



Schweizerische Eidgenossenschaft
Confédération suisse
Confederazione Svizzera
Confederaziun svizra

CA

Beschaffungskonferenz des Bundes
Conférence des achats de la Confédération
Conferenza degli acquisti della Confederazione

Biens et services

Guide pour les services d'achat de la Confédération

Procédures d'adjudication avec dialogue

**Version 1.0 approuvée par la CA
État: 1^{er} décembre 2020**

Auteurs:

Conférence des achats de la Confédération (CA) en collaboration avec la Conférence de coordination des services de la construction et des immeubles des maîtres d'ouvrage publics (KBOB) et le Centre de compétences des marchés publics de la Confédération (CCMP). Le présent guide se base sur le guide correspondant de la KBOB.

CA
Fellerstrasse 21, 3003 Berne, Suisse
Tél. +41 58 462 38 50
bkb@bbl.admin.ch
www.bkb.admin.ch

Table des matières

1.	Introduction.....	4
1.1	Remarques préliminaires	4
1.2	But du présent guide.....	4
1.3	Le dialogue en tant qu'un instrument dans le cadre d'une procédure d'adjudication	4
1.4	Délimitations	5
2.	Droit applicable.....	6
2.1	Prémises du droit des marchés publics	6
2.2	Aperçu des différents éléments.....	7
3.	Remarques sur la procédure.....	8
3.1	Déroulement d'une procédure d'adjudication avec dialogue.....	8
3.2	Décision de mener ou non un dialogue	8
3.3	Conditions préalables à la conduite d'un dialogue.....	9
3.3.1	Marchés complexes	9
3.3.2	Prestations intellectuelles	10
3.3.3	Prestations innovantes.....	11
3.3.4	Évaluation de la satisfaction des conditions préalables.....	12
3.4	Choix du type de procédure	12
3.5	Préparation de l'appel d'offres.....	12
3.5.1	Cadre de la procédure	12
3.5.2	Critères d'aptitude.....	13
3.5.3	Critères d'adjudication	13
3.5.4	Publication de l'appel d'offres	14
3.6	Autres données fournies par l'adjudicateur	16
3.6.1	Généralités	16
3.6.2	Indemnisation: aspects particuliers	17
3.7	Préqualification (uniquement dans la procédure sélective).....	18
3.8	Remise des offres (provisoires).....	18
3.9	Sélection des participants au dialogue	18
3.10	Ouverture du dialogue.....	19
3.11	Conduite du dialogue	20
3.12	Remise des offres (définitives).....	20
3.13	Adjudication et conclusion du contrat	21

Abréviations

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

Annexes, documents utiles et liens

- Fiche d'information Nouvelle culture en matière d'adjudication: la concurrence axée sur la qualité, la durabilité et l'innovation au cœur du droit révisé sur les marchés publics
<https://www.bkb.admin.ch/bkb/fr/home/bkb/empfehlungen.html>
- Centre de compétences des marchés publics de la Confédération (CCMP): Modèles et aides du CCMP¹
https://intranet.bbl.admin.ch/bbl_kp/de/home/beschaffen/beratungs-support-kbb/vorlagen.html (accès uniquement via l'Intranet de la Confédération)
- Loi fédérale sur les marchés publics:
<https://www.admin.ch/opc/fr/classified-compilation/19940432/index.html>
- Ordonnance sur les marchés publics
<https://www.admin.ch/opc/fr/classified-compilation/19940432/index.html>
- Accord intercantonal sur les marchés publics
<http://www.bpuk.ch/fr/dtap/concordats/aimp>
- Valeurs seuils en vigueur pour la Confédération
<https://www.admin.ch/opc/fr/classified-compilation/20172555/index.html>
- Valeurs seuils en vigueur pour les cantons
<http://www.bpuk.ch/fr/dtap/concordats/aimp>

¹ Restriction d'accès: les modèles et aides du CCMP sont disponibles via la plateforme clients de l'OFCL sur l'Intranet fédéral.

1. Introduction

1.1 Remarques préliminaires

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

Consolidation d'un instrument du droit des marchés publics

1.2 But du présent guide

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

But du présent guide

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

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

Avantages pour les services d'achat

besoins des services d'achat mais aussi les interruptions de procédure et les nouveaux appels d'offres.

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

Avantages pour les soumissionnaires

1.4 Délimitations

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

Distinction par rapport à d'autres formes d'acquisition

- a. la rectification des offres au sens de l'art. 39 LMP/AIMP;
- b. les concours au sens de l'art. 22 LMP/AIMP et des art. 13 ss OMP²;
- c. les mandats d'étude parallèles au sens de l'art. 22 LMP/AIMP et des art. 13 ss OMP³;
- d. les appels d'offres fonctionnels.

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

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

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

- b. Pour les concours de projets proprement dits et les concours portant sur les études et la réalisation au sens de l'art. 22 LMP/AIMP et des art. 13 ss OMP, les équipes proposent, pour des tâches dont les conditions générales peuvent être définies préalablement de manière suffisante et exhaustive, des solutions qui varient sur les plans conceptuel, formel, écologique, économique ou technique. Ces solutions sont présentées anonymement et évaluées par un collège d'experts.

² Cf. en outre les directives du DFF relatives aux procédures de concours ou de mandats d'étude parallèles (si elles sont en vigueur à partir du 1.1.21)

³ Cf. en outre les directives du DFF relatives aux procédures de concours ou de mandats d'étude parallèles (si elles sont en vigueur à partir du 1.1.21)

Pour les mandats d'études parallèles et les mandats portant sur les études et la réalisation au sens de l'art. 22 LMP/AIMP et des art. 13 ss OMP, les équipes proposent différentes solutions pour les tâches dont les conditions générales ne peuvent être définies préalablement de manière suffisante et exhaustive. L'objectif est d'obtenir les meilleures propositions de solutions, ces dernières étant élaborées dans le cadre d'un échange de vues entre le service d'achat et les soumissionnaires et non de manière anonyme vu la nature encore non définie des tâches.

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

Élaboration de solutions dans le cadre d'une coopération

2. Droit applicable

2.1 Prémisses du droit des marchés publics

Jusqu'à présent, le dialogue reposait sur la négociation prévue à l'art. 20 LMP 1994 et sur les dispositions énoncées à cet égard à l'art. 26a OMP 1995. Désormais, le dialogue est réglé à l'art. 24 LMP/AIMP par les dispositions suivantes (l'al. 6 concerne uniquement la Confédération):

Base légale

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

Libellé de l'art. 24 LMP/AIMP

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

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

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

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

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

⁶ Le Conseil fédéral peut préciser les modalités du dialogue.

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

Dispositions d'exécution

- ¹ L'adjudicateur choisit si possible **au moins trois soumissionnaires** qu'il invite à un dialogue.
- ² Le **déroulement** du dialogue, sa **durée**, les **délais** ainsi que les questions de l'**indemnisation** et de l'**utilisation des droits de propriété intellectuelle** sont réglés dans une **convention**. L'**acceptation** de la convention régissant le dialogue est une condition de participation au dialogue.
- ³ **Durant** le dialogue avec un soumissionnaire et **après l'adjudication du marché**, **aucune information concernant les solutions ou les procédés** proposés par les autres soumissionnaires ne peut être communiquée à ce dernier **sans avoir obtenu le consentement écrit** des soumissionnaires concernés.

Art. 24 AIMP 2019

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

2.2 Aperçu des différents éléments

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

1. Décision de conduire un dialogue en tant qu'instrument.
2. Communication des aspects suivants dans l'appel d'offres ou dans les documents d'appel d'offres⁴:
 - a) des **besoins** et des exigences
 - b) du **déroulement** du dialogue;
 - c) de la **teneur possible** du dialogue;
 - d) de l'éventuelle **indemnisation** des soumissionnaires pour leur participation au dialogue et pour l'utilisation de leurs droits de propriété intellectuelle, de leurs connaissances et de leur expérience;
 - e) des **délais** et des **modalités** pour la remise de l'offre **définitive**;
 - f) de l'intention de **réduire** le nombre de soumissionnaires participants (à trois minimum) en fonction de critères objectifs et transparents.

3. Préparation du dialogue

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

⁴ L'art. 24, al. 3, LMP précise que l'adjudicateur spécifie «ses besoins et ses exigences» dans l'appel d'offres ou dans les documents d'appel d'offres. Il doit «indiquer» d'autres informations, même si la loi ne précise pas le moment où il y a lieu de le faire (dans l'appel d'offres, dans les documents d'appel d'offres ou plus tard; voir le ch. 3.6.1 ci-dessous).

4. Conduite du dialogue

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

Le déroulement et la teneur du dialogue sont **consignés** de manière appropriée et compréhensible (art. 24, al. 5, LMP/AIMP, cf. ch. 3.11 ci-dessous).

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

3. Remarques sur la procédure

3.1 Déroulement d'une procédure d'adjudication avec dialogue

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

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

3.2 Décision de mener ou non un dialogue

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

1. vérification de la licéité du dialogue (cf. ch. 3.3 pour davantage de précisions). Le dialogue est autorisé si l'une des trois conditions suivantes est remplie:

Procédure de prise de décision

- a. marché complexe (cf. ch. 3.3.1);
 - b. prestation intellectuelle (cf. ch. 3.3.2);
et/ou
 - c. prestation innovante (le dialogue est conduit pour identifier le potentiel d'innovation et, ainsi, promouvoir les solutions innovantes; cf. ch. 3.3.3);
2. utilité du dialogue pour le projet d'acquisition, en particulier du point de vue du potentiel d'innovation;
 3. coûts du dialogue;
 4. surcroît de travail occasionné pour la conception du projet.

3.3 Conditions préalables à la conduite d'un dialogue

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

Recours au dialogue dans les procédures ouverte et sélective

3.3.1 Marchés complexes

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

Définition

Dans son message sur la révision de la LMP, le Conseil fédéral précise qu'un dialogue peut être envisagé «dans le cas de marchés particulièrement complexes ou portant sur des prestations intellectuelles ou innovantes» lorsque l'adjudicateur «n'est pas à même, sans l'aide des soumissionnaires, de définir l'objet du marché de manière telle qu'il réponde à ses besoins ou de déterminer les solutions disponibles sur le marché, ou qu'il n'en soit capable qu'en investissant des moyens démesurés»⁵.

Projet révisé

Un marché est en outre considéré comme complexe s'il est objectivement impossible, trop compliqué ou inopportun de définir les prestations nécessaires sans conduire un dialogue avec les soumissionnaires et sans collaborer avec eux pour décrire les prestations.⁶

Complexité liée à la nature des prestations / aux aspects juridiques

⁵ Message concernant la révision totale de la loi fédérale sur les marchés publics, RO 2017 1695 ss (ci-après «Message concernant la LMP»), p. 1779.

⁶ SCHERLER, Die Verfahren: Bekanntes, neue Instrumente und der Abbruch, in: BR/DC 1/2020, p. 23. Même point de vue: BEYELER, Die revidierte VöB – ein Kurzkomentar, in: BR/DC 2/2010, p. 110, avec d'autres renvois, notamment vers RECHSTEINER, Die Beschaffung komplexer Dienstleistungen, in: Zufferey/Stöckli (Hrsg.), Aktuelles Vergaberecht 2008, Zürich Basel Genf 2010, p. 203 ss., Rz. 8). Voir aussi LEUTHOLD, Die revidierte VöB – ein Kurzkomentar, in: BR/DC 2/2010, ch. marg. 27-30: selon cet auteur, un marché

La complexité peut résider dans la nature du marché ou dans les caractéristiques juridiques, ou être la conséquence de la solution de financement retenue (notamment pour les partenariats public-privé). La complexité d'un marché peut aussi venir de spécificités techniques pointues, d'un besoin de coordination accru avec des prestations de tiers ou de la nécessité pour les soumissionnaires d'élaborer une procédure méthodologique.⁷

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

Indépendance entre complexité et manque de connaissances

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

Exemples de prestations complexes

- activités de conseil portant sur la manière de procéder dans des domaines dans lesquels il n'existe pas de processus standardisés;
- projets interdisciplinaires sortant du cadre des activités habituelles;
- projets mettant à contribution de nombreuses personnes et impliquant donc un important travail de coordination;
- prestations s'inscrivant dans un contexte technique complexe;
- applications informatiques intégrant une multitude de solutions spécifiques interconnectées;
- planification stratégique;
- études préliminaires complexes.

3.3.2 Prestations intellectuelles

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

Définition

Les marchés portant sur des prestations intellectuelles sont des marchés dans le cadre desquels ces prestations prennent le pas sur le résultat matériel⁸ et ne constituent pas des prestations standard.

On parle de prestations intellectuelles lorsqu'un degré élevé de créativité est requis. Par contraste, les tâches routinières ne sont pas des prestations intellec-

Distinction entre tâches routinières et tâches sollicitant la créativité

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.

⁷ Message concernant la LMP, p. 1779; USIC, publication n° 8 «Neue Entwicklungen im Vergabewesen», rapport sur les questions de la «Quality Based Selection», de la méthode des deux enveloppes et du dialogue au sens de l'art. 26a OMP (ci-après «Rapport de l'USIC»), p. 11 s.

⁸ BEYELER, op. cit., p. 110.

tuelles. Le fait que les prestations relèvent d'un mandat ou d'un contrat d'entreprise est sans importance, tout comme le fait que le marché porte sur des prestations intellectuelles incluant des tâches routinières (telles que des travaux de documentation, de dessin ou de secrétariat) en plus du travail créatif.⁹

Voici des exemples de prestations intellectuelles:

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

Exemples de prestations intellectuelles

3.3.3 Prestations innovantes

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

Définition

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

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

Distinction par rapport aux prestations intellectuelles

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

Exemples de prestations innovantes

⁹ Rapport de l'usuc, p. 12.

Voici des exemples de prestations innovantes:

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

3.3.4 Évaluation de la satisfaction des conditions préalables

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

Pouvoir d'appréciation

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

Recours contre l'appel d'offres

3.4 Choix du type de procédure

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

3.5 Préparation de l'appel d'offres

3.5.1 Cadre de la procédure

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

Annonce du dialogue

Si, dans le cadre de la procédure ouverte, le service d'achat prévoit de n'inviter qu'une partie des soumissionnaires au dialogue suite à la remise des offres (provisaires), il doit le préciser dans l'appel d'offres ou dans les documents d'appel d'offres. Le cas échéant, il doit également indiquer les critères à l'aune desquels

Critères de sélection des participants au dialogue

les soumissionnaires seront sélectionnés. Dans la procédure sélective, la sélection peut s'appuyer sur les critères d'aptitude pondérés. Dans les autres cas de figure, elle repose sur les critères d'adjudication. Ces critères ont donc une double fonction lors du dialogue, puisqu'ils servent à la fois à sélectionner les participants au dialogue et à désigner l'adjudicataire. Il y a lieu de tenir compte de cet aspect lors du choix des critères d'adjudication (voir également le ch. 3.5.3 ci-dessous).

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

Description de la prestation

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

Indication des paramètres à respecter obligatoirement

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

Dispositions relatives à l'utilisation des résultats du dialogue

3.5.2 Critères d'aptitude

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

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

3.5.3 Critères d'adjudication

Lors d'une procédure d'adjudication avec dialogue, il faut, à l'instar des autres procédures, indiquer les critères d'adjudication dans l'appel d'offres ou, à tout le

Absence d'indications concernant la pondération

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

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

Indication de l'ordre de priorité des critères

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

Double fonction des critères d'adjudication

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

Exemples de critères de sélection des participants au dialogue

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

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

3.5.4 Publication de l'appel d'offres

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

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

Le principe de transparence est, selon les accords internationaux et les législations nationale et cantonales, un principe fondamental à respecter dans les procédures d'adjudication. Du point de vue des soumissionnaires, il s'agit d'un principe d'équité qui signifie le droit d'être informé de tous les points déterminants pour l'évaluation des offres. Cette information est la condition pour que les soumissionnaires puissent établir une offre répondant au mieux aux attentes et pour

garantir la comparabilité des offres. Elle doit également tenir à cœur aux adjudicateurs, étant donné que ceux-ci ont tout intérêt à recevoir des offres répondant au mieux à leurs exigences. Ainsi, il est dans l'intérêt tant des soumissionnaires que de l'adjudicateur que les points déterminants pour l'évaluation des offres soient publiés dans l'appel d'offres.

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

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

- les critères d'adjudication, y compris les sous-critères;
- les preuves à fournir pour qu'on puisse évaluer dans quelle mesure les critères d'adjudication sont remplis;
- la pondération des critères d'adjudication et des sous-critères dans la mesure du possible et pour autant que cet aspect puisse être précisé;
- l'échelle utilisée pour évaluer l'offre sur la base des critères de qualité (méthode d'évaluation);
- la méthode d'évaluation du/des prix proposé(s).

b) Organes de publication et moment de la publication

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

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

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

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

L'adjudicateur fixe les délais de remise des offres ou des demandes de participation en tenant compte de la complexité du marché, du nombre probable de

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

3.6 Autres données fournies par l'adjudicateur

3.6.1 Généralités

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

Dispositions légales

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

Le caractère systématique de l'énumération à l'art. 24 LMP/AIMP laisse toutefois présumer, tout comme le message du Conseil fédéral, qu'il y a lieu de communiquer le plus tôt possible l'intention de conduire un dialogue et, donc, de le faire figurer dans l'appel d'offres ou dans les documents d'appel d'offres.¹⁰

Moment de la publication

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

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

¹⁰ Message concernant la LMP, p. 1779.

3.6.2 Indemnisation: aspects particuliers

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

Prestations des soumissionnaires à rémunérer

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

Moment de la publication

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

Rémunération de l'élaboration des solutions ou procédés proposés

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

Rémunération de la participation au dialogue

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

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

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

3.7 Préqualification (uniquement dans la procédure sélective)

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

3.8 Remise des offres (provisoires)

Les offres (provisoires) présentent une proposition de solution ou de procédé. Elles indiquent également le prix auquel est estimée la mise en œuvre de cette proposition. Ce prix doit être suffisamment transparent pour pouvoir être adapté de manière plausible à l'aune des résultats du dialogue. Cela signifie que les offres (provisoires) doivent contenir les règles de calcul du prix qui permettent au service d'adjudication de comparer les coûts probables des différentes offres (provisoires). 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 des indemnités forfaitaires au moment de la présentation de l'offre définitive, mais cette possibilité doit être mentionnée d'emblée dans l'appel d'offres ou dans les documents d'appel d'offres.

Mention du prix dans les offres déposées

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

Confidentialité

3.9 Sélection des participants au dialogue

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

Aptitude des soumissionnaires

L'adjudicateur sélectionne, parmi les offres (provisoires) présentant les éléments requis, les soumissionnaires avec lesquels il souhaite mener un dialogue. Cette sélection est fondée sur les critères d'adjudication ou, dans le cas de la procédure sélective, sur les critères d'aptitude (art. 24, al. 4, LMP/AIMP). Sont invités au dialogue les soumissionnaires qui sont le mieux évalués sur la base de ces critères. À cet égard, l'art. 6, al. 1, OMP précise que les services d'achat de la Confédération choisissent – si possible – au moins trois soumissionnaires. Pour qu'un concours puisse avoir lieu et que différentes solutions puissent être com-

Choix des soumissionnaires

parées, il convient en effet d'éviter de réduire trop fortement le nombre de participants même si le travail engendré par le dialogue nécessite de poser certaines limites.

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

Développement de chacune des solutions proposées

3.10 Ouverture du dialogue

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

Annonce de l'ouverture du dialogue

Rappelons que la sélection des participants au dialogue dans les procédures ouverte et sélective ne doit pas être confondue avec la préqualification prévue dans la procédure sélective, laquelle constitue dans tous les cas une décision attaquable.¹²

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

Convention régissant le dialogue

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

Les conventions doivent être jointes à l'avis annonçant l'ouverture du dialogue aux soumissionnaires sélectionnés. Afin de respecter l'égalité de traitement entre soumissionnaires, les conventions régissant le dialogue conclues dans le cadre d'une même procédure doivent avoir un contenu identique¹³. L'adjudicateur est

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

¹³ Commentaire de l'OMP 2020, p. 8.

par ailleurs lié par les données qu'il a indiquées dans l'appel d'offres et dans les documents d'appel d'offres (au sujet de l'indemnisation ou de l'utilisation des droits de propriété intellectuelle, notamment).

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

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

Annonce de la suite de la procédure

3.11 Conduite du dialogue

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

Établissement du procès-verbal

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

Dialogue par étapes

3.12 Remise des offres (définitives)

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

Invitation à présenter une offre définitive

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

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

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

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

3.13 Adjudication et conclusion du contrat

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

Adjudication et
conclusion du contrat
