



Berne, le 31 octobre 2018

---

## **Marchés publics. Mesures concernant les prestations de planification**

Rapport du Conseil fédéral  
en réponse au postulat 16.3785 Français du  
29 septembre 2016

---

## Table des matières

<b>1</b>	<b>Introduction.....</b>	<b>3</b>
<b>1.1</b>	<b>Contexte.....</b>	<b>3</b>
<b>1.2</b>	<b>Postulat 16.3785 Français .....</b>	<b>3</b>
<b>1.3</b>	<b>Révision du droit des marchés publics .....</b>	<b>3</b>
<b>1.4</b>	<b>Instruments et mesures prévus par le projet de révision du droit des marchés publics .....</b>	<b>4</b>
<b>2</b>	<b>Réponse aux questions posées .....</b>	<b>6</b>
<b>2.1</b>	<b>Question 1: mesures en vue de la communication des taux horaires .....</b>	<b>6</b>
<b>2.2</b>	<b>Question 2: Méthode à deux enveloppes .....</b>	<b>10</b>
<b>2.3</b>	<b>Question 3: critères d'identification des offres de dumping.....</b>	<b>10</b>
<b>2.4</b>	<b>Question 4: Temps de travail imposé pour les prestations de planification....</b>	<b>11</b>
<b>3</b>	<b>Explications complémentaires concernant les mesures prises lors de l'adjudication de prestations de planification .....</b>	<b>12</b>
<b>3.1</b>	<b>Prix lors de l'adjudication de prestations de planification.....</b>	<b>12</b>
<b>3.2</b>	<b>Adjudication de prestations intellectuelles selon le droit des marchés publics révisé .....</b>	<b>13</b>
<b>3.3</b>	<b>Pondération du prix lors de l'adjudication de prestations intellectuelles.....</b>	<b>14</b>
<b>3.4</b>	<b>Mise en œuvre du droit des marchés publics révisé.....</b>	<b>14</b>
<b>4</b>	<b>Conclusions .....</b>	<b>15</b>

# **1 Introduction**

## **1.1 Contexte**

Le 29 septembre 2016, le conseiller aux États Olivier Français a déposé le postulat 16.3785 «Marchés publics. Mesures concernant les prestations de planification», invitant le Conseil fédéral à présenter les résultats de son examen du niveau des prix lors de l'adjudication de prestations d'ingénierie et de planification et à faire part de ses conclusions dans un rapport.

## **1.2 Postulat 16.3785 Français**

Le Conseil fédéral a proposé d'accepter le postulat 16.3785 Français le 23 novembre 2016. Le postulat a été accepté le 14 décembre 2016 par le Conseil des États, qui a ensuite chargé le Conseil fédéral de rédiger un rapport répondant aux questions suivantes:

1. Quelles mesures le Conseil fédéral devrait-il prendre pour qu'à l'avenir, des réponses puissent être apportées aux questions suivantes:
  - a. à quels taux horaires les services fédéraux attribuent-ils des prestations d'ingénierie et de planification dans les procédures d'appel d'offres publiques?
  - b. à quels taux horaires les entreprises de la Confédération facturent-elles à des tiers leurs prestations d'ingénierie et de planification?
  - c. à quels taux horaires internes les prestations sont-elles comptabilisées en tant que coûts effectifs dans les projets?
2. Comment le Conseil fédéral entend-il, dans le cadre de la révision totale de la loi sur les marchés publics (LMP), recommander la méthode dite à deux enveloppes comme instrument d'acquisition, dès lors que le poids minimal à attribuer au prix est fixé à 20 % par le Tribunal fédéral?
3. L'avant-projet de la LMP prévoit que des prix inhabituellement bas puissent être soumis à un examen de plausibilité. Quels critères objectifs le Conseil fédéral considère-t-il comme appropriés pour identifier suffisamment une offre de dumping?
4. Plutôt que de laisser aux planificateurs le soin d'évaluer eux-mêmes leur temps de travail pour une prestation spécifique, les appels d'offres proposés par les autorités adjudicatrices imposent souvent un nombre d'heures pour les prestations de planification. De l'avis du Conseil fédéral, comment cette pratique est-elle compatible avec l'exigence de la LMP en termes de rentabilité?

Le Conseil fédéral répond à ces questions au chapitre 2 du présent rapport.

Dans son postulat 16.3785, le conseiller aux États Olivier Français reprend un sujet déjà abordé dans son interpellation 16.3493 («Marchés publics. Les prestations de services, mais à quel prix?»), à savoir l'adjudication de prestations d'ingénierie et de planification. Selon l'auteur du postulat, le droit des marchés publics en vigueur ne prend pas assez en considération le marché des prestations intellectuelles. Bien que l'importance de la concurrence dans ce marché demeure incontestée, le prix reste pratiquement le seul critère d'attribution, en particulier pour les prestations d'ingénierie et de planification. Les aspects qualitatifs ne sont pas suffisamment pris en compte dans ces domaines et on ne leur donne pas assez d'importance par rapport à d'autres critères.

## **1.3 Révision du droit des marchés publics**

Le postulat 16.3785 aborde une problématique que les planificateurs et les maîtres d'ouvrage publics

## **Marchés publics. Mesures concernant les prestations de planification**

ont déjà examinée à plusieurs reprises par le passé et dont la solution doit être recherchée dans le domaine des marchés publics.

La loi fédérale sur les marchés publics (LMP) est en cours de révision. Lors de la procédure de consultation relative à cette révision, un certain nombre d'associations économiques et industrielles – notamment constructionsuisse, la Société suisse des entrepreneurs (SSE), la Société suisse des ingénieurs et des architectes (SIA), la Fédération des architectes suisses (FAS), economiesuisse, Infra, Swissmem et l'Union suisse des sociétés d'ingénieurs-conseils (USIC) – ont déploré une prise en compte insuffisante des acquisitions de prestations intellectuelles et l'importance excessive accordée au critère du prix. Les participants à la consultation ont fait valoir que l'acquisition de prestations créatives et artistiques était très différente de celle de prestations et de biens standardisés. Faire du prix le critère d'adjudication déterminant a peu de sens, en particulier dans le domaine des prestations innovantes.

Ayant reconnu la nécessité de prendre des mesures à cet égard, le Conseil fédéral est résolu, dans le cadre de la révision actuelle de la LMP, à créer les instruments et les conditions générales qui permettront la prise en compte des caractéristiques des adjudications de prestations intellectuelles.

Le Conseil national a adopté le projet de révision de la LMP le 13 juin 2018. Le 18 juin 2018, la Commission de l'économie et des redevances du Conseil des États (CER-E) a décidé d'entrer en matière sur le projet, sans formuler de contre-proposition.

### **1.4 Instruments et mesures prévus par le projet de révision du droit des marchés publics**

Lors de ses délibérations, le Conseil national a décidé d'introduire dans la LMP révisée les instruments et les mesures énoncés ci-après afin de tenir compte des préoccupations de l'auteur du postulat.

Les points suivants se réfèrent à la version adoptée par le Conseil national selon sa décision du 13 juin 2018:

#### **Art. 2 P-LMP But**

Cet article, qui définit le but de la LMP révisée, prévoit une utilisation économiquement durable des deniers publics (let. a). Il établit ainsi d'emblée que la nouvelle loi ne vise pas une utilisation purement économique, mais également sensée et durable au niveau économique, des deniers publics. Cette orientation est valable pour l'ensemble des normes et peut avoir un effet positif sur les acquisitions de prestations intellectuelles.

#### **Art. 22 P-LMP Concours d'études, concours portant sur les études et la réalisation et mandats d'étude parallèles**

Les nouvelles dispositions relatives aux concours d'études, aux concours portant sur les études et la réalisation et aux mandats d'étude parallèles autorisent un échange entre les adjudicateurs et les soumissionnaires, qui peuvent ainsi élaborer progressivement les options recherchées et les solutions requises. Leurs échanges et leurs réflexions communes peuvent constituer un élément important en particulier dans le cadre des prestations intellectuelles et contribuer à la définition de solutions avantageuses pour l'ensemble des parties prenantes.

#### **Art. 24 P-LMP Dialogue**

Le dialogue peut constituer un instrument flexible particulièrement approprié lors de l'adjudication de marchés complexes ou relatifs à des prestations innovantes. L'adjudicateur peut ainsi engager avec les soumissionnaires un dialogue visant à concrétiser davantage l'objet du marché ainsi qu'à développer et à fixer les solutions applicables. Cet instrument est désormais inscrit dans la loi et doit être utilisé en particulier dans le cadre de l'acquisition de prestations intellectuelles.

## **Marchés publics. Mesures concernant les prestations de planification**

### **Art. 29 P-LMP Rapport qualité/prix**

Désormais, les critères d'adjudication du prix et de la qualité doivent être mis au même niveau afin de favoriser clairement la concurrence axée sur la qualité. Dans sa nouvelle formulation, la disposition sur les critères d'adjudication prévoit que dans son évaluation des offres, l'adjudicateur prend en considération non seulement le prix, mais aussi la qualité de la prestation. La prise en compte systématique de la qualité de la prestation peut contribuer à contrebalancer la concurrence tarifaire qui a partiellement dominé jusqu'ici.

### **Art. 29 P-LMP Plausibilité de l'offre et fiabilité du prix**

Les autorités adjudicatrices doivent désormais pouvoir évaluer les offres également sur la base de leur crédibilité. Avec le nouveau critère d'adjudication de la «plausibilité de l'offre», l'adjudicateur doit pouvoir déterminer, par exemple, si le temps de travail estimé par les soumissionnaires est plausible ou pas. En outre, il doit désormais également évaluer la fiabilité du prix proposé pour la prestation. La présence d'indices laissant prévoir d'éventuelles insuffisances en matière de délais ou de qualité, ou la tendance du soumissionnaire à se livrer à des spéculations doivent être prises en considération. Les offres qui ne sont pas jugées plausibles à cet égard seront moins bien évaluées que les autres.

### **Art. 29 P-LMP Développement durable**

La LMP révisée accorde une importance accrue au développement durable. L'article énonçant le but de la loi mentionne déjà le développement durable dans ses trois dimensions (économique, écologique et sociale). En tant que critère d'adjudication, le développement durable peut jouer un rôle important dans la concurrence axée sur la qualité. Si des critères relevant du développement durable sont pris en compte dans l'évaluation des offres, les soumissionnaires locaux peuvent se battre à armes égales. En effet, les soumissionnaires suisses font généralement bonne figure dans ce domaine. Une prise en compte accrue du développement durable peut ainsi contribuer au renforcement de la place industrielle suisse.

### **Art. 29 P-LMP Coûts du cycle de vie**

La LMP révisée mentionne explicitement les coûts du cycle de vie dans les critères d'adjudication possibles. Les offres peuvent ainsi être évaluées sur la base non seulement du prix de la prestation, mais aussi des coûts d'exploitation, de démolition et d'élimination. On sait par expérience que les prestations de planification peuvent produire un effet de levier important en contribuant, à long terme, à abaisser le coût global et à augmenter l'utilité d'une acquisition. Les soumissionnaires qui répondent aux critères économiques, écologiques et sociaux pour toute la durée du cycle de vie seront bien évalués. Comme dans le domaine du développement durable, les soumissionnaires suisses se battent ici à armes égales.

### **Art. 38 P-LMP Examen des offres**

Les actes révisés sur les marchés publics prévoient qu'une offre dont le prix semble anormalement bas *doit* être vérifiée. Si des indices laissent penser qu'il s'agit d'une «offre de dumping», l'adjudicateur doit se procurer les informations nécessaires afin de déterminer si les conditions de participation sont respectées et si les exigences auxquelles doit répondre l'appel d'offre ont été comprises. Au cas où le respect de ces conditions n'est pas suffisamment ou pas du tout garanti, la nouvelle législation permet d'exclure les soumissionnaires concernés de la procédure d'adjudication en cours ou de révoquer un marché déjà adjugé. Cette mesure peut contribuer à résoudre la problématique soulevée par l'auteur du postulat.

### **Art. 37 et 38 Méthode des deux enveloppes**

La méthode dite «des deux enveloppes» permet à l'adjudicateur d'évaluer la prestation ou la qualité d'une offre et son prix de manière séparée. Cette méthode renforce la compétitivité axée sur la qualité et peut surtout contribuer à encourager l'acquisition de prestations innovantes. La méthode des deux

## Marchés publics. Mesures concernant les prestations de planification

enveloppes doit être inscrite dans la loi.

### Art. 41 Offre la plus avantageuse

Désormais, le marché sera adjugé au soumissionnaire présentant l'offre «la plus avantageuse» et non au soumissionnaire présentant l'offre «économiquement la plus avantageuse». Suivant la tendance générale de la révision de la LMP, cette nouvelle formulation suggère que le prix de l'offre n'est pas le principal critère d'adjudication et que d'autres critères – notamment les aspects qualitatifs – doivent avoir un poids équivalent. L'offre la plus avantageuse sera en fin de compte celle qui remplit au mieux tous les critères d'adjudication.

## 2 Réponse aux questions posées

### 2.1 Question 1: mesures en vue de la communication des taux horaires

#### Question 1

1. Quelles mesures le Conseil fédéral devrait-il prendre pour, qu'à l'avenir, des réponses puissent être apportées aux questions suivantes:
  - a. à quels taux horaires les services fédéraux attribuent-ils des prestations d'ingénierie et de planification dans les procédures d'appel d'offres publiques?
  - b. à quels taux horaires les entreprises de la Confédération facturent-elles à des tiers leurs prestations d'ingénierie et de planification?
  - c. à quels taux horaires internes les prestations sont-elles comptabilisées en tant que coûts effectifs dans les projets?

Aucune statistique n'est établie concernant les taux horaires mentionnés par l'auteur du postulat. Le présent sous-chapitre du rapport décrit les mesures qu'il conviendrait de prendre pour que ces statistiques puissent désormais être produites.

*Situation requise pour que des réponses puissent être apportées aux questions a, b, et c:*

Un organe central doit être chargé de la saisie des données. Cet organe doit en outre définir les modalités et la périodicité de la collecte des données, ainsi que le volume et la qualité des informations à livrer. Il doit établir les dispositions applicables et soutenir les services fédéraux en cas de questions ou si les processus y relatifs sont amenés à évoluer.

Les autorités adjudicatrices doivent être dans l'obligation de procéder à ces enquêtes statistiques et d'en transmettre les résultats à un organe central.

- a. *à quels taux horaires les services fédéraux attribuent-ils des prestations d'ingénierie et de planification dans les procédures d'appel d'offres publiques?*

Les taux horaires des prestations d'ingénierie et de planification attribuées par les services fédéraux dans le cadre des quatre procédures d'adjudication doivent être saisis ou collectés conformément aux règlements SIA 102, SIA 103, SIA 105, SIA 106, SIA 108 et SIA 110. En fonction du type d'adjudication, les données suivantes peuvent également être saisies ou collectées:

- Si les honoraires sont calculés d'après le coût de l'ouvrage:
  - taux horaire proposé conformément à l'art. 7 du règlement SIA pour la profession concernée

## Marchés publics. Mesures concernant les prestations de planification

- Si les honoraires sont calculés d'après le temps employé effectif:  
taux horaires fixés pour différentes catégories (A, B, C, D, E, F, G – catégories définies par la SIA) ou taux horaire moyen

Remarque: les taux horaires des prestations d'ingénierie et de planification ne peuvent être calculés en cas d'adjudication de marchés prévoyant des prix forfaitaires ou des prix globaux.

La saisie ou la collecte des taux horaires peut se faire selon les deux approches détaillées ci-dessous.

### Approche 1:

Relevé des taux horaires pour les prestations d'ingénierie et de planification par l'Office fédéral de la statistique (OFS)	
Marche à suivre	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Relevé statistique (développement et définition du volume et de la qualité des données à collecter, masque de saisie et banque de données)</li> <li>• Gestion, traitement et évaluation des données</li> <li>• Suivi technique par la KBOB<sup>1</sup> (ou autre)</li> </ul>
Calendrier	<ul style="list-style-type: none"> <li>• 2 ans jusqu'à ce que des résultats soient disponibles (hypothèse: 6 mois pour le mandat et la préparation, 1 an pour la collecte des données et 3 mois pour l'évaluation et le traitement des données)</li> </ul>
Coûts	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Financement initial: de 250 000 à 500 000 francs</li> <li>• Collecte périodique: de 50 000 à 100 000 francs</li> </ul>
Avantages	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Tous les services d'achat collectent des données (indépendamment de SAP)</li> <li>• OFS en tant que centre de compétence</li> <li>• Possibilité d'intégrer d'autres services d'achat (aux différents échelons fédéraux ou au niveau privé)</li> </ul>
Inconvénients	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Charge supplémentaire pour les services d'achat</li> <li>• Les données ne sont disponibles que périodiquement</li> </ul>

Il est difficile d'évaluer la charge de travail que représenterait la collecte des données pour les services fédéraux qui y seraient soumis. On estime que les responsables de projet devraient assumer la charge administrative supplémentaire suivante (hypothèse): 10 minutes pour la saisie des taux horaires par contrat de mandataire/commande de prestations de mandataire; nombre de contrats de mandataire/commandes de prestations de mandataire de tous les services fédéraux: environ 3500; estimation des coûts supplémentaires cachés: de 50 000 à 100 000 francs par an.

### Approche 2:

Saisie centrale des taux horaires pour les prestations d'ingénierie et de planification via SAP: plusieurs services fédéraux (par ex. OFCL, armasuisse, OFROU, OFT) gèrent leurs contrats de mandataire aujourd'hui déjà au moyen de (différents) modules SAP.	
Marche à suivre	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Développement/mise en œuvre du module SAP en tant qu'interface</li> <li>• Développement/installation de Business Warehouse</li> <li>• Saisie des taux horaires gérés par les services d'achat</li> <li>• Gestion, évaluation et traitement des données</li> </ul>
Calendrier	<ul style="list-style-type: none"> <li>• De 2 ans à 2 ans et demi jusqu'à ce que des résultats soient disponibles (hypothèse: 1 an pour le mandat et la préparation, 1 an pour la collecte des données et 3 mois pour l'évaluation et le traitement des données)</li> </ul>
Coûts informatiques	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Financement initial: de 500 000 à 1 000 000 francs</li> </ul>

<sup>1</sup> Conférence de coordination des services de la construction et des immeubles des maîtres d'ouvrage publics

## Marchés publics. Mesures concernant les prestations de planification

	<ul style="list-style-type: none"><li>Financement courant: de 50 000 à 100 000 francs par an (hypothèse: 10 % du financement initial, ce taux pouvant varier considérablement)</li></ul>
Avantages	<ul style="list-style-type: none"><li>Utilisation/mise en œuvre de systèmes existants</li><li>Peu ou pas de charge supplémentaire pour les services d'achat</li><li>Les données sont disponibles en permanence</li></ul>
Inconvénients	<ul style="list-style-type: none"><li>Seuls les services d'achat disposant de SAP collectent des données (le domaine des EPF ne participerait donc pas à la collecte des données)</li><li>Gestion informatique permanente de Business Warehouse et des modules SAP</li></ul>

Il conviendra d'examiner plus avant quelle approche serait la plus appropriée, notamment au regard de l'utilisation que l'on prévoit de faire des données collectées ou saisies.

*b. à quels taux horaires les entreprises de la Confédération facturent-elles à des tiers leurs prestations d'ingénierie et de planification?*

Les services fédéraux suivants ne facturent pas de prestations d'ingénierie et de planification à des tiers externes:

- l'Office fédéral des constructions et de la logistique (OFCL)
- armasuisse Immobilier
- l'Office fédéral des routes (OFROU)
- l'Office fédéral des transports (OFT)

Les services suivants facturent des prestations d'ingénierie et de planification à des tiers externes:

- les départements de construction des institutions du domaine des EPF (École polytechnique fédérale de Zurich [EPFZ], École polytechnique fédérale de Lausanne [EPFL], Laboratoire fédéral d'essai des matériaux et de recherche [Empa] et Institut fédéral pour l'aménagement, l'épuration et la protection des eaux [Eawag]). Leurs prestations d'ingénierie et de planification, qui sont particulièrement rares, sont facturées à des tiers selon les taux horaires précédemment recommandés par la KBOB.
- les services et départements des institutions du domaine des EPF autres que les départements de construction. Les collaborateurs de ces services et départements (professeurs, chargés de cours, collaborateurs scientifiques, etc.) établissent de nombreuses expertises et offrent des prestations d'une nature semblable à celle des prestations d'ingénierie et de planification. Pour ces prestations, les institutions appliquent elles aussi les taux horaires précédemment recommandés par la KBOB.
- les Chemins de fer fédéraux suisses (CFF) facturent leurs prestations d'ingénierie et de planification à des tiers externes selon leurs propres taux horaires (basés sur les anciennes recommandations de la KBOB relatives aux honoraires).
- Poste Immobilier facture ses prestations d'ingénierie et de planification à des tiers externes selon ses propres taux horaires.

Les services fédéraux qui ne facturent pas de prestations d'ingénierie et de planification à des tiers externes ne seraient soumis à aucune nouvelle mesure. Les autres services devraient communiquer annuellement leurs taux horaires à l'organe de saisie central, une tâche qui ne devrait pas être très contraignante. Par ailleurs, ces taux horaires étant déjà saisis, les unités organisationnelles n'auraient aucune charge de travail supplémentaire à absorber.



## Marchés publics. Mesures concernant les prestations de planification

### c. à quels taux horaires internes les prestations sont-elles comptabilisées en tant que coûts effectifs dans les projets?

Les services fédéraux qui ne facturent pas de prestations d'ingénierie et de planification à des tiers externes (cf. question 1b) ne comptabilisent également pas de prestations en interne. Il n'y aurait donc pas de mesures à prendre à cet égard.

Les services qui facturent leurs prestations d'ingénierie et de planification à des tiers externe (cf. question 1b) facturent leurs prestations en interne soit selon le modèle tarifaire basé sur les coûts complets (institutions du domaine des EPF), soit au prix coûtant (CFF et Poste Immobilier). Ces unités organisationnelles devraient communiquer annuellement à l'organe de saisie central les taux horaires comptabilisés en interne. Ceux-ci étant déjà connus, les unités n'auraient aucune charge de travail supplémentaire à absorber.

Certaines données chiffrées sont nécessaires pour le pilotage des acquisitions. La nécessité de collecter des données chiffrées concernant l'adjudication des prestations d'ingénierie et de planification et, le cas échéant, lesquelles dépend de l'utilité et des coûts d'une telle collecte. Le Conseil fédéral estime que cette question devrait être tranchée dans le cadre des travaux préparatoires en vue de la mise en œuvre du droit révisé des marchés publics, et ce en raison des considérations suivantes:

- Le nouveau droit des marchés publics et les nouvelles pratiques d'adjudication devraient changer la donne:
  - Comme le montre le présent rapport, la LMP révisée prévoit des instruments efficaces afin de tenir dûment compte des spécificités de l'adjudication des prestations intellectuelles lors de la mise en œuvre.
  - Lorsqu'ils seront utilisés pour les acquisitions, le Conseil fédéral s'attend à ce que les conséquences problématiques décrites par l'auteur du postulat disparaissent lors de l'adjudication de prestations d'ingénierie et de planification, ou du moins à ce qu'elles diminuent fortement.
  - S'il y a lieu de collecter des données chiffrées pertinentes pour vérifier si une trop grande importance est encore accordée au prix, il serait judicieux que cela n'ait lieu qu'à compter de l'application du droit des marchés publics révisé.
- Problématique complexe, effort considérable:
  - La relation entre les honoraires demandés pour une prestation d'ingénierie ou de planification et la qualité de cette prestation n'est pas facile à relever.
  - L'expérience montre que de très bonnes prestations sont fournies pour des honoraires modiques, mais que, parfois des honoraires élevés sont demandés pour de mauvaises prestations.
  - C'est la raison pour laquelle il faudrait créer un système de collecte qui permette d'établir la relation entre le niveau des honoraires et la qualité de la prestation.
  - L'effort lié à la préparation du système de collecte et à la collecte des données chiffrées proprement dite est considérable.
- Pilotage global des marchés publics:
  - Eu égard à la mise en œuvre de la LMP révisée, le pilotage stratégique des marchés publics gagne également en importance.
  - Ces travaux permettront d'apporter une réponse à la question de savoir quels chiffres devront être systématiquement collectés lors de l'adjudication de marchés publics à l'avenir.
  - Quant aux données chiffrées concernant l'adjudication des prestations d'ingénierie et de planification qu'il faudrait collecter, le cas échéant, cette question devrait être tranchée dans ce cadre global.

## **2.2 Question 2: Méthode à deux enveloppes**

### Question 2

Comment le Conseil fédéral entend-il, dans le cadre de la révision totale de la loi sur les marchés publics (LMP), recommander la méthode dite «à deux enveloppes» comme instrument d'acquisition, dès lors que le poids minimal à attribuer au prix est fixé à 20 % par le Tribunal fédéral?

L'organisation faîtière des maîtres d'ouvrage publics, la KBOB, et l'organisation nationale de la construction, constructionsuisse, ont constitué un groupe de travail commun baptisé «Pondération du prix et de la qualité lors des adjudications» dès 2016. Ce groupe de travail a réfléchi à ce qui pourrait contribuer à l'optimisation des procédures d'adjudication axées sur la qualité, ainsi qu'aux modèles d'adjudication susceptibles de promouvoir la concurrence par les prestations. Le recours à la méthode à deux enveloppes a notamment été évalué dans le cadre de projets pilotes.

Les délibérations parlementaires sur la révision de la LMP prévoient d'inscrire la méthode à deux enveloppes dans la LMP (art. 37, al. 3, et 38, al. 4, P-LMP).

Avec la méthode à deux enveloppes, les autorités adjudicatrices peuvent exiger, dans les documents d'appel d'offres, que les soumissionnaires déposent deux enveloppes séparées, l'une contenant la solution (technique) et l'autre contenant le prix. Ils peuvent également préciser que l'enveloppe contenant le prix ne sera ouverte et prise en considération qu'après l'évaluation de l'enveloppe contenant la solution.

La jurisprudence actuelle fixe la pondération minimale du prix à 20 %. Selon le droit révisé, le prix ne pourra pas non plus être totalement écarté lors de l'évaluation des offres et devra être pris en compte comme critère d'adjudication. L'exclusion d'une offre sur la seule base de l'évaluation de la solution technique proposée (c'est-à-dire sans ouvrir l'enveloppe contenant le prix) serait donc illicite. La réglementation décidée par le Conseil national, qui prévoit d'abord l'ouverture des enveloppes contenant les solutions techniques puis, dans un deuxième temps, l'ouverture des enveloppes contenant les prix, est conforme aux prescriptions concernant la pondération minimale du prix.

La méthode à deux enveloppes permet ainsi d'évaluer les aspects qualitatifs d'une prestation indépendamment de son prix. En particulier lors de l'acquisition de prestations intellectuelles, cette méthode peut être un instrument adapté pour promouvoir la concurrence par la qualité, au détriment de celle reposant uniquement sur les prix. Les prestations innovantes ont également plus de chances d'aboutir.

Finalement, la question de savoir s'il y a lieu de recourir à la méthode à deux enveloppes dans les procédures d'adjudication concrètes reste une question d'exécution. L'adjudicateur doit examiner au cas par cas les conditions générales spécifiques et la situation concrète du marché afin de décider des modalités de la procédure d'adjudication.

## **2.3 Question 3: critères d'identification des offres de dumping**

### Question 3

L'avant-projet de la LMP prévoit que des prix inhabituellement bas puissent être soumis à un examen de plausibilité. Quels critères objectifs le Conseil fédéral considère-t-il comme appropriés pour identifier suffisamment une offre de dumping?

En principe, les offres bon marché ne sont pas d'emblée irrecevables. Les autorités adjudicatrices ne peuvent pas exclure une offre de la procédure, du moins pas d'office, même en cas d'écarts de prix significatifs. Ce serait contraire aux principes d'égalité de traitement, de promotion de la concurrence et d'efficacité de l'action administrative inscrits dans le droit des marchés publics et dans la Constitution.

## Marchés publics. Mesures concernant les prestations de planification

En cas d'offre inhabituellement basse, l'autorité adjudicatrice procède, *dans son propre intérêt* et en vue du bon déroulement des prestations, à des vérifications supplémentaires pour voir si le soumissionnaire concerné remplit les conditions de participation ou du marché et s'il a compris les exigences liées à l'appel d'offres. Il est prévu d'inscrire ce principe dans la loi et de le rendre obligatoire (art. 38, al. 3, P-LMP). À cette fin, l'adjudicateur s'assure que le soumissionnaire respecte les conditions de participation et qu'il a bien compris les modalités d'exécution du marché ou qu'il peut garantir l'exécution des prestations conformément au contrat. La situation concrète du marché est toujours déterminante.

Si, lors de l'évaluation de l'offre, des indices suffisants laissent penser

- que par exemple la qualité exigée n'est pas garantie,
- qu'en raison du prix très bas de l'offre, des coûts subséquents seront engendrés
- ou, de façon générale, que le soumissionnaire ne peut garantir le respect des exigences, ou bien pas de manière convaincante, et si les doutes éventuels concernant la bonne exécution du marché ne sont pas levés, alors l'adjudicateur envisagera:
  - d'exclure le soumissionnaire de la procédure d'adjudication;
  - de le radier d'une liste;
  - ou de révoquer une adjudication déjà attribuée (art. 44, al. 2, let. c, P-LMP).

En effet, les offres déloyales au sens de la loi fédérale contre la concurrence déloyale (LCD) sont interdites. Une offre est dite déloyale lorsqu'une entreprise couvre la différence par rapport au prix coûtant en recourant à des moyens illégaux, par exemple en enfreignant des conventions collectives de travail ou en utilisant les économies réalisées par soustraction d'impôt.

Selon le droit des marchés publics, les critères suivants peuvent indiquer une offre de dumping:

- une offre d'un soumissionnaire qui est anormalement basse par rapport aux autres offres;
- le soumissionnaire ne prouve pas qu'il respecte les conditions de participation ou du marché;
- des indices suffisants laissent penser que, avec le prix proposé, le soumissionnaire n'est pas réellement en mesure d'exécuter les prestations faisant l'objet du marché à adjuger conformément au contrat;
- l'évaluation des critères d'adjudication «plausibilité de l'offre» ou «fiabilité du prix» est négative et révèle des indices fondés qui laissent par exemple penser que la qualité ou les délais ne pourront être respectés.

La nature et la définition des critères selon lesquels les autorités adjudicatrices doivent procéder à une vérification en cas d'offre anormalement basse feront l'objet de nouveaux travaux, notamment dans le cadre du groupe de travail commun de la KBOB et de constructionsuisse («Pondération du prix et de la qualité lors des adjudications»).

### 2.4 Question 4: Temps de travail imposé pour les prestations de planification

#### Question 4

Plutôt que de laisser aux planificateurs le soin d'évaluer eux-mêmes leur temps de travail pour une prestation spécifique, les appels d'offres proposés par les autorités adjudicatrices imposent souvent un nombre d'heures pour les prestations de planification. De l'avis du Conseil fédéral, comment cette pratique est-elle compatible avec l'exigence de la LMP en termes de rentabilité?

Le temps de travail est évalué par l'adjudicateur en interne selon le projet d'acquisition.

C'est au final le type et la complexité de la prestation à réaliser qui déterminent si l'adjudicateur fixera ou non dans la procédure d'adjudication le temps de travail nécessaire.

## **Marchés publics. Mesures concernant les prestations de planification**

Il est donc parfois judicieux de fixer le temps de travail, par exemple pour les projets complexes d'assainissement d'infrastructures:

- L'adjudicateur peut, grâce aux valeurs empiriques dont il dispose et à sa compréhension des exigences et des conditions générales spécifiques du projet, estimer le temps de travail nécessaire de manière objective et le fixer en tenant compte de l'ensemble des conditions déterminantes pour la procédure d'adjudication concrète.
- L'imposition du temps de travail permet aussi à l'adjudicateur de tenir compte des principes d'égalité des chances et d'égalité de traitement à l'égard des soumissionnaires. En outre, cela facilite la comparaison des offres déposées. Par conséquent, il est dans l'intérêt des deux parties que l'adjudicateur puisse imposer le temps de travail, car cela concourt à la bonne utilisation économique des deniers publics.

Du moment que rien ne l'impose et si cela est judicieux, le temps de travail n'est pas imposé dans l'appel d'offres, et le soumissionnaire doit l'inclure dans son offre:

- En particulier pour les projets qui recèlent un fort potentiel d'innovation, les soumissionnaires devraient être les mieux à même d'évaluer le temps de travail.
- Comme l'explique l'auteur du postulat, il est de la responsabilité du soumissionnaire d'indiquer, sur la base du descriptif des prestations à réaliser, qu'il est qualifié pour réaliser les prestations et le nombre d'heures prévues. L'expérience et la formation sont deux paramètres qui ont une influence non négligeable sur l'aspect quantitatif et qualitatif de l'offre.

Le groupe de travail «Pondération du prix et de la qualité lors des adjudications» de la KBOB et de constructionsuisse se penche également sur la thématique «Adjudication sans heures de travail imposées» et fait mener et analyser des projets pilotes dans lesquels les heures de travail sont estimées par le soumissionnaire. Dans ces projets pilotes, l'examen de la plausibilité des offres fait partie de la solution: le soumissionnaire doit inclure les heures nécessaires dans son offre et l'autorité adjudicatrice, valider la plausibilité des heures proposées à l'aide d'un critère d'adjudication supplémentaire. Cette façon de procéder a déjà abouti pour un appel d'offres et est actuellement utilisée dans d'autres projets pilotes.

## **3 Explications complémentaires concernant les mesures prises lors de l'adjudication de prestations de planification**

### **3.1 Prix lors de l'adjudication de prestations de planification**

Le postulat 16.3785 critique le fait que, d'une manière générale, le critère du prix soit trop fortement pondéré lors de l'adjudication des prestations intellectuelles.

Le Conseil fédéral comprend les préoccupations de l'auteur du postulat et s'est déjà prononcé à ce sujet dans sa réponse à l'interpellation Français 16.3493. Néanmoins, le Conseil fédéral souhaite souligner une nouvelle fois que les conditions d'une concurrence efficace doivent être garanties, y compris lors de l'adjudication de prestations intellectuelles. En effet, les pouvoirs publics doivent faire un emploi efficace et économe de leurs fonds.<sup>2</sup> Or, quand les entreprises d'ingénierie et de planification se livrent mutuellement à une sous-enchère excessive pour remporter des adjudications publiques, cela entraîne,

---

<sup>2</sup> Cf. loi sur les finances de la Confédération (LFC; RS 611.0).

## **Marchés publics. Mesures concernant les prestations de planification**

à long terme, des conséquences négatives pour toutes les parties concernées:

- de faibles honoraires ou une baisse excessive des prix risquent d'inciter les soumissionnaires à réduire leur prestation;
- les exigences de qualité pourraient alors ne plus être respectées;
- des offres à prix cassé peuvent parfois engendrer des coûts subséquents élevés;
- à l'avenir, cela pourrait faire diminuer le nombre d'experts qualifiés dans le secteur de la planification;
- les frais engagés par les maîtres d'ouvrage publics pour vérifier l'exécution des prestations augmentent.

Le Conseil fédéral considère qu'il est également dans l'intérêt des pouvoirs publics de prendre davantage en considération les spécificités des adjudications de prestations intellectuelles. Dans la pratique, les prestations qui nécessitent des compétences intellectuelles et une capacité d'innovation (notamment les prestations d'ingénierie et de planification, mais aussi les prestations de stratégie informatique et de conception, par ex.) peuvent avoir un effet de levier important. Les investissements dans la préparation et la planification de ces projets se révèlent en général payants. Dans une perspective à long terme, les investissements dans ces projets peuvent permettre d'en réduire les coûts totaux et d'en accroître les bénéfices. Ainsi, une phase de conception et de planification durable peut avoir une incidence positive sur le projet dans son ensemble, de même que sur sa réalisation ou son exploitation. Les adjudications de prestations intellectuelles devraient continuer de gagner en importance.

Dans le cadre de la révision de la LMP, le Conseil fédéral a accordé une importance particulière à ces considérations. Il est enclin à poursuivre l'amélioration des conditions générales afin de promouvoir les procédures d'adjudication qui sont axées sur la qualité et pertinentes sur le plan économique.

Par le passé, le groupe «Pondération du prix et de la qualité lors des adjudications», composé de représentants de la KBOB et de constructionsuisse, a été constitué afin d'examiner comment les autorités adjudicatrices pourraient contribuer à l'optimisation des procédures d'adjudication axées sur la qualité, et afin d'identifier les modèles d'adjudication susceptibles de renforcer la concurrence par les prestations plutôt que celle par les prix. Les enseignements tirés de ces travaux ont pu être intégrés aux travaux de révision, qui se déroulent en parallèle.

Précisément dans la perspective de la mise en œuvre du droit des marchés publics révisé, le groupe de travail continuera de se consacrer à la thématique des procédures d'adjudication axées sur la qualité. Pour ce faire, le groupe prévoit notamment de soutenir des projets pilotes pertinents et d'affiner les critères de plausibilité des offres.

### **3.2 Adjudication de prestations intellectuelles selon le droit des marchés publics révisé**

Comme cela est présenté au chapitre 1.3, la révision de la LMP prévoit la création d'instruments permettant d'inclure, outre des aspects économiques, un nombre croissant d'autres facteurs d'égale importance dans les procédures d'adjudication. Par rapport à la législation actuelle, le droit des marchés publics révisé traite spécifiquement des particularités des adjudications de prestations intellectuelles. Dans l'ensemble, les nouveautés favorisent nettement la concurrence par la qualité. Le droit révisé des marchés publics met notamment les moyens suivants à disposition:

- Renforcement général des aspects qualitatifs; en particulier, la qualité et le prix sont appelés à devenir des critères d'adjudication de même niveau (art. 29 P-LMP)
- Le dialogue devient explicitement un instrument d'acquisition légal pour les prestations intellectuelles (art. 24 P-LMP)
- Examen de la plausibilité des offres (art. 29 P-LMP)

## Marchés publics. Mesures concernant les prestations de planification

- Prise en considération des coûts du cycle de vie (art. 29 P-LMP)
- Examen obligatoire des offres anormalement basse avec possibilité d'exclusion (art. 38 P-LMP)
- Renforcement des aspects ayant trait à la durabilité, une opportunité pour le secteur national de la planification (art. 29 P-LMP)
- Introduction de la méthode à deux enveloppes au niveau légal (art. 37 et 38 P-LMP)
- L'offre «la plus avantageuse» obtient l'adjudication à la place de l'offre «économiquement la plus avantageuse» (art. 41 P-LMP)
- Nouvelles dispositions relatives aux concours d'études, aux concours portant sur les études et la réalisation et aux mandats d'étude parallèles (art. 22 P-LMP)

Les nouvelles réglementations et les nouveaux instruments ne sont pas uniquement destinés aux marchés publics dans le secteur de la construction, mais aussi dans d'autres secteurs (par ex., TIC).

### 3.3 Pondération du prix lors de l'adjudication de prestations intellectuelles

Le Conseil fédéral estime que la qualité doit en principe être pondérée plus fortement que le prix, en particulier lors de l'adjudication de prestations intellectuelles. Selon le droit des marchés publics en vigueur et le droit révisé, le prix peut se voir accorder une importance relative moindre par rapport à celle des autres critères d'adjudication. De l'avis du Conseil fédéral, les mesures prévues par la LMP révisée sont adaptées pour contrer la concurrence par les prix. La nouvelle orientation du droit des marchés publics permet notamment de pondérer plus fortement des critères qualitatifs, la capacité d'innovation ou la durabilité de la prestation, ce qui est particulièrement pertinent pour l'adjudication de prestations intellectuelles.

Selon la LMP révisée, le critère du prix ne peut pas non plus être totalement écarté; il doit toujours être pris en compte lors de l'évaluation des offres. Sinon, le principe fondamental selon lequel l'argent public doit être dépensé de manière efficace et rentable perdrait tout son sens. En vertu de la jurisprudence actuelle du Tribunal fédéral, la pondération du prix ne peut être inférieure à 20 %.

### 3.4 Mise en œuvre du droit des marchés publics révisé

Le Conseil fédéral considère que la solution à la problématique posée ne doit pas uniquement être recherchée dans la législation, mais aussi et surtout dans l'*application* du droit des marchés publics.

En principe, le cadre juridique actuel offre déjà la possibilité de prendre en compte les caractéristiques des prestations intellectuelles ou de pondérer ces aspects de manière adéquate lors des procédures d'adjudication. Par conséquent, l'existence de la concurrence par la qualité n'est pas seulement une question juridique, mais également une question d'exécution: cela dépend de la manière dont les instruments mis à disposition seront concrètement utilisés.

Jusqu'à présent, les autorités adjudicatrices à tous les niveaux fédéraux pouvaient avoir tendance à pondérer le critère d'adjudication du prix plus fortement qu'elles n'en avaient objectivement le droit. Les autorités adjudicatrices souhaitent parfois atténuer le risque de voir les soumissionnaires écartés déposer un recours. En effet, selon les autorités adjudicatrices, il est moins probable qu'un tribunal remette en question ou annule une décision d'adjudication qui repose sur le critère du prix, plutôt qu'une décision fondée sur la qualité ou le caractère innovant.

Au-delà de la révision des bases légales, cette situation illustre surtout la nécessité de repenser les choses dans la pratique. Outre le changement de paradigme nécessaire du côté des *autorités adjudicatrices et des adjudicateurs*, les nouveautés prévues dans le droit des marchés publics révisé invitent aussi les *soumissionnaires et les associations* à revoir leur approche. D'une part, les soumissionnaires doivent par exemple replacer les aspects ayant trait à la qualité et à la durabilité au centre de leurs

## **Marchés publics. Mesures concernant les prestations de planification**

offres – et ce quels que soient les prestations ou les critères demandés. D'autre part, ils doivent aussi comprendre que, en conséquence de cette nouvelle orientation, un nombre croissant d'adjudications pourraient être attribuées sur la base de critères moins explicites que le prix. La culture de l'adjudication évolue; la culture des soumissionnaires devrait suivre cette évolution.

Le Conseil fédéral souligne que les effets des mesures prises dans le cadre de la révision de la LMP dépendront fortement de leur application dans la pratique. L'accent mis sur certains aspects tels que la qualité et la durabilité doit également produire ses effets au niveau de l'exécution. La mise en œuvre du droit des marchés publics revêtira ainsi la même importance que la procédure législative qui l'a précédée.

La formation initiale et la formation continue joueront un rôle central dans la mise en œuvre et l'exécution du droit révisé. L'offre de formations doit être étoffée par des formations qui traitent spécifiquement des nouveautés de la révision. Dans le cadre de ces formations, il serait par exemple judicieux d'insister sur l'effet de levier important des adjudications de prestations intellectuelles ou de présenter les possibilités existantes pour tenir compte des aspects qualitatifs. Il faut également sensibiliser les personnes concernées aux préoccupations des milieux économiques. Par ailleurs, les soumissionnaires doivent également se former et améliorer leurs compétences en matière de dépôt d'offres dans le domaine des marchés publics.

La mise en œuvre du droit des marchés publics révisé et le développement des pratiques d'adjudication seront préparés et soutenus par des directives, des recommandations ou des documents modèles publiés par l'association des maîtres d'ouvrage publics (KBOB) et la Conférence des achats de la Confédération (CA).

La KBOB et la CA consulteront les milieux économiques et associatifs pour préparer ces travaux.

## **4 Conclusions**

La révision de la LMP ainsi que les travaux subséquents au niveau des ordonnances, des directives et des recommandations prévoient des instruments efficaces permettant de tenir compte de manière adéquate des spécificités de l'adjudication des prestations intellectuelles lors de la mise en œuvre.

En ce qui concerne les préoccupations de l'auteur du postulat, une importance particulière sera accordée à la mise en œuvre et à l'exécution dans la pratique du droit révisé: il incombe à l'adjudicateur compétent pour un projet particulier d'utiliser les instruments prescrits par la LMP de façon pragmatique, selon la situation. C'est le seul moyen de garantir l'utilisation judicieuse et durable des deniers publics.

Pour satisfaire aux exigences du Parlement, les autorités adjudicatrices doivent adopter une culture de l'adjudication appropriée et faire preuve de compétence en matière d'acquisition lors de la mise en œuvre du droit des marchés publics révisé. Les autorités responsables accorderont une attention particulière à ces défis au cours des années à venir.

Le Conseil fédéral estime qu'il serait opportun de répondre, dans le cadre des travaux préparatoires en vue de la mise en œuvre du droit des marchés publics révisé, à la question de savoir s'il y a lieu de collecter des données chiffrées concernant les adjudications de prestations d'ingénierie et de planification, et quelles données collecter.

Le Conseil fédéral suivra avec attention les évolutions dans la pratique. S'il est nécessaire d'agir, il prendra les mesures nécessaires, que ce soit dans le cadre du pilotage stratégique des marchés publics ou en adaptant les dispositions légales.