimation des coûts, établissement d'un budget et choix des critères servant à l'établissement de la liste restreinte (tâches assumées par l'adjudicataire) ;
2. appel d'offres
(appel d'offres invitant les soumissionnaires qualifiés à annoncer leur intérêt pour le marché en jeu) ;
3. établissement d'une liste restreinte (« short list ») comptant en principe six soumissionnaires (présélection de soumissionnaires qualifiés) ;
4. invitation à présenter une offre
(comprend une lettre d'invitation « letter of invitation », des instructions destinées aux soumissionnaires « instructions to consultants », une description du mandat « terms of reference » et un projet de contrat) ;
5. remise des offres
(remise de l'offre technique et de l'offre financière dans deux enveloppes distinctes) ;
6. ouverture des enveloppes contenant les offres techniques et évaluation de ces dernières (qualité)
(évaluation de la qualité sur la base de différents critères tels que l'expérience du soumissionnaire, la procédure proposée, les personnes-clés, etc.) ;
7. ouverture des enveloppes contenant les offres financières et évaluation de ces dernières (coût)
(ouverture des enveloppes contenant les offres financières des soumissionnaires qui remplissent les exigences qualitatives minimales et évaluation de ces offres) ;
8. évaluation combinée de la qualité et du coût
(pondération des notes attribuées à la qualité et au coût sur la base d'une analyse de la valeur utile ; classement des meilleurs soumissionnaires) ;
9. négociations avec le soumissionnaire le mieux classé, conclusion du contrat.

L'annexe A1 fournit des renseignements complémentaires sur l'étape 8.

3.2.2 Exemple d'application : FIDIC

Bases

La FIDIC utilise la méthode des deux enveloppes de manière différente dans le cadre de la SFQ et dans le cadre de la SFQC (voir chapitre 3.1.3).

9) THE INTERNATIONAL BANK FOR RECONSTRUCTION AND DEVELOPMENT, op. cit., chiffre 2.1 ; annexe A1.

Méthode SFQ

Dans le cas de la SFQ, l'adjudicataire ouvre d'abord les enveloppes contenant les offres techniques, évalue celles-ci et établit un classement des soumissionnaires. Il prend ensuite connaissance de l'offre financière du soumissionnaire le mieux classé. Le prix proposé par ce dernier sert de base aux négociations contractuelles. Si les deux parties parviennent à un accord, les enveloppes contenant les offres financières des autres soumissionnaires sont renvoyées fermées à leurs expéditeurs. Si aucun accord n'est trouvé, des négociations sont ouvertes avec le deuxième soumissionnaire le mieux classé, et ainsi de suite.

Méthode SFQC

La méthode SFQC de la FIDIC est très semblable à celle de la Banque mondiale. Les offres techniques et financières, remises dans des enveloppes distinctes, font l'objet d'évaluations séparées, qui sont ensuite pondérées afin d'aboutir à l'évaluation finale. Cette méthode correspond donc pour l'essentiel à une analyse de la valeur utile.

L'annexe A1 fournit des renseignements complémentaires sur les deux formes de la méthode des deux enveloppes.

3.3 Dialogue

Bases

Le dialogue est inscrit dans la législation fédérale relative aux marchés publics (art. 26a OMP) depuis le 1^{er} janvier 2010. Il ne s'agit pas d'une procédure autonome,¹⁰⁾ mais d'un instrument utilisable dans les procédures ouverte et sélective.¹¹⁾ Son emploi dans une procédure invitant à soumissionner ou une procédure de gré à gré (art. 13 OMP) est autorisé, mais sans intérêt pratique.

Vue d'ensemble

Le dialogue repose sur les négociations prévues à l'art. 20 de la loi fédérale sur les marchés publics (LMP) et à l'art. 26 OMP. Sa particularité tient au fait que la prestation à acquérir est précisée progressivement dans le cadre d'un processus coopératif, d'un dialogue, justement, entre l'adjudicataire et les soumissionnaires, qui définissent donc conjointement l'objet du marché. La créativité des soumissionnaires concernant les procédés et prestations à acquérir est au cœur du dialogue. A l'issue du dialogue, les soumissionnaires remettent une offre pour les prestations définies avec l'adjudicataire. Cette offre, ne fait en principe pas l'objet de négociations. Au niveau cantonal, il est interdit de mener des négociations après la fin du dialogue.

3.3.1 Libellé de l'art. 26a OMP

Le texte de l'art. 26a OMP figure à l'annexe A1.

3.3.2 Champ d'application

Le champ d'application du dialogue comprend les marchés portant sur des prestations complexes et les marchés portant sur des prestations intellectuelles.¹²⁾

10) Contrairement au dialogue compétitif appliqué dans l'UE sur la base de l'art. 29 de la directive 2004/18/CE, qui a été transposé dans le droit national par les Etats membres.

11) Département fédéral des finances (DFF), rapport explicatif sur la modification de l'ordonnance sur les marchés publics (OMP) du 18 novembre 2009 (ci-après « rapport du DFF sur la modification de l'OMP »), art. 26a, al. 1, p. 17, et art. 34, al. 2, OMP, en vertu duquel le dialogue peut être utilisé non seulement dans les procédures ouvertes et sélectives concernant les marchés qui entrent dans le champ d'application de la loi, mais également dans les procédures ouvertes et sélectives concernant les autres marchés.

12) Art. 26a, al. 1, OMP.

Prestations complexes

La notion de prestations complexes n'est pas définie dans la législation. Elle doit donc être déterminée par interprétation, en considérant la nature et l'objectif de l'art. 26a OMP. Sont complexes des prestations qu'il est objectivement impossible, trop lourd ou inopportun de définir en dehors d'un dialogue et donc d'une collaboration avec les soumissionnaires.¹³⁾ La complexité peut résider dans la nature même des prestations (par exemple lorsque l'élaboration d'un projet de construction suppose la résolution de problèmes techniques particulièrement épineux) ou être liée à l'importance des besoins de coordination avec des tiers (par exemple lorsque le planificateur, en tant que représentant et pilote de projet du maître de l'ouvrage, doit coordonner les travaux d'un grand nombre d'entreprises).¹⁴⁾ L'élaboration d'une procédure fait également partie des prestations complexes. Le critère déterminant est que seul un échange avec les soumissionnaires permet de définir les prestations de telle sorte que des offres peuvent être correctement établies.

Des prestations que l'adjudicataire a des difficultés à définir uniquement parce qu'il ne possède pas les connaissances requises et dont il peut fournir une description en faisant appel à des spécialistes externes ne constituent pas des prestations complexes.

Exemples de prestations complexes dans le domaine de la planification

Dans le domaine des prestations de planification, il faut penser en premier lieu aux tâches suivantes : conseil, planification, étude du projet, gestion, direction générale, coordination.

Prestations intellectuelles

La notion de prestations intellectuelles n'est pas non plus définie dans la législation. Un marché porte sur des prestations intellectuelles lorsque les prestations intellectuelles sont plus importantes que le résultat matériel¹⁵⁾ ou lorsque l'adjudicataire a besoin de solutions novatrices pour des prestations qui sortent du quotidien.¹⁶⁾

Exemples de prestations intellectuelles dans le domaine de la planification

Pour déterminer si des prestations d'architecte ou d'ingénieur entrent dans la catégorie des prestations intellectuelles, il s'agit d'examiner si elles nécessitent une importante créativité ou si elles se réduisent à des tâches routinières. Des prestations consistant uniquement à établir des plans d'exécution sur la base de directives ne peuvent guère être considérées comme des prestations intellectuelles, contrairement aux prestations fournies durant les premières phases d'un projet (définition des objectifs, études préliminaires, avant-projet, projet de l'ouvrage). Un ensemble de prestations réparties sur la totalité des phases d'un projet distinguées par la SIA¹⁷⁾ peuvent également être rangées dans la catégorie des prestations intellectuelles. Le classement de prestations parmi les prestations intellectuelles est indépendant de la nature du contrat (mandat ou contrat d'entreprise). A noter par ailleurs que toute prestation intellectuelle inclut des tâches routinières (telles que des travaux de secrétariat ou de dessin) en plus du travail créatif.

Conditions préalables à la conduite d'un dialogue

Selon l'art. 26a, al. 1, OMP, un marché doit porter soit sur des prestations complexes, soit sur des prestations intellectuelles pour qu'on puisse recourir au dialogue.

13) Même point de vue : BEYELER MARTIN, Die revidierte VöB – ein Kurzkommentar, in : BR/DC 2/2010, pp. 106-113, p. 110, avec renvois, notamment à : RECHSTEINER Peter, Die Beschaffung komplexer Dienstleistungen, in : Zufferey Jean-Baptiste/Stöckli Hubert (Hrsg.), Aktuelles Vergaberecht 2008, Zürich/Basel/Genève, 2010, p. 203 ss, ch. marg. 8). Voir aussi LEUTHOLD ALEXIS, Verhandlungen und der neue « Dialog », Spielräume bei Bund und Kantonen, in : Zufferey Jean-Baptiste/Stöckli Hubert (Hrsg.), Aktuelles Vergaberecht 2010, Zürich/Basel/Genève, 2010, p. 277 ss, ch. marg. 27 ss : 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.

14) Voir art. 34, al. 3, de la norme SIA 118.

15) Même point de vue : BEYELER, op. cit., p. 110

16) Rapport du DFF sur la modification de l'OMP, p. 17.

17) Voir art. 3.2 et 4 des règlements de la SIA 102, 103 et 108.

Exemple d'application du dialogue

A notre connaissance, seul l'Office fédéral des routes (OFROU) a pour le moment intégré le dialogue dans ses directives internes. D'après le manuel sur les marchés publics de l'OFROU, le dialogue « n'est autorisé qu'avec la collaboration étroite du Service juridique et, au sein de la division I, avec en plus celle du domaine Développement/Etat-major ». ¹⁸⁾

3.3.3 Mention du dialogue dans l'appel d'offres

D'un point de vue formel, l'adjudicataire doit mentionner le dialogue dans l'appel d'offres (c'est-à-dire dans la publication, et pas uniquement dans les documents d'appel d'offres). ¹⁹⁾

D'un point de vue pratique, il n'est pas souhaitable que l'adjudicataire se contente de se réserver le droit de mener un dialogue. Il vaut mieux qu'il décide clairement s'il va recourir au dialogue et, le cas échéant, qu'il s'engage dans l'appel d'offres à en mener un.

3.3.4 Caractère potestatif de l'art. 26a OMP

L'art. 26a OMP dispose que, lorsque le marché porte sur des prestations complexes ou sur des prestations intellectuelles, l'adjudicateur peut mener un dialogue. ²⁰⁾ Cela signifie qu'il peut aussi y renoncer, même si l'une de ces conditions est remplie.

3.3.5 Informations sur la rémunération et l'utilisation des prestations des soumissionnaires

L'adjudicataire doit indiquer dans les documents d'appel d'offres comment la participation au dialogue et l'utilisation des prestations des soumissionnaires sont rémunérées. ²¹⁾ Pour ces derniers, ces indications sont importantes pour décider s'ils vont participer au dialogue ou non. La forme de ces indications et le mode de calcul de la rémunération ne peuvent être définis qu'au cas par cas. La question de la rémunération peut soulever des problèmes liés aux droits d'auteur ou à l'exploitation abusive du savoir-faire des soumissionnaires. ²²⁾

3.3.6 Sélection et information des soumissionnaires participant au dialogue

L'adjudicataire choisit les soumissionnaires avec lesquels il veut mener un dialogue. Soit le dialogue porte sur la proposition de solution ou de procédé du soumissionnaire concerné, soit il porte, pour tous les partenaires de dialogue, sur une (ou plusieurs) proposition(s) de solution ou de procédé choisie(s) par l'adjudicataire. ²³⁾ La deuxième possibilité soulève des problèmes relatifs aux droits d'auteur sur les solutions développées. ²⁴⁾

3.3.7 Procès-verbal et autres traces du dialogue

L'adjudicataire et le soumissionnaire doivent garder une trace du dialogue permettant d'en reconstituer la chronologie, la teneur ainsi que le temps que le soumissionnaire y a consacré. ²⁵⁾

18) OFROU, Manuel sur les marchés publics : routes nationales, 5^e éd., Berne, 2011, p. 72 et p. 84.

19) Art. 26a, al. 1, OMP.

20) Art. 26a, al. 1, OMP.

21) Art. 26a, al. 2, OMP.

22) Voir le principe de confidentialité à l'art. 8, al. 1, let. d, LMP et LEUTHOLD, op. cit., ch. marg. 50 (avec renvoi).

23) Art. 26a, al. 3, OMP.

24) Voir le principe de confidentialité à l'art. 8, al. 1, let. d, LMP et LEUTHOLD, op. cit., ch. marg. 50 (avec renvoi).

25) Art. 26a, al. 4, OMP.

3.3.8 Licéité du dialogue au niveau cantonal

L'accord intercantonal sur les marchés publics (AIMP), qui s'applique dans tous les cantons²⁶⁾ grâce à des lois d'adhésion, prévoit, à l'art. 11, let. c, que les cantons renoncent à des rounds de négociation lors de la passation de marchés.

On peut dès lors se demander si les cantons seraient autorisés à intégrer un instrument comme le dialogue dans leur propre législation ou dans l'AIMP.

Pour répondre à cette question, il est important de préciser que le dialogue ne constitue pas une négociation postérieure à la remise des offres, mais qu'il permet de définir l'objet du marché avant que les soumissionnaires ne présentent une offre concrète. L'offre déposée à l'issue du dialogue ne fait pas l'objet de négociations et ne peut plus être modifiée (voir le § 23, al. 4, des directives d'exécution de l'accord intercantonal sur les marchés publics [DEMP], repris par la plupart des cantons).

Le principe énoncé à l'art. 11, let. c, AIMP et précisé au § 30 DEM–dispositions qui ne sont pas contraignantes –, a été mis en œuvre dans les législations cantonales de différentes manières.²⁷⁾

L'adjudicataire et les soumissionnaires (potentiels) engagent un dialogue avant la remise de l'offre définitive et définissent les prestations ensemble. Ces discussions ne portent pas sur le prix des prestations. Les bases de calcul du prix indiquées dans l'offre provisoire servent plutôt de critère de sélection au service d'achat, dans le sens que celui-ci n'invitera probablement pas à participer à un dialogue les soumissionnaires qui proposent des bases de calcul du prix ne correspondant pas à celles auxquelles il s'attend. Le dialogue ne constituant pas des négociations sur le prix, nous estimons qu'il doit être autorisé au niveau cantonal.

Utiliser les bases de calcul du prix proposés par les soumissionnaires comme critère de sélection permet de garantir le caractère économique des offres qui seront étudiées plus avant.

Selon nous, le dialogue ne doit pas forcément avoir une base légale spécifique, dans la mesure où il ne constitue pas un nouveau type de procédure, mais un instrument pouvant être intégré à une procédure ouverte ou sélective. L'adjudicateur est libre de choisir le moyen utilisé pour définir les prestations. Il peut recourir au dialogue pour ce faire, tant que les législations cantonales relatives aux marchés publics sont respectées.

Nous recommandons néanmoins que l'AIMP soit, lors de sa prochaine révision, harmonisée avec l'OMP, afin d'éliminer les incertitudes juridiques.

3.3.9 Le dialogue dans l'UE

L'UE dispose d'une procédure d'adjudication analogue au dialogue suisse, à savoir le dialogue compétitif, qui peut être utilisé par les adjudicateurs lorsqu'un marché est particulièrement complexe.

Le dialogue compétitif repose sur l'art. 29 de la directive 2004/18/CE, que les Etats membres ont transposée dans leur droit national.

26) Cela est vrai depuis que, après voir longtemps attendu, le canton de Glaris a adhéré à l'AIMP révisé le 1^{er} juin 2009 (voir, dans le recueil des lois du canton, le texte GS II G/1/1).

27) Le § 31, al. 1, de l'ordonnance du canton de Zurich sur les marchés publics (LS 720.11) dispose par exemple que les négociations sur les prix et sur les remises de prix sont interdites, tout comme les modifications des prestations liées à des négociations sur les prix. L'art. 33 de l'ordonnance sur les marchés publics du canton de Saint-Gall (sGS 841.11), quant à lui, dispose que des négociations peuvent être menées à condition que cette possibilité soit mentionnée dans l'appel d'offres et que cela ne soit pas interdit par des conventions internationales ou intercantionales. Il dispose par ailleurs qu'elles doivent obéir à des règles claires et être menées dans le respect des principes de l'égalité de traitement et de la non-discrimination. Enfin, il précise que les négociations sur les prix sont interdites, excepté dans la procédure de gré à gré.

Contrairement au dialogue suisse, le dialogue compétitif constitue une procédure spécifique, applicable lorsque « le recours à la procédure ouverte ou restreinte ne permettra pas d'attribuer le marché ». ²⁸⁾

Les partenaires de dialogue sont choisis sur la base des critères de qualification (« critères de sélection qualitative »). ²⁹⁾

Sinon, le dialogue compétitif présente de très fortes similitudes avec le dialogue au sens de l'art. 26a OMP.

4. Modalités de mise en œuvre, compatibilité avec le droit suisse des marchés publics et recommandations

4.1 Sélection fondée sur la qualité

Vue d'ensemble

Le principe de la méthode SFQ consiste à choisir l'adjudicataire uniquement sur la base de l'évaluation d'aspects qualitatifs et de la qualification des soumissionnaires. Les références des soumissionnaires ainsi que les expériences que l'adjudicataire a faites avec ceux-ci sont prises en compte dans l'évaluation des offres. L'accent est mis sur les critères qualitatifs. Le prix des offres n'a aucune influence sur le classement de ces dernières.

Avantages et inconvénients

L'avantage de cette méthode réside dans le fait que la qualité est au premier plan et que le prix n'a une influence – si tant est qu'il ait une influence – sur l'adjudication qu'en fin de procédure. De plus, les critères d'adjudication utilisés pour l'attribution d'un mandat de planification peuvent être définis de telle sorte que le prix déterminant soit celui du projet global et non celui du mandat en question. Cela permet d'éviter d'accorder une importance démesurée au prix des prestations de planification.

L'un des principaux problèmes liés à la méthode SFQ est qu'une insécurité juridique entoure les adjudications décidées sans tenir compte du prix de l'offre retenue. Selon la jurisprudence actuelle du Tribunal fédéral, ces adjudications sont contraires au principe inscrit dans la LMP selon lequel le marché doit être adjugé au soumissionnaire ayant présenté l'offre la plus avantageuse économiquement. ³⁰⁾

Le Tribunal fédéral estime que, pour que ce principe soit respecté, le poids attribué au critère du prix doit atteindre au minimum 20 %. ³¹⁾

Il convient cependant de préciser que l'arrêt du Tribunal dont il est question (ATF 129 I 313) concerne un cas dans lequel le Tribunal fédéral critiquait surtout le rapport entre le critère du prix et un critère non lié à la prestation, à savoir le nombre d'apprentis. On peut admettre que le caractère économique d'une offre n'est pas affecté par le nombre d'apprentis, alors qu'il dépend fortement de l'efficacité et de la qualité des prestations. Partant de ce principe, il nous semble tout à fait concevable de donner encore moins de poids au critère du prix lorsqu'un projet global peut s'avérer d'autant plus économique que les prestations correspondant à une partie de ce projet (en général des prestations de planification) sont plus efficaces et de meilleure qualité. Pour pouvoir prendre en considération l'économie du projet global, il faut cependant, compte tenu de la jurisprudence actuelle du Tribunal fédéral, lancer un seul appel d'offres pour l'étude du projet et pour la réalisation (appel d'offres s'adressant à des entreprises totales).

28) Art. 29, par. 1, de la directive 2004/18/CE.

29) Art. 29, par. 3, de la directive 2004/18/CE, qui renvoie aux art. 44 à 52 de cette même directive.

30) Art. 21, al. 1, LMP.

31) ATF 129 I 313, consid. 9.2; cité in ATF 130 I 241, consid. 6.3.

Compatibilité avec le droit suisse des marchés publics

Un instrument s'inspirant des méthodes SFQ existantes est incompatible avec le droit suisse des marchés publics. A noter toutefois que l'utilisation de la SFQ est possible au niveau international. Les Etats-Unis notamment, qui, comme la Suisse, sont soumis à l'accord de l'OMC sur les marchés publics (AMP),³²⁾ recourent avec succès à la SFQ depuis des années.

L'usic juge l'idée d'une méthode d'adjudication fondée sur des critères qualitatifs tout à fait pertinente. Elle estime cependant que ce n'est qu'au moment de l'évaluation des offres et donc dans la perspective de l'adjudication qu'il faut renforcer l'importance accordée aux aspects qualitatifs. L'approche consistant à faire totalement abstraction du prix est justifiée uniquement dans des cas particuliers, notamment lorsque la procédure d'adjudication doit permettre de déterminer la meilleure prestation qu'il est possible d'obtenir pour un prix prédéfini.³³⁾

La SFQ en droit américain

Aux Etats-Unis, le «Brooks Act» dispose que, dans le cadre de la SFQ, le marché doit être adjugé à l'offre la moins chère ou à l'offre qui est la plus avantageuse («most advantageous») compte tenu des critères d'évaluation. Il n'existe pas de règles permettant de déterminer quelle est l'offre la plus avantageuse. Par conséquent, il est par exemple tout à fait possible de tenir compte de l'influence de prestations de planification sur la qualité et le coût de la totalité d'un ouvrage et d'évaluer ainsi l'économicité du projet global; l'évaluation du prix des prestations de planification perd ainsi de son importance.

Le prix n'est pas totalement ignoré dans la méthode SFQ américaine, mais il n'est pris en compte que dans un deuxième temps, lors des négociations sur le prix menées avec le soumissionnaire ayant présenté l'offre dont la qualité est jugée la plus élevée. L'adjudicataire doit considérer le prix comme juste et raisonnable. Si les négociations n'aboutissent pas à un résultat qu'il juge satisfaisant, il est autorisé à les interrompre et à entamer des négociations avec le deuxième soumissionnaire le mieux classé, ce qui crée indéniablement une pression concurrentielle. Selon les Etats-Unis, cette manière de procéder garantit une concurrence pleine et ouverte.

Lors du processus de ratification de l'AMP, les Etats-Unis ont expressément déclaré, sans soulever d'opposition, que leurs règles étaient conformes à ce dernier.

Recommandation

Au vu de la jurisprudence actuelle du Tribunal fédéral en matière de droit des marchés publics, il n'est pas possible de mettre en place une méthode SFQ pure. Dans le cadre de l'interprétation du principe selon lequel le marché doit être adjugé au soumissionnaire ayant présenté l'offre la plus avantageuse économiquement (art. 21 LMP), le Tribunal fédéral a en effet fixé une valeur minimale pour le poids attribué au critère du prix du marché considéré.

Attribuer au prix des prestations de planification un poids plus faible, approprié compte tenu de l'économicité du projet global, n'est possible que dans le cadre d'appels d'offres s'adressant à des entreprises totales.

Dans ce contexte, il serait souhaitable de profiter de la marge d'interprétation qu'offre l'AMP concernant la notion d'offre la plus avantageuse et de tendre vers une modification de la jurisprudence qui permettrait de prendre en compte l'économicité du projet global lors de l'adjudication d'un mandat portant sur des prestations spécifiques.

Une modification de la jurisprudence peut cependant difficilement être espérée en l'absence d'intervention au niveau de la loi ou de l'ordonnance. Nous estimons donc que, pour qu'il devienne possible d'appliquer la méthode SFQ comme aux Etats-Unis, il faut modifier la LMP ou l'OMP. La mise en œuvre de cette recommandation relève de la compétence du monde politique.

32) Accord du 15 avril 1994 sur les marchés publics (RS 0.632.231.422).

33) usic, Appels d'offres et évaluation des offres de prestations de mandataire, et KBOB, Guide pour l'acquisition des prestations de planification.

4.2 Méthode des deux enveloppes

Vue d'ensemble

La méthode des deux enveloppes est un moyen de séparer clairement l'évaluation de la qualité et celle du prix. L'offre technique et l'offre de prix sont déposées dans des enveloppes distinctes, qui sont ouvertes l'une après l'autre. On peut distinguer trois manières de procéder et de prendre en compte le prix.

Variantes

On commence par ouvrir les enveloppes contenant les offres techniques et par évaluer celles-ci. La suite de la procédure peut prendre trois formes :

- (A) Seule l'enveloppe contenant l'offre de prix du soumissionnaire le mieux classé sur la base de l'évaluation des critères qualitatifs est ouverte. Le prix ne joue donc aucun rôle dans l'évaluation.
- (B) Les enveloppes contenant les offres de prix de 30 % ou de trois des soumissionnaires les mieux classés sur la base de l'évaluation des critères qualitatifs sont ouvertes et une évaluation complémentaire combinant prix et qualité (par ex. une analyse de la valeur utile) est réalisée pour ces soumissionnaires.
- (C) Toutes les enveloppes contenant les offres de prix sont ouvertes et une évaluation combinant prix et qualité est réalisée (évaluation correspondant à une analyse traditionnelle de la valeur utile).

Avantages et inconvénients

L'avantage de la méthode des deux enveloppes consiste dans le fait qu'on évalue l'offre technique sans connaître son prix. Selon un avis largement partagé, cela permet d'évaluer la qualité de manière plus objective.

Comme il a été dit dans le chapitre 4.1, les variantes A et B de la méthode posent cependant un problème résidant dans le fait qu'il n'est actuellement pas permis d'adjuger un marché sans tenir compte du prix des offres. Elles sont contraires au principe inscrit à l'art. 21, al. 1, LMP, dont le respect suppose, selon le Tribunal fédéral, que le poids attribué au prix atteigne au moins 20 %.³⁴⁾ Par ailleurs, les soumissionnaires n'ont pas la possibilité de compenser une mauvaise notation de la qualité de leur offre par l'offre d'un prix très attractif.

Compatibilité avec le droit suisse des marchés publics

La méthode des deux enveloppes est indiquée pour mettre l'accent sur la qualité lors de l'évaluation des offres. Compte tenu de la jurisprudence actuelle du Tribunal fédéral relative au poids minimal devant être attribué au prix, les variantes A et B ne sont cependant pas autorisées. Certes, le Tribunal fédéral ne s'est jamais prononcé sur ces variantes et donc sur l'absence de prise en considération du prix. Dans la décision incidente prise dans l'affaire AlpTransit/Marti,³⁵⁾ la CRM considère que le grief contre le « principe du couperet »³⁶⁾ n'est pas clairement dépourvu de fondement a priori, autrement dit estime que ce principe est plutôt illicite. Dans sa décision sur le fond,³⁷⁾ elle n'entre cependant plus en matière sur cette question, au motif que le grief a été formulé trop tard.

La variante C correspond dans le fond à une pratique déjà courante, à cette petite différence près que l'on ne prend connaissance du prix que dans un deuxième temps. Elle est utilisée sous deux formes : dans le premier cas, on fixe des exigences qualitatives minimales (dont le non-respect conduit à l'élimination de la procédure) ; dans le deuxième cas, on procède à une analyse complète de la valeur utile en attribuant au prix un poids de 20 %, soit un poids relativement faible.

34) ATF 129 I 313.

35) CRM 2005-016, décision incidente du 25 novembre 2005.

36) Le principe du couperet veut que les offres qui n'obtiennent pas un nombre minimal de points lors de l'évaluation de la qualité soient écartées, quel que soit le prix proposé.

37) CRM 2005-016, décision du 13 février 2006.

Recommandation

La variante de la méthode des deux enveloppes consistant à évaluer séparément et successivement la qualité et le prix de toutes les offres (variante C) est acceptable en Suisse. Selon une opinion largement répandue, elle favorise l'objectivité dans l'évaluation de la qualité, vu qu'elle évite que cette évaluation soit influencée par la connaissance du prix. Afin de garantir que l'évaluation de la qualité est indépendante du prix, il faut veiller à pouvoir prouver la séparation des deux étapes de la procédure. Ainsi, avant d'ouvrir les enveloppes contenant les offres de prix, il faut constater les résultats de l'évaluation de la qualité. Une autre solution consiste à confier l'évaluation de la qualité et celle du prix à des services différents.

Les variantes de la méthode dans lesquelles on ne prend connaissance que d'une partie des offres de prix (variantes A et B) peuvent difficilement être admises au vu de la jurisprudence actuelle relative au droit suisse des marchés publics.

4.3 Dialogue

Vue d'ensemble

Le principe du dialogue consiste à développer une offre provisoire dans le cadre d'une coopération entre l'adjudicataire et le soumissionnaire. Cette méthode est centrée sur la créativité plutôt que sur les références concernant les mandats exécutés antérieurement. La manière de procéder peut varier.

Variantes

Après avoir reçu les offres provisoires contenant une proposition de solution et une base de calcul du prix, l'adjudicataire sélectionne les soumissionnaires avec lesquels il souhaite mener un dialogue. Cette sélection se fonde sur l'évaluation des offres provisoires à l'aune des critères d'adjudication. Sont choisis comme partenaires de dialogue les soumissionnaires les mieux classés.

Voici des exemples de critères d'adjudication permettant de choisir les partenaires de dialogue :

- intérêt des solutions proposées du point de vue des résultats auxquels le dialogue est susceptible d'aboutir (résultats intermédiaires, résultats finals) et de l'influence que l'adjudicataire peut espérer exercer sur le développement de ces solutions ;
- rapport coût-efficacité (temps et argent nécessaires pour atteindre les objectifs).

Le dialogue peut porter sur deux objets :

- (A) une seule proposition de solution
(l'adjudicataire discute avec tous les partenaires de dialogue de la même proposition de solution) ;
- (B) plusieurs propositions de solution
(l'adjudicataire discute avec tous les partenaires de dialogue de leur propre proposition de solution).

A noter que le dialogue peut porter tant sur la proposition de solution en soi que sur sa mise en œuvre.

Au terme du dialogue, l'adjudicataire a deux possibilités en ce qui concerne l'invitation à présenter une offre définitive. Il peut :

- (1) inviter un seul soumissionnaire à remettre une offre définitive ;
- (2) inviter plusieurs soumissionnaires à remettre une offre définitive.

Le premier cas s'apparente aux mandats subséquents attribués après des concours d'architecture et d'ingénierie (règlement SIA 142). Toutes les combinaisons entre les variantes A et B et les variantes 1 et 2 sont possibles.

Avantages et inconvénients

Les expériences faites jusqu'ici avec différentes procédures d'adjudication de marchés portant sur des prestations de planification ont montré que ces procédures posent régulièrement notamment les deux problèmes suivants : premièrement, une description inadéquate, trop générale ou au contraire trop détaillée des prestations a pour conséquence que les offres présentées sont très différentes et donc difficilement comparables ; deuxièmement, les soumissionnaires doivent souvent investir trop de temps et d'argent pour pouvoir participer à l'appel d'offres, surtout lorsqu'on leur demande de fournir des travaux d'étude préliminaires de grande ampleur sans rémunérer ceux-ci.³⁸⁾

Dans ce contexte, le dialogue présente un grand avantage : il dispense de décrire la prestation et les règles à observer de façon trop détaillée au départ. Après avoir défini l'objectif visé, l'adjudicataire précise les prestations à fournir en collaboration avec les soumissionnaires, ce qui lui permet de recevoir ensuite des offres comparables et donc plus faciles à évaluer.

L'art. 26a, al. 2, OMP dispose que l'adjudicateur doit indiquer dans les documents d'appel d'offres comment la participation au dialogue et l'utilisation des solutions ou des procédés proposés ou développés sont rémunérées. Un autre avantage du dialogue réside donc dans le fait que l'investissement que les soumissionnaires doivent consentir au départ est relativement réduit.

La collaboration des soumissionnaires au processus visant à développer et à préciser leur offre initiale est rétribuée. Les soumissionnaires voient ainsi se réduire le risque de consentir en vain un investissement disproportionné. L'adjudicataire, quant à lui, a toutes les chances de recevoir des offres de meilleure qualité, dès lors qu'elles ont été élaborées sous une pression financière moins forte.

Le principal avantage du dialogue consiste cependant dans le fait que l'objet du marché est défini conjointement par les soumissionnaires et l'adjudicataire. Cela permet en effet à ce dernier d'obtenir exactement la prestation dont il a besoin.

Le choix des solutions à développer dans le cadre du dialogue peut soulever des problèmes. Mener avec tous les soumissionnaires un dialogue portant sur la solution proposée par l'un d'entre eux suppose que les soumissionnaires renoncent à la confidentialité de leurs données et à leurs droits d'auteur. De plus, le développement de leurs offres requiert leur assentiment. Il est pour le moins douteux que les soumissionnaires acceptent de faire ces sacrifices et de donner cet assentiment.

Compatibilité avec le droit suisse des marchés publics

Le dialogue se prête bien à l'acquisition de prestations difficiles à définir à l'avance, raison pour laquelle l'usic le considère comme un instrument complémentaire important pour l'adjudication de marchés portant sur des prestations de planification.

Exemples de cas dans lesquels le dialogue est indiqué

Le dialogue peut être utilisé en particulier pour l'acquisition de prestations de planification relevant des phases suivantes :

- Définition des objectifs : énoncé des besoins, approche méthodologique
Les tâches liées à la définition des objectifs couvrent un large éventail de variantes et de pistes de solution possibles ; l'objectif n'est souvent pas clair et la solution attendue est inconnue. Ces tâches concernent en particulier les domaines du rail, de la route et de la planification des transports.
- Etudes préliminaires : définition de l'objet, étude de faisabilité
Dans le cadre des études préliminaires également, l'enjeu est d'examiner toute une série d'options techniques et économiques ainsi que différentes pistes de solution et idées de projet.
- Prestations relevant de toutes les phases.

38) usic, Guide pour l'adjudication des prestations de planification sous le nouveau droit des soumissions, un fil conducteur, publication no 2, 3^e éd., Berne, mars 2002.

Exemples de cas dans lesquels le dialogue n'est pas indiqué

L'objet des marchés concernant les phases de réalisation devrait pouvoir être défini clairement, puisqu'il ne s'agit plus que de préciser et de mettre en œuvre les idées et solutions choisies. Le dialogue ne semble donc plus indiqué à ce stade. Faute de points négociables, le dialogue est également relativement inapproprié dans les procédures visant l'acquisition de prestations relevant de l'assistance à maîtrise d'ouvrage, de la représentation du maître d'ouvrage et de la direction des travaux.

Recommandation

Le dialogue complète utilement le droit suisse des marchés publics. Il permet une grande souplesse dans la définition de l'objet du marché, mais il s'agit d'un procédé lourd. Il n'entre en ligne de compte et n'est pertinent que pour une petite partie des procédures d'adjudication.

Il faut indiquer dans l'appel d'offres qu'un dialogue sera mené. Il est déconseillé de se borner à mentionner vaguement la possibilité d'un dialogue, autrement dit de se contenter de se réserver le droit de mener un dialogue.

La question de la rémunération doit être clairement réglée dans l'appel d'offres (ou tout au moins dans les documents d'appel d'offres). Tant l'élaboration d'une proposition de solution dans le cadre de l'élaboration de l'offre provisoire que la participation au dialogue doivent être rémunérées. Pour la participation au dialogue, il est recommandé de fixer un nombre d'heures de travail et un tarif horaire, tandis que pour l'élaboration de la proposition de solution, on recommande une rétribution forfaitaire.

Le dialogue doit porter sur la solution proposée par le soumissionnaire concerné. Mener avec un soumissionnaire un dialogue portant sur des solutions proposées par d'autres soumissionnaires soulève des questions délicates relatives aux droits d'auteur et peut, de surcroît, dissuader certains de participer à la procédure. La question de la rémunération des éventuels droits d'auteur doit dans tous les cas être réglée dans l'appel d'offres.

La proposition de solution retenue peut fortement évoluer au cours du dialogue.

Afin d'éviter que le soumissionnaire dont l'offre est retenue au terme de la procédure ne fixe un prix arbitraire, l'adjudicataire peut prendre l'une des mesures suivantes :

- définir une fourchette de prix ;*
- négocier un prix ;*
- demander un prix calculé sur la base des tarifs de la KBOB et d'un nombre plausible d'heures de travail.*

Etant donné que les soumissionnaires proposent des solutions différentes, leurs offres ne sont pas directement comparables. Il ne peut donc y avoir de véritable concurrence sur les prix. Une analyse de la valeur utile permet néanmoins de comparer les offres. Par ailleurs, on tient compte de l'exigence d'économicité en procédant à une évaluation de l'efficacité lors de la sélection des partenaires de dialogue.

Afin que le dialogue puisse être utilisé au niveau cantonal, il faut veiller à ce que l'offre provisoire ne soit pas une offre à proprement parler, mais contienne uniquement une proposition de solution et une base de calcul du prix.

Si aucun accord sur le montant du contrat n'est trouvé avec le soumissionnaire le mieux classé, il est possible et même indiqué de se tourner vers le soumissionnaire occupant le deuxième ou le troisième rang du classement.

5. Conclusion et propositions de mise en œuvre

Le présent document a valeur de recommandation pour les services d'achat. Il vise à les encourager à utiliser en particulier le dialogue et à accumuler des expériences dans ce domaine. En tout état de cause, on doit pouvoir continuer à se retrouver dans le domaine des procédures d'adjudication applicables en Suisse.

5.1 Conclusion

D'après l'AMP, il n'est pas nécessaire, en particulier lors de l'adjudication de mandats portant sur des prestations de planification, d'accorder au prix autant d'importance que lui en accorde actuellement la jurisprudence suisse.

Dans la méthode SFQ, les soumissionnaires sont classés sur la base d'une évaluation purement qualitative. Le prix n'est pas ignoré, mais n'est pris en compte que dans une deuxième étape. Cette façon de procéder permet de tenir compte du fait que l'économicité de la totalité d'un ouvrage ne dépend guère voire pas du tout du prix des prestations de planification. Ainsi, l'optimisation sectorielle, qui a actuellement cours, s'efface devant une optimisation globale.

La SFQ est appliquée avec succès et sans donner lieu à contestation notamment aux Etats-Unis. Il devrait être possible d'y recourir en Suisse également. Une modification de la législation sur les marchés publics est nécessaire à cet effet. La prescription rigide concernant le poids minimal à attribuer au prix deviendrait ainsi caduque et la voie serait libre pour le déploiement d'une concurrence fondée exclusivement sur la qualité.

5.2 Propositions de mise en œuvre

5.2.1 Sélection fondée sur la qualité

Vu la jurisprudence actuelle relative au droit suisse des marchés publics, il n'est guère possible d'utiliser la méthode SFQ. L'usic juge essentiel que cela change. Une modification du droit des marchés publics à l'échelon de la loi ou de l'ordonnance est souhaitable pour éliminer l'insécurité juridique qui entoure la SFQ et donner aux tribunaux des points d'appui aussi clairs que possible. La révision de la LMP et/ou de l'OMP incombe au monde politique.

5.2.2 Méthode des deux enveloppes

On peut douter que la méthode des deux enveloppes diffère beaucoup de la pratique courante que constitue l'analyse de la valeur utile. Ainsi, il n'est pas certain que l'ouverture séparée de l'ensemble des enveloppes contenant les offres de prix débouche sur une évaluation plus objective. On peut en effet admettre que les services d'achat font déjà preuve d'objectivité dans l'évaluation de la qualité. Comme la jurisprudence actuelle accorde encore une grande importance au prix, l'évaluation (séparée) de la qualité ne joue cependant qu'un rôle secondaire dans le résultat final.

En revanche, si l'on ouvre uniquement les enveloppes contenant les offres de prix des soumissionnaires les mieux classés sur la base de l'évaluation de la qualité, le prix ne joue plus qu'un rôle secondaire et l'on obtient le même résultat qu'avec la méthode SFQ. Or, au vu de la jurisprudence actuelle du Tribunal fédéral relative au poids minimal à attribuer au prix, cette façon de procéder ne peut guère être admise.

5.2.3 Dialogue

Le dialogue, instrument disponible depuis le 1^{er} janvier 2010, permet au service d'achat et aux soumissionnaires de définir ensemble l'objet du marché. Il offre une grande souplesse et a pour effet qu'à la fin de la procédure d'adjudication l'adjudicataire dispose de la meilleure solution possible.

Selon l'usic, le recours à cet instrument doit être particulièrement et rapidement encouragé. C'est pourquoi un guide concernant le dialogue est annexé au présent document (voir annexe A2). Ce guide, qui doit être adopté par la KBOB, contient des conseils pratiques et vise à faciliter le recours au dialogue.

A1 Bases et définitions : compléments

La présente annexe complète le chapitre 3. Elle contient des extraits (passages surlignés en gris) de différents documents de référence. Sa structure est identique à celle du chapitre 3, dont certains passages sont repris afin de faciliter la lecture.

1. Sélection fondée sur la qualité

Etats-Unis

Bases

La base légale de la méthode SFQ (en anglais : « QBS » pour « Qualifications Based Selection) appliquée par l'Etat fédéral des Etats-Unis est le « Brooks Act », qui date de 1972 :

« The Brooks Act (Public Law 92-582), also known as Qualifications Based Selection (QBS), which was enacted on October 18, 1972, establishes the procurement process by which architects and engineers (A/Es) are selected for design contracts with federal design and construction agencies. The Brooks Act establishes a qualifications-based selection process, in which contracts for A/Es are negotiated on the basis of demonstrated competence and qualification for the type of professional services required at a fair and reasonable price. Under QBS procurement procedures, price quotations are not a consideration in the selection process. »³⁹⁾

Méthode

La méthode peut se résumer aux étapes suivantes :

1. Appel d'offres public
2. Remise des offres
3. Evaluation des offres
4. Etablissement d'une liste restreinte (« short list ») comptant au moins trois soumissionnaires
5. Entretiens avec les soumissionnaires figurant sur la liste restreinte
6. Etablissement d'un classement portant sur au moins trois soumissionnaires
7. Négociations avec le soumissionnaire le mieux classé
8. Adjudication

Voici des renseignements complémentaires sur les étapes 4 à 7 :

Etape 4 – liste restreinte

« Following the evaluation of the statements of qualifications, the boards prepare reports that recommend the firms to be on the short-list. The reports rank at least three of the firms for the purpose of discussing the project with them. The boards are not limited in the number of firms that they can select for these « interviews » ; [...] »⁴⁰⁾

39) www.acec.org.

40) www.acec.org.

Etape 5–entretiens

«The interviews usually involve discussions on project concepts and the relative utility of alternative methods of furnishing the required services. Before the interview, some agencies send detailed selection criteria and other information about the project to the firms recommended for further consideration. Under the system established by QBS, the architect-engineer designer does not produce any design product in competing for the project. Usually these interviews are held at the agency's office. Occasionally, and in special circumstances, phone interviews are conducted. The interviews are brief, usually lasting only 30 to 60 minutes.»⁴¹⁾

Etape 6–classement

«Following the interviews, the boards' reports are presented to the agency head or a person who is designated to act in the head of the agency's behalf. The reports list, in order of preference, at least three firms that are considered to be the most highly qualified to perform the services. This is considered to be the final selection of the competing firms.»⁴²⁾

Etape 7–négociations

«When the final selection is made by the agency head, the contracting officer is authorized to begin negotiations with the top-ranked firm. The negotiations are conducted pursuant to the procedures set forth in the FAR⁴³⁾. Usually, the firm is requested to submit a fee proposal listing direct and indirect costs as the basis for contract negotiations. Contract negotiations are conducted following an evaluation of the fee proposal and an audit when the proposed design fee is more than \$100,000. If a fee is not agreed upon within a reasonable time, the contracting officer will conclude negotiations with the top-ranked firm and initiate negotiations with the second-ranked firm. If a satisfactory contract is not worked out with this firm, then this procedure will be continued until a mutually satisfactory contract is negotiated. If negotiations fail with all selected firms, the contracting firms, which are ranked by competence and qualifications, are identified. The negotiation process will then continue until an agreement is reached and a contract awarded. [...]»⁴⁴⁾

Banque mondiale*Bases*

THE INTERNATIONAL BANK FOR RECONSTRUCTION AND DEVELOPMENT / THE WORLD BANK, Guidelines: Selection and Employment of Consultants by World Bank Borrowers, Washington, 2004/2011.

Méthode

La méthode de la Banque mondiale est analogue à celle qui est appliquée aux Etats-Unis. La Banque mondiale a cependant surtout développé la procédure à suivre pour la sélection fondée sur la qualité et le coût (SFQC; en anglais: «QCBS» pour «Quality- and Cost-Based Selection»).⁴⁵⁾ Cette procédure est toutefois aussi largement appliquée pour la SFQ.

Voici des renseignements complémentaires sur les différences entre la SFQ et la SFQC et sur le champ d'application de la SFQ:

SFQ vs SFQC

«In QBS, the RFP⁴⁶⁾ may request submission of a technical proposal only (without the financial proposal), or request submission of both technical and financial proposals at the same time, but in separate envelopes (two-envelope system). The RFP shall provide either the estimated budget or the estimated time of key experts, specifying that this information is given as an indication only and that consultants shall be free to propose their own estimates.

41) www.acec.org.

42) www.acec.org.

43) Federal Acquisition Regulation.

44) www.acec.org.

45) THE INTERNATIONAL BANK FOR RECONSTRUCTION AND DEVELOPMENT, Guidelines: Selection and Employment of Consultants by World Bank Borrowers, Washington, 2004/2011, chiffres 3.4 et 2.1 ss. L'inverse est vrai pour la FIDIC (voir FIDIC, Guidelines, chiffre 5.1).

46) Request for Proposals.

If technical proposals alone were invited, after evaluating the technical proposals using the same methodology as in QCBS, the Borrower shall ask the consultant with the highest ranked technical proposal to submit a detailed financial proposal. The Borrower and the consultant shall then negotiate the financial proposal and the contract. All other aspects of the selection process shall be identical to those of QCBS, including the publication of the award of contract [...], except that only the price of the winning firm is published. If consultants were requested to provide financial proposals initially together with the technical proposals, safeguards shall be built in as in QCBS to ensure that the price proposal of only the selected firm is opened and the rest returned unopened, after the negotiations are successfully concluded.»⁴⁷⁾

Champ d'application

«(a) complex or highly specialized assignments for which it is difficult to define precise TOR⁴⁸⁾ and the required input from the consultants, and for which the client expects the consultants to demonstrate innovation in their proposals (for example, country economic or sector studies, multisectoral feasibility studies, design of a hazardous waste remediation plant or of an urban master plan, financial sector reforms);

(b) assignments that have a high downstream impact and in which the objective is to have the best experts (for example, feasibility and structural engineering design of such major infrastructure as large dams, policy studies of national significance, management studies of large government agencies); and

(c) assignments that can be carried out in substantially different ways, such that proposals will not be comparable (for example, management advice, and sector and policy studies in which the value of the services depends on the quality of the analysis).»⁴⁹⁾

FIDIC

Bases

FÉDÉRATION INTERNATIONALE DES INGÉNIEURS-CONSEILS, FIDIC Guidelines for the Selection of Consultants, Genève, 2003.

FÉDÉRATION INTERNATIONALE DES INGÉNIEURS-CONSEILS, FIDIC Quality Based Consultant Selection Guide, Genève, 2011.

Méthode

La méthode de la FIDIC est analogue à celles qui sont appliquées aux Etats-Unis et par la Banque mondiale :

1. Appel d'offres et préqualification (« long-listing »)
2. Etablissement d'une liste restreinte (« short list ») comptant de trois à six soumissionnaires
3. Invitation à présenter une offre (« request for detailed proposals »)
4. Elaboration et remise des offres
5. Réception et ouverture des offres
6. Evaluation des offres
7. Négociations avec le soumissionnaire le mieux classé relatives à la définition précise du projet, de la procédure, de l'équipe et du prix
8. Adjudication et conclusion du contrat

47) THE INTERNATIONAL BANK FOR RECONSTRUCTION AND DEVELOPMENT, op. cit., chiffres 3.3 et 3.4.

48) Terms of Reference.

49) THE INTERNATIONAL BANK FOR RECONSTRUCTION AND DEVELOPMENT, op. cit., chiffre 3.2.

Voici des renseignements complémentaires sur les étapes 2, 3, 6 et 7 :

Etape 2 – établissement d'une liste restreinte

«The client (or a consultant adviser) shall examine the expressions of interest submitted by eligible consultants, and prepare a short list. [...] Short lists should comprise three to six firms; normally three or four for complex projects, and four or five for straightforward projects. [...] The client should bear in mind the following factors during short-listing [...]:

- general and relevant experience – technical competency;
- capacity to complete the work – resources within the firm;
- access to support resources and established associations;
- availability of key personnel;
- managerial capability to perform;
- financial capability to perform (if applicable);
- past performance on client contracts (e.g., delivered on time and to budget);
- location of the firm's office in relation to the work;
- meaningful partnerships/associations with National Consulting Firms;
- Quality Management System established in the firm;
- details of staff, but limited to all relevant staff who will be available;
- Business Integrity Management System;
- political, social, cultural and environmental sensitivity (without contradicting conflicting with integrity principles);
- security level required.»⁵⁰⁾

Etape 3 – invitation à présenter une offre

«The client formally writes to each of the firms on the short list and invites proposals [...]. The RFP⁵¹⁾ should contain the following :

- Letter of Invitation
- Terms of Reference (TOR)
- Information to Consultants (ITC)
- The proposed agreement»⁵²⁾

50) FÉDÉRATION INTERNATIONALE DES INGÉNIEURS-CONSEILS, FIDIC Guidelines for the Selection of Consultants, Genève, 2003, chiffre 4.2; FÉDÉRATION INTERNATIONALE DES INGÉNIEURS-CONSEILS, FIDIC Quality Based Consultant Selection Guide, Genève, 2011, chapitre 2.3, let. c.

51) Request for Proposals.

52) FÉDÉRATION INTERNATIONALE DES INGÉNIEURS-CONSEILS, op. cit., chiffre 4.3.

Etape 6 – évaluation des offres

«The client shall systematically evaluate and rank each proposal against the basis for selection outlined in the RFP⁵³⁾ [...], taking into account several criteria [...]:

- the consulting firm’s relevant experience for the assignment;
- the quality of the methodology proposed;
- the qualifications of the key staff proposed;
- training or transfer of know-how provisions (if applicable);
- the extent and quality of participation by National Consulting Firms in the assignment (in internationally financed projects);
- the support facilities (if applicable) of the Consultant; and
- overall quality of the presentation.

Each criterion shall be marked on a scale of 1 to 100. Then the marks shall be weighted to become scores. Indicative weights are given in Appendix 2 and should be adjusted for different circumstances. The proposed weights shall be disclosed in the RFP.»⁵⁴⁾

Etape 7 – négociations

«The top ranked firm (the firm with the highest overall technical score) is invited to negotiate an appropriate fee after mutually agreeing upon changes in the details of the TOR⁵⁵⁾ as they would be retained in the contract. If price details have been requested together with the technical proposals, they will serve as the basis for the negotiations. The fee will reflect the scope of services to be provided, taking into consideration contractual and legal requirements, time schedules, payment terms and appropriate risk allocation between the parties.

If agreement cannot be reached with the top ranked firm, the negotiations are terminated and begun with the second ranked firm, and so on down the list until agreement is reached. [...]»⁵⁶⁾

Canada*Bases*

FÉDÉRATION CANADIENNE DES MUNICIPALITÉS ET CONSEIL NATIONAL DE RECHERCHES, Guide national pour des infrastructures municipales durables : prise de décisions et planification des investissements – Sélection d’une société d’experts-conseils, Ottawa, Ontario, 2006.

Méthode

Le processus correspond pour l’essentiel aux méthodes SFQ présentées plus haut :

1. Appel d’offres et préqualification (« demande de qualification »)
2. Invitation à présenter une offre (« demande de propositions »)
3. Evaluation des offres
4. Choix du soumissionnaire le mieux classé

53) Request for Proposal (RFP).

54) FÉDÉRATION INTERNATIONALE DES INGÉNIEURS-CONSEILS, op. cit., chiffre 4.6; FÉDÉRATION INTERNATIONALE DES INGÉNIEURS-CONSEILS, FIDIC Quality Based Consultant Selection Guide, Genève 2011, chapitre 2.3, let. e.

55) Terms of Reference.

56) FÉDÉRATION INTERNATIONALE DES INGÉNIEURS-CONSEILS, op. cit., chiffre 4.7; FÉDÉRATION INTERNATIONALE DES INGÉNIEURS-CONSEILS, FIDIC Quality Based Consultant Selection Guide, Genève 2011, chapitre 2.3, let. f et g.

5. Définition des prestations (« portée des services »)
6. Négociation des honoraires
7. Adjudication du marché

Voici des renseignements complémentaires sur les étapes 1, 2, 5 et 6 :

Étapes 1 et 2 – demande de qualification, demande de propositions

« Comme bon nombre d'experts-conseils possèdent les compétences nécessaires pour exécuter la plupart des affectations, le propriétaire est confronté à la difficulté de décider qui est « le plus » ou « le mieux » qualifié en rapport avec une affectation déterminée. Quand celle-ci est annoncée à l'intention de toutes les parties intéressées l'évaluation des demandes de propositions peut exiger une utilisation de temps considérable (et inefficente) pour le propriétaire.

Pour prévenir cette perte, les clients ont souvent recours à une Demande de qualification (DQ) ou à une Demande d'expression d'intérêt (DEI) qui facilite la préparation d'une liste restreinte de sociétés qui seront invitées à répondre à un appel de propositions détaillées. [...] La demande de qualification exige ordinairement des proposants qui fournissent des renseignements à leur sujet, au sujet du type de personnalité de la société, de l'adresse, des personnes-ressources, des principaux domaines d'expertise et de l'expérience en projets récents relative au projet à exécuter. Elle demande également de fournir des renseignements au sujet du personnel clé qui sera affecté au projet si la société est retenue, de leurs rôles, qualification et expérience, et des références relatives à des travaux de nature similaire. Les auteurs de proposition ne doivent pas être tenus de fournir des détails sur la façon dont ils aborderaient la conception du projet. [...]

Les trois sociétés dont le classement sera le plus élevé seront demandées de répondre à une DP⁵⁷⁾ détaillée se rapportant à un projet déterminé. »⁵⁸⁾

Étapes 5 et 6 – définition des prestations, négociation des honoraires

« Les principales différences entre la meilleure pratique recommandée et les autres méthodes de sélection d'une société d'experts-conseils tiennent à la façon dont la portée des services est déterminée et à celle dont les honoraires sont traités. [...]

La plupart des projets d'ingénierie sont tellement complexes qu'il n'est pas facile de définir la portée des services au début du projet et il est par conséquent indiqué de recourir à un processus qui offre au client la possibilité de recourir à l'expertise de la société d'experts-conseils pour élaborer cette portée. Après qu'on se soit entendu sur la portée des services, la société d'experts-conseils est tenue de présenter une proposition d'honoraires qui reflète la portée convenue.

Une proposition d'honoraires qui correspond à une portée élaborée conjointement représente de façon beaucoup plus réaliste le travail à effectuer et fait en sorte que le niveau de financement est adéquat, ce qui garantit que les meilleurs intérêts du client sont respectés. [...]

La pratique du fournisseur unique et celle basée sur les compétences sont des méthodes qui normalement proviennent de l'élaboration conjointe de la portée de services. »⁵⁹⁾

Concernant la négociation des honoraires et l'accord sur cette question, il est par ailleurs dit ce qui suit : « Le processus basé sur les compétences exige que la portée de services définitive soit élaborée conjointement par la société d'experts-conseils et le client. Lorsque les deux parties se sont entendues sur une portée, le client demande une proposition d'honoraires. Celle-ci et la portée des services sont révisées jusqu'à qu'il y ait entente. Dans ce cas, le marché est attribué. Dans le cas contraire, l'exercice se répète avec la société d'experts-conseils qui vient au deuxième rang. »⁶⁰⁾

57) Demande de propositions.

58) FÉDÉRATION CANADIENNE DES MUNICIPALITÉS ET CONSEIL NATIONAL DE RECHERCHES, op. cit., chiffre 3.3.

59) FÉDÉRATION CANADIENNE DES MUNICIPALITÉS ET CONSEIL NATIONAL DE RECHERCHES, op. cit., chiffre 4.2.

60) FÉDÉRATION CANADIENNE DES MUNICIPALITÉS ET CONSEIL NATIONAL DE RECHERCHES, op. cit., tableau 3-2.

2. Méthode des deux enveloppes

Banque mondiale

Bases

Dans le guide de la Banque mondiale relatif à la sélection fondée sur la qualité et le coût (qui repose sur le principe des deux enveloppes), on lit ceci :

«QCBS uses a competitive process among short-listed firms that takes into account the quality of the proposal and the cost of the services in the selection of the successful firm. Cost as a factor of selection shall be used judiciously. The relative weight to be given to the quality and cost shall be determined for each case depending on the nature of the assignment.»⁶¹⁾

Méthode

Les étapes suivantes sont prévues :

1. Définition du mandat (« terms of reference »), estimation des coûts, établissement d'un budget et choix des critères servant à l'établissement de la liste restreinte
2. Appel d'offres
3. Etablissement d'une liste restreinte (« short-list ») comptant en principe six soumissionnaires
4. Invitation à présenter une offre (« request for proposals »)
5. Remise des offres
6. Ouverture des enveloppes contenant les offres techniques et évaluation de ces dernières (qualité)
7. Ouverture des enveloppes contenant les offres financières et évaluation de ces dernières (coût)
8. Evaluation combinée de la qualité et du coût
9. Négociations avec le soumissionnaire le mieux classé, conclusion du contrat

Voici des renseignements complémentaires sur l'étape 8 :

Etape 8 – évaluation combinée

«The total score shall be obtained by weighting the quality and cost scores and adding them. The weight for the « cost » shall be chosen, taking into account the complexity of the assignment and the relative importance of quality. [...] The firm obtaining the highest total score shall be invited for negotiations.»⁶²⁾

FIDIC

Bases

La FIDIC utilise la méthode des deux enveloppes de manière différente dans le cadre de la SFQ et dans le cadre de la SFQC.

Méthode

Les étapes sont les mêmes pour les deux modes d'utilisation de la méthode et correspondent aux étapes de la méthode SFQ mentionnées plus haut :

61) THE INTERNATIONAL BANK FOR RECONSTRUCTION AND DEVELOPMENT, op. cit., chiffre 2.1.

62) THE INTERNATIONAL BANK FOR RECONSTRUCTION AND DEVELOPMENT, op. cit., chiffre 2.26.

1. Appel d'offres et préqualification (« long-listing »)
2. Etablissement d'une liste restreinte (« short-list ») comptant de trois à six soumissionnaires
3. Invitation à présenter une offre (« request for detailed proposals »)
4. Elaboration et remise des offres
5. Réception et ouverture des offres
6. Evaluation des offres
7. Adjudication, négociations et conclusion du contrat

Voici des renseignements complémentaires sur les étapes 4, 6 et 7 :

Etape 4 – remise des offres

« Even if only « technical » aspects will be used for evaluation under QBS, it is advantageous if the consultants also provide a financial proposal which may serve as a basis for later negotiations, should the proposal be retained. Whenever both technical and financial proposals are so requested, they shall be submitted in separate [...] envelopes [...]. »63) (QBS).

« Both technical and financial proposals shall be submitted in separate [...] envelopes [...]. »64) (QCBS)

Etape 6 – évaluation des offres

« [...] The client shall evaluate each technical proposal [...]. If financial proposals have been requested, only the one corresponding to the best placed technical proposal shall now be opened and examined as the basis for fee negotiations. The other financial proposals must be returned unopened once a contract has been concluded. »65) (QBS).

« The evaluation of the proposals shall be carried out in three stages :

a) Evaluation of the technical proposals (quality); b) Evaluation of the financial proposals (cost); c) Combined technical and financial evaluation [...] The total score shall be obtained by weighting the technical and financial scores and adding them. [...] »66) (QCBS)

Etape 7 – négociations

« The top ranked firm (the firm with the highest overall technical score) is invited to negotiate an appropriate fee after mutually agreeing upon changes in the details of the TOR67) as they would be retained in the contract. If price details have been requested together with the technical proposals, they will serve as the basis for the negotiation. [...] »68) (QBS).

« The consulting firm which obtains the highest total score (weighted technical plus weighted financial score) shall be invited for negotiations. [...] »69) (QCBS)

63) FÉDÉRATION INTERNATIONALE DES INGÉNIEURS-CONSEILS, op. cit., chiffre 4.4.

64) FÉDÉRATION INTERNATIONALE DES INGÉNIEURS-CONSEILS, op. cit., chiffre 5.1.4.

65) FÉDÉRATION INTERNATIONALE DES INGÉNIEURS-CONSEILS, op. cit., chiffre 4.6.

66) FÉDÉRATION INTERNATIONALE DES INGÉNIEURS-CONSEILS, op. cit., chiffre 5.1.6.

67) Terms of Reference (TOR).

68) FÉDÉRATION INTERNATIONALE DES INGÉNIEURS-CONSEILS, op. cit., chiffre 4.7.

69) FÉDÉRATION INTERNATIONALE DES INGÉNIEURS-CONSEILS, op. cit., chiffre 5.1.7.

3. Dialogue

Le dialogue est inscrit dans la législation fédérale sur les marchés publics depuis le 1^{er} janvier 2010.

Art. 26a OMP

L'art. 26a OMP dispose ce qui suit :

Art. 26a OMP

- ¹ L'adjudicateur peut développer les propositions de solutions ou de procédés, lorsque le marché porte sur des prestations complexes ou sur des prestations intellectuelles, dans le cadre d'un dialogue avec les soumissionnaires, à condition qu'il ait mentionné cette possibilité dans l'appel d'offres.
- ² Il indique dans les documents d'appel d'offres comment la participation au dialogue et l'utilisation des solutions ou des procédés proposés ou développés sont rémunérées.
- ³ Il choisit les soumissionnaires avec lesquels il veut mener un dialogue et leur fournit auparavant les renseignements suivants :
 - a. la proposition de solution ou de procédé qui a été choisie ;
 - b. la teneur possible du dialogue ;
 - c. les délais et les modalités de remise d'une offre définitive pour la solution ou le procédé développés dans le cadre du dialogue.
- ⁴ Il garde une trace du dialogue permettant d'en reconstituer la chronologie, la teneur ainsi que le temps que le soumissionnaire y a consacré.

A2 Guide pour les procédures d'adjudication avec dialogue

1. Introduction

Nouvel instrument du droit des marchés publics

Depuis le 1^{er} janvier 2010, les adjudicateurs de la Confédération ont la possibilité de mener un dialogue avec les soumissionnaires au cours de la procédure d'adjudication. Cette possibilité a été introduite afin de répondre aux exigences spécifiques liées aux marchés portant sur des prestations complexes ou sur des prestations intellectuelles.

But du présent guide

Le présent guide est destiné à servir de mémento aux adjudicateurs envisageant de mener une procédure de marché public avec dialogue et à encourager l'utilisation de cet instrument. Il ne remplace pas les guides relatifs aux différentes procédures d'adjudication, mais les complète.

Raison d'être de ce nouvel instrument / avantages pour les adjudicateurs

Dans le cas de marchés portant sur des prestations complexes ou sur des prestations intellectuelles, il est souvent impossible de délimiter précisément l'objet du marché au moment de l'élaboration de l'appel d'offres. Le dialogue permet aux adjudicateurs de préciser cet objet en collaboration avec les soumissionnaires. Ceux-ci proposent, dans des offres provisoires, des solutions à un problème défini par les adjudicateurs. Ces solutions sont ensuite développées dans le cadre du dialogue. Cela permet d'écartier les offres qui ne répondent pas aux besoins des adjudicateurs et d'éviter l'interruption de la procédure et le lancement d'un nouvel appel d'offres.

Avantages pour les soumissionnaires

Pour les soumissionnaires, le dialogue présente deux avantages. Premièrement, il les dispense de présenter une offre détaillée dès le début de la procédure. Deuxièmement, l'élaboration de la solution proposée est rémunérée au moins partiellement.

Base juridique

Le dialogue est fondé sur les négociations prévues à l'art. 20 de la loi fédérale sur les marchés publics (LMP; RS 172.056.1). Le dialogue lui-même est régi par l'art. 26a de l'ordonnance sur les marchés publics (OMP; RS 172.056.11), qui dispose ce qui suit :

Art. 26a OMP

- ¹ *L'adjudicateur peut développer les propositions de solutions ou de procédés, lorsque le marché porte sur des prestations complexes ou sur des prestations intellectuelles, dans le cadre d'un dialogue avec les soumissionnaires, à condition qu'il ait mentionné cette possibilité dans l'appel d'offres.*
- ² *Il indique dans les documents d'appel d'offres comment la participation au dialogue et l'utilisation des solutions ou des procédés proposés ou développés sont rémunérées.*
- ³ *Il choisit les soumissionnaires avec lesquels il veut mener un dialogue et leur fournit auparavant les renseignements suivants :*
 - a. *la proposition de solution ou de procédé qui a été choisie ;*
 - b. *la teneur possible du dialogue ;*
 - c. *les délais et les modalités de remise d'une offre définitive pour la solution ou le procédé développés dans le cadre du dialogue.*
- ⁴ *Il garde une trace du dialogue permettant d'en reconstituer la chronologie, la teneur ainsi que le temps que le soumissionnaire y a consacré.*

Différences entre le dialogue et d'autres instruments utilisables dans le cadre d'une procédure d'adjudication
Le dialogue doit être distingué d'autres instruments utilisables dans le cadre d'une procédure d'adjudication :

- a. les négociations (art. 26 LMP);
- b. les concours de projets¹⁾ (ou concours portant sur les études²⁾ et les concours portant sur les études et la réalisation (art. 40 ss OMP et règlement SIA 142);
- c. les mandats d'étude parallèles (règlement SIA 143).

Ces instruments sont analogues ou identiques au dialogue sur certains points, mais diffèrent par d'autres aspects :

- a. Les négociations au sens de l'art. 20 LMP et de l'art. 26 OMP portent sur des offres qui ont été établies sur la base d'une description des prestations claire et définitive. Elles ont donc lieu APRÈS la remise des offres définitives.
- b. Dans le cas de concours de projets (ou concours portant sur les études) et de concours portant sur les études et la réalisation au sens des art. 40 ss OMP et du règlement SIA 142, des équipes proposent – surtout pour des projets de construction – des solutions qui varient sur les plans conceptuel, formel, écologique, économique et technique. Ces solutions sont présentées anonymement et évaluées par un jury.
- c. Dans le cas de mandats d'étude parallèles au sens du règlement SIA 143 et dans le cas de concours d'idées, plusieurs équipes élaborent des projets répondant au même programme. Ces prestations sont exécutées dans le cadre d'un mandat adjugé à plusieurs équipes en même temps au terme d'une procédure conforme au droit des marchés publics. La nature de la procédure utilisée diffère selon que la valeur du mandat est inférieure ou supérieure à la valeur seuil applicable.
- d. Les mandats portant sur les études et les mandats portant sur les études et la réalisation concernent principalement des prestations d'architecture et impliquent généralement l'élaboration d'un projet concret.

Elaboration de solutions dans le cadre d'une coopération

Dans le cas du dialogue au sens de l'art. 26a OMP, des solutions ou procédés sont développés avant la remise d'une offre définitive. Ces solutions sont élaborées dans le cadre d'une coopération, et non pas anonymement, et peuvent répondre à tout type de demande. Le marché est adjugé après la tenue du dialogue et porte sur les prestations définies dans le cadre de ce dernier.

Utilisation du dialogue dans les procédures ouverte et sélective

Le dialogue peut être utile dans les procédures ouverte et sélective. Il constitue donc uniquement un instrument utilisable dans le cadre de ces procédures et non une procédure à part.

Impossibilité de recourir contre la décision concernant le choix des partenaires de dialogue

Contrairement à la décision concernant le choix des soumissionnaires invités à présenter une offre dans la procédure sélective, la décision concernant le choix des soumissionnaires avec lesquels l'adjudicateur veut mener un dialogue n'est pas sujette à recours. Elle n'est qu'une sous-étape ou, justement, un instrument de la procédure d'adjudication, qui est utilisé dans la deuxième phase de la procédure sélective et dans la seule et unique phase de la procédure ouverte.

1) Selon la terminologie utilisée dans l'OMP.

2) Selon la terminologie utilisée dans le règlement SIA 142.

2. Procédure

2.1 Etapes d'une procédure d'adjudication avec dialogue

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

1. décision de mener un dialogue (voir chiffres 2.2 s.);
2. choix de la procédure (voir chiffre 2.4);
3. élaboration de l'appel d'offres (voir chiffre 2.5);
4. préqualification (uniquement dans la procédure sélective) (voir chiffre 2.6);
5. remise des offres provisoires (voir chiffre 2.7);
6. choix des partenaires de dialogue (voir chiffre 2.8);
7. ouverture du dialogue (voir chiffre 2.9);
8. conduite du dialogue (voir chiffre 2.10);
9. remise des offres définitives (voir chiffre 2.11);
10. adjudication, conclusion du contrat (voir chiffre 2.12).

2.2 Décision de mener un dialogue

Procédure de décision

Les éléments suivants sont déterminants dans la décision relative à la conduite d'un dialogue :

1. réponse à la question de savoir si un dialogue est autorisé (voir chiffre 2.3); cette réponse est positive si l'une au moins des deux conditions suivantes est remplie :
 - a. marché portant sur des prestations complexes (voir chiffre 2.3.1);
 - b. marché portant sur des prestations intellectuelles (voir chiffre 2.3.2);
2. mesure dans laquelle le dialogue est utile pour l'acquisition prévue, en particulier du point de vue de l'exploitation du potentiel d'innovation;
3. coûts du dialogue.

2.3 Conditions préalables à la conduite d'un dialogue

Utilisation du dialogue dans les procédures ouverte et sélective

Comme il a été dit, le dialogue ne constitue pas une procédure à part, mais un instrument que les adjudicateurs de la Confédération peuvent utiliser tant dans la procédure ouverte que dans la procédure sélective.³⁾ Dans la procédure invitant à soumissionner et dans la procédure de gré à gré, le recours au dialogue n'est pas pertinent.

3) L'art. 26a OMP figure dans le chapitre de l'ordonnance qui concerne l'«adjudication de marchés dans le cadre de la loi» (marchés dont la valeur atteint au moins la valeur seuil applicable), à savoir le chapitre 2. Selon l'art. 34, al. 2, OMP, la grande majorité des dispositions de ce chapitre s'appliquent cependant également aux autres marchés adjugés selon la procédure ouverte ou la procédure sélective. Le dialogue peut donc être utilisé dans n'importe quelle procédure ouverte ou sélective.

Dans les cantons, le dialogue peut être utilisé, bien qu'il n'existe aucune base juridique explicite comparable à l'art. 26a OMP. Le dialogue ne constituant pas un nouveau type de procédure mais un instrument qui peut être utilisé dans les procédures existantes pour préciser les prestations avant la remise des offres définitives, les adjudicateurs sont libres de choisir la manière (interne ou externe) de définir les prestations. Par conséquent le dialogue peut aussi être utilisé dans les cantons et ne viole pas l'interdiction des négociations.⁴⁾

2.3.1 Notion de prestations complexes

Définition

La notion de prestations complexes qui apparaît dans l'art. 26a, al. 1, OMP est une notion juridiquement indéterminée, c'est-à-dire qui n'est définie dans aucune loi ni aucune ordonnance.

Dans le rapport explicatif du Département fédéral des finances (DFF) sur la modification de l'ordonnance sur les marchés publics,⁵⁾ il est dit qu'« un dialogue sera certainement autorisé chaque fois qu'un adjudicateur n'est objectivement pas en mesure de déterminer lui-même la meilleure solution ou l'approche optimale pour atteindre les buts visés ». On peut considérer que cette phrase définit les conditions spécifiques d'un marché portant sur des prestations complexes⁶⁾.

Complexité liée à la nature des prestations ou aux besoins de coordination

Sont complexes des prestations qu'il est objectivement impossible, trop lourd ou inopportun de définir en dehors d'un dialogue et donc d'une collaboration avec les soumissionnaires.⁷⁾

La complexité peut résider dans la nature même des prestations ou être liée à l'importance des besoins de coordination avec des tiers. Entre notamment dans la catégorie des prestations complexes l'élaboration d'une procédure.⁸⁾

Indépendance entre complexité et manque de connaissances

Par impossibilité objective d'une définition des prestations en dehors d'un dialogue, on entend une impossibilité liée à l'objet du marché et non aux personnes. Ainsi, des prestations que le service d'achat a des difficultés à définir uniquement parce qu'il ne possède pas les connaissances nécessaires et dont il peut donc parvenir à fournir une description en faisant appel à des spécialistes externes ne sont pas des prestations complexes.

Exemples de prestations complexes

Voici des exemples de prestations complexes :

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

4) Pour plus de détails sur ce sujet, voir le chapitre 3.3.8 (p. 14 s.) du rapport « Neue Entwicklungen im Vergabewesen » établi par le groupe de travail Adjudication de l'USIC 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 « Neue Entwicklungen im Vergabewesen »).

5) Département fédéral des finances (DFF), rapport explicatif sur la modification de l'ordonnance sur les marchés publics (OMP) du 1^{er} janvier 2010 (ci-après « rapport du DFF sur la modification de l'OMP »).

6) Rapport du DFF sur la modification de l'OMP, p. 17.

7) Même point de vue : BEYELER MARTIN, Die revidierte VöB – ein Kurzkommentar, in: BR/DC 2/2010, pp. 106-113, p. 110, avec renvois, notamment à: RECHSTEINER Peter, Die Beschaffung komplexer Dienstleistungen, in: Zufferey Jean-Baptiste/Stöckli Hubert (Hrsg.), Aktuelles Vergaberecht 2008, Zürich/Basel/Genf, 2010, p. 203 ss, ch. marg. 8). Voir aussi LEUTHOLD ALEXIS, Verhandlungen und der neue „Dialog“, Spielräume bei Bund und Kantonen, in: Zufferey Jean-Baptiste/Stöckli Hubert (Hrsg.), Aktuelles Vergaberecht 2010, Zürich Basel Genf 2010, S. 277 ff., Rz. 27 ff.: 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.

8) Rapport de l'USIC « Neue Entwicklungen im Vergabewesen », p. 9 s.

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

2.3.2 Notion de prestations intellectuelles

Définition

La notion de prestations intellectuelles n'est pas non plus définie dans la législation.

Selon le rapport explicatif du DFF sur la modification de l'ordonnance sur les marchés publics, un marché porte sur des prestations intellectuelles si «l'adjudicateur espère obtenir des solutions novatrices pour un marché qui sort du quotidien».⁹⁾

Sont également des marchés portant sur des prestations intellectuelles les marchés dans lesquels les prestations intellectuelles sont plus importantes que le résultat matériel¹⁰⁾ et ne constituent pas des prestations standard.

Distinction entre tâches routinières et tâches sollicitant la créativité

Il faut distinguer les tâches qui requièrent une importante créativité des tâches routinières. L'appartenance de prestations données à l'une ou l'autre de ces catégories de tâches est indépendante de la nature du contrat. Les prestations intellectuelles, qui font appel à la créativité, peuvent donc faire l'objet aussi bien d'un mandat que d'un contrat d'entreprise. Un marché portant sur des prestations intellectuelles peut inclure des tâches routinières (telles que des travaux de secrétariat ou de dessin) en plus du travail créatif.¹¹⁾

Exemples de prestations intellectuelles

Voici des exemples de prestations intellectuelles:

- élaboration d'une nouvelle méthode;
- récolte auprès d'experts d'avis sur des questions spécifiques;
- développement d'une stratégie;
- élaboration d'une solution globale destinée à remplacer un grand nombre de petites solutions spécifiques;
- élaboration d'une solution globale pour l'intégration de nombreux projets différents;
- développement d'une application informatique;
- conception des modalités de participation de la Suisse à une exposition universelle.

9) Rapport du DFF sur la modification de l'OMP, p. 17.

10) Même point de vue: BEYELER MARTIN, op. cit., p. 110.

11) Concernant l'ensemble de cette question, voir le rapport de l'us1c «Neue Entwicklungen im Vergabewesen», p. 10 s.

2.3.3 Evaluation de la satisfaction des conditions préalables

Pouvoir d'appréciation du service d'achat

Il appartient au service d'achat de se prononcer sur la question de savoir si les conditions préalables à la conduite d'un dialogue sont remplies.

Recours contre l'appel d'offres

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.

2.4 Choix de la procédure

Le dialogue est prévu essentiellement pour les procédures ouverte et sélective. Dans la procédure invitant à soumissionner et dans la procédure de gré à gré (art. 13 OMP), il est également autorisé, mais sans intérêt pratique.

Compte tenu du coût du dialogue, il est probable que la préférence soit le plus souvent donnée à la procédure sélective (voir chiffre 2.5.4).

2.5 Elaboration de l'appel d'offres

2.5.1 Conditions-cadres du dialogue

Annonce du dialogue

Il faut clairement indiquer dans l'appel d'offres (c'est-à-dire dans la publication, et non seulement dans les documents d'appel d'offres) qu'un dialogue sera mené. Aux termes de l'ordonnance, il suffit de mentionner vaguement la possibilité d'un dialogue. Cette manière de faire est cependant déconseillée. Au moment où ils lancent un appel d'offres, les adjudicateurs doivent en effet savoir s'ils veulent ou non discuter avec les soumissionnaires des solutions proposées. Si la réponse à cette question est positive, un dialogue sera mené, si elle est négative, aucun dialogue ne sera mené. Dans ces conditions, il n'y a aucune difficulté à annoncer le dialogue dans l'appel d'offres.

Indication des critères de sélection des partenaires de dialogue

Si le service d'achat prévoit de ne mener un dialogue qu'avec une partie des soumissionnaires, il doit l'indiquer dans les documents d'appel d'offres. Le cas échéant, il doit également indiquer les critères de sélection des soumissionnaires avec lesquels un dialogue sera engagé. Ces critères doivent être les critères d'adjudication, qui ont donc une double fonction, puisqu'ils permettent à la fois de choisir les partenaires de dialogue et de désigner l'adjudicataire. Ce point doit être pris en compte lors du choix des critères d'adjudication.

Description des prestations

Les connaissances et la créativité des soumissionnaires sont indispensables pour définir précisément les prestations faisant l'objet du marché, raison pour laquelle celles-ci ne peuvent être décrites en détail qu'au moment du dialogue. L'appel d'offres doit donc contenir une description des prestations non pas détaillée, mais sommaire, et mentionner le but du marché. Au moins quelques éléments centraux de la description des prestations doivent être indéfinis pour que le dialogue ait une utilité.

Indication des conditions à remplir obligatoirement

Concernant l'objet du marché, le service d'achat doit cependant indiquer les conditions qui doivent être obligatoirement remplies (par ex. la compatibilité de la solution proposée avec les instruments et instructions existants) et les points au niveau desquels les soumissionnaires disposent d'une marge de liberté (par ex. le choix de la solution remplissant cette condition de compatibilité).

Indications concernant l'utilisation des résultats du dialogue

L'utilisation des solutions ou des procédés proposés ou développés doit être indiquée. 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 la solution proposée par un autre soumissionnaire peut soulever

d'importants problèmes relatifs à l'acquisition des droits d'auteur et dissuader certains de participer à la procédure. Aussi cela est-il déconseillé.

2.5.2 Critères de qualification

Comme tout appel d'offres, un appel d'offres concernant une procédure d'adjudication avec dialogue doit mentionner les critères de qualification.

Ces critères se rapportent à des qualités des soumissionnaires telles que les compétences professionnelles, l'expérience dans l'exécution de tâches comparables, les capacités sur les plans économique et technique, etc.

2.5.3 Critères d'adjudication

Absence d'indications concernant la pondération

Dans une procédure d'adjudication avec dialogue, il faut, comme dans les autres procédures, indiquer les critères d'adjudication dans l'appel d'offres ou au moins dans les documents d'appel d'offres. Ceux-ci ne peuvent cependant contenir d'indication concernant la pondération des critères d'adjudication, en raison de l'impossibilité de savoir quel sera le contenu des offres. Cette impossibilité est elle-même due au fait qu'au début d'une procédure avec dialogue on ne fournit pas de description précise des prestations mais mentionne uniquement le but du marché, la manière d'atteindre ce but ou les contours exacts des solutions ou procédés attendus étant appelés à être précisés dans le cadre du dialogue.

Indication de l'ordre de priorité des critères

Pour des raisons de transparence, l'ordre de priorité des critères d'adjudication doit, quant à lui, être indiqué dans les documents d'appel d'offres.

Double fonction des critères d'adjudication

A noter que, dans une procédure d'adjudication avec dialogue, les critères d'adjudication remplissent deux fonctions. Ils servent en effet d'une part à choisir les partenaires de dialogue, d'autre part à évaluer les offres définitives et donc à désigner l'adjudicataire.

Exemples de critères servant à choisir les partenaires de dialogue

Voici des exemples de critères d'adjudication permettant de choisir les partenaires de dialogue :

- intérêt des solutions proposées du point de vue des résultats auxquels le dialogue est susceptible d'aboutir (résultats intermédiaires, résultats finals) et de l'influence que l'adjudicateur peut espérer exercer sur le développement de ces solutions;
- rapport coût-efficacité (temps et argent nécessaires pour atteindre les objectifs).

2.5.4 Rémunération

Prestations des soumissionnaires à rémunérer

En élaborant des solutions, les soumissionnaires fournissent un travail qui incomberait en fait au service d'achat. C'est pourquoi nous recommandons de rémunérer au moins partiellement cette prestation. Il convient de distinguer le travail lié à l'élaboration d'une proposition de solution lors de la phase d'établissement de l'offre (provisoire) et le travail que représente la participation au dialogue. La rémunération prévue pour la participation au dialogue et pour l'utilisation du travail fourni par les soumissionnaires lors de l'établissement de l'offre définitive doit être indiquée au plus tard dans les documents d'appel d'offres.¹²⁾ Nous recommandons d'y indiquer également les modalités de cette rémunération.

12) Ch. 14 de l'annexe 5 de l'OMP.

Rémunération de l'élaboration des propositions de solution ou de procédé

Pour l'élaboration des propositions de solution ou de procédé dans le cadre de l'établissement des offres provisoires, nous recommandons une rémunération forfaitaire. Celle-ci est en principe destinée à couvrir le travail lié à l'élaboration de solutions ou procédés et non le travail inhérent à l'établissement des offres. La rémunération peut être soumise à la condition que les soumissionnaires remplissent les critères de qualification.

Rémunération de la participation au dialogue

La rémunération de la participation au dialogue peut être soit forfaitaire, soit fondée sur le temps employé (rémunération en régie). Vu que tant le service d'achat que les soumissionnaires peuvent difficilement estimer de manière fiable le temps de travail nécessaire, il est probable que la préférence soit généralement donnée à la rémunération en régie. La base de calcul de la rémunération en régie peut être constituée par exemple par les tarifs de la KBOB. Lors du dialogue, il est possible de convenir, pour chaque phase, d'un plafond des coûts contraignant. 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 qu'une estimation du nombre d'heures de travail.

Réglementation de la question des droits d'auteur

A la rémunération des prestations fournies dans le cadre du dialogue peut s'ajouter l'acquisition des droits d'auteur. Lorsque l'auteur ne peut pas réaliser son projet, celle-ci conduit cependant souvent à des problèmes.

Si le service d'achat souhaite acquérir les droits d'auteur sur les solutions développées, il doit donc régler la question de ces droits de manière détaillée dans les documents d'appel d'offres.

2.6 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 de qualification, l'adjudicateur choisit ceux qui peuvent présenter une offre. Cette sélection fait l'objet d'une décision sujette à recours.

2.7 Remise des offres provisoires*Offres assorties d'un prix*

Les offres contiennent 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 permettre de prévoir de manière fiable l'évolution qu'il subira en raison du développement de la proposition du soumissionnaire dans le cadre du dialogue. Cela signifie que les offres provisoires doivent contenir des règles de calcul du prix qui permettent à l'adjudicateur de comparer les coûts probables des solutions proposées par les différents soumissionnaires. Lors de cette phase de la procédure, les offres indiquant un prix calculé sur la base 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. Cette possibilité doit cependant être mentionnée dans l'appel d'offres.

Garantie de la confidentialité

Le service d'achat doit garantir la confidentialité des indications fournies par les soumissionnaires (art. 8, al. 1, let. d, LMP).

2.8 Choix des partenaires de dialogue*Qualification des soumissionnaires*

Dans la procédure ouverte, le service d'achat commence, après réception des offres provisoires, par vérifier si les soumissionnaires remplissent les critères de qualification. Dans la procédure sélective, cette vérification a lieu lors de la phase de préqualification (voir chiffre 2.6).

Choix des partenaires de dialogue

L'adjudicateur sélectionne, parmi les soumissionnaires ayant les capacités requises, ceux avec lesquels il souhaite mener un dialogue (art. 26a, al. 3, OMP). Cette sélection est fondée sur les critères d'adjudication. Sont invités à un dialogue les soumissionnaires qui sont le mieux évalués sur la base de ces critères.

Développement de la solution proposée par le partenaire de dialogue

Il est recommandé de développer, dans le dialogue avec un soumissionnaire donné, uniquement la solution proposée par ce dernier, et non la solution proposée par un autre soumissionnaire (voir la remarque concernant les droits d'auteur au chiffre 2.5.1).

2.9 Ouverture du dialogue

Annonce de l'ouverture du dialogue

Il faut informer les soumissionnaires de l'ouverture du dialogue et leur communiquer s'ils sont invités à y participer ou non. Il est recommandé que l'information des soumissionnaires qui n'ont pas été sélectionnés comme partenaires de dialogue prenne la forme d'une lettre leur disant que leur offre n'est pas traitée plus avant pour l'instant, qu'il ne s'agit cependant pas d'une décision définitive et qu'une réponse définitive leur parviendra au terme de la procédure. Il est déconseillé de rendre une décision : premièrement, cela ouvrirait la possibilité aux soumissionnaires de faire recours ; deuxièmement, on se priverait ainsi de la possibilité de reconsidérer, lorsque cela paraît opportun au vu des résultats du dialogue, une offre d'abord écartée. A noter toutefois que, selon le droit contractuel, les soumissionnaires qui reçoivent la lettre susmentionnée ne sont plus liés par leur offre et qu'ils devraient donc confirmer, si l'adjudicateur décidait de prendre finalement leur offre en considération, que celle-ci est toujours valable.

Rappelons que la sélection des partenaires de dialogue ne doit pas être confondue avec le choix des soumissionnaires invités à présenter une offre dans la procédure sélective, qui, lui, constitue dans tous les cas une décision sujette à recours.¹³⁾

Informations sur la suite de la procédure

Afin que les soumissionnaires invités à participer au dialogue puissent se préparer au mieux à ce dernier, l'annonce de l'ouverture du dialogue doit être accompagnée d'indications sur la suite de la procédure. Si l'on prévoit plusieurs étapes, il faut si possible l'annoncer.

Autres informations

Selon l'art. 26a, al. 3, OMP, il faut également fournir aux partenaires de dialogue les renseignements suivants :

- la proposition de solution ou de procédé qui a été choisie ;
- la teneur possible du dialogue ;
- les délais et les modalités de remise de l'offre définitive.

2.10 Conduite du dialogue

Etablissement de procès-verbaux

Il faut garder une trace du dialogue afin que la chronologie et la teneur de ce dernier puissent être reconstituées (art. 26a, al. 4, OMP). Toute décision doit donc être enregistrée, par exemple sur vidéo ou dans un procès-verbal. Les procès-verbaux ne doivent pas restituer la lettre, mais le sens des échanges.

13) Art. 29, al. 1, let. c, LMP.

Dialogue par étapes

Le dialogue impliquant un processus d'apprentissage pour les deux parties, il peut comporter plusieurs étapes.

2.11 Remise des offres définitives*Invitation à présenter une offre définitive*

Une fois que les solutions ont été développées dans le cadre du dialogue, l'adjudicateur invite un ou plusieurs soumissionnaires à lui présenter une offre définitive.

Moyens de prévenir l'arbitraire dans la fixation du prix

Afin d'éviter que les soumissionnaires sélectionnés fixent un prix arbitraire, l'adjudicateur peut prendre l'une des mesures suivantes :

- définir un intervalle de prix et attribuer éventuellement des points supplémentaires aux offres dont le prix se situe en dessous de la limite inférieure de cet intervalle ;
- négocier un intervalle de prix ;
- demander un prix calculé sur la base des tarifs de la KBOB et d'un nombre plausible d'heures de travail.

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

Les cantons interdisent les négociations portant sur le rapport prix/prestations des offres définitives.

2.12 Adjudication, conclusion du contrat*Adjudication, conclusion du contrat*

Si plusieurs offres définitives sont présentées, l'adjudicateur évalue celles-ci sur la base des critères d'adjudication mentionnés dans les documents d'appel d'offres et adjuge le marché. Dès que la décision d'adjudication est entrée en force, l'adjudicateur et l'adjudicataire concluent le contrat.

3. Exemples**3.1 Cas pratique**

L'adjudicateur souhaite construire une autoroute reliant les deux rives d'un cours d'eau. Il ne sait pas s'il vaut mieux construire un seul pont, deux ponts parallèles ou un tunnel. En principe, il va opter pour une procédure sélective avec appel d'offres fonctionnel (art. 16a, al. 2, OMP). Cela lui permettra en effet de procéder, lors de la phase de préqualification, à une première sélection fondée sur les critères de qualification (art. 15, al. 3, LMP). Une fois que les soumissionnaires sélectionnés lui auront remis leur offre, l'adjudicateur pourra réduire encore leur nombre en procédant – comme avant la conduite de négociations (art. 26, al. 1, OMP) – à une évaluation anticipée des offres sur la base des critères d'adjudication et en invitant à participer à un dialogue uniquement les soumissionnaires dont les propositions de solution ou de procédé entrent encore en ligne de compte).¹⁴⁾

3.2 Modèle de documents d'appel d'offres

Un modèle de documents d'appel d'offres pour les procédures d'adjudication avec dialogue, fondé sur l'utilisation de formulaires de la KBOB, est annexé au présent guide.

14) Exemple tiré du rapport du DFF sur la modification de l'OMP, p. 18.