

Zeitschrift: Ingénieurs et architectes suisses
Band: 126 (2000)
Heft: 09

Vereinsnachrichten

Nutzungsbedingungen

Die ETH-Bibliothek ist die Anbieterin der digitalisierten Zeitschriften. Sie besitzt keine Urheberrechte an den Zeitschriften und ist nicht verantwortlich für deren Inhalte. Die Rechte liegen in der Regel bei den Herausgebern beziehungsweise den externen Rechteinhabern. [Siehe Rechtliche Hinweise.](#)

Conditions d'utilisation

L'ETH Library est le fournisseur des revues numérisées. Elle ne détient aucun droit d'auteur sur les revues et n'est pas responsable de leur contenu. En règle générale, les droits sont détenus par les éditeurs ou les détenteurs de droits externes. [Voir Informations légales.](#)

Terms of use

The ETH Library is the provider of the digitised journals. It does not own any copyrights to the journals and is not responsible for their content. The rights usually lie with the publishers or the external rights holders. [See Legal notice.](#)

Download PDF: 17.03.2025

ETH-Bibliothek Zürich, E-Periodica, <https://www.e-periodica.ch>

Appel d'offres et adjudication de mandats de service, en particulier de mandats d'architecte et d'ingénieur

1. PRESTATIONS DE SERVICE ET DROIT DES MARCHÉS PUBLICS

1.1 Portée et délimitation du sujet

Pour s'acquitter de ses tâches, le secteur public fait - tout comme les privés - appel à des moyens matériels, notamment des constructions, à des fournitures au sens large ou à des prestations de tous ordres, soit des prestations de service. Traditionnellement, le secteur des marchés publics englobe:

- des prestations de construction relevant du bâtiment et du génie civil ou de la réalisation d'édifices préfabriqués, de même que des travaux spéciaux et des installations;
 - la livraison de marchandises telles que véhicules, machines, appareils, biens de consommation et autres;
- s'y ajoutent désormais:
- des prestations de service relevant de l'architecture, de l'urbanisme et de l'aménagement du territoire, du conseil et de la conception techniques ou, encore, de l'informatique.

De nos jours, les pouvoirs publics ont de plus en plus recours au secteur privé pour l'accomplissement de diverses tâches qu'ils «externalisent». Si cette pratique n'est guère nouvelle en ce qui concerne les mandats d'architecture et d'ingénierie - qui n'étaient que rarement exécutés à l'interne, mais la plupart du temps confiés à des bureaux privés -, il en va tout différemment dans d'autres domaines: ainsi, il aurait été difficilement imaginable, il y a quelques années, de ne plus employer directement de personnel d'entretien ou de confier le traitement des données à des mandataires extérieurs.

Aujourd'hui, la situation a donc complètement changé:

- les hôpitaux confient désormais le nettoyage de leurs locaux à des sociétés spécialisées et envisagent même d'externaliser les services non-médicaux (soins, repas, etc.), sans que de telles mesures provoquent la moindre levée de boucliers;
- plus généralement, des pans entiers du service public, comme le ramassage des ordures ou la fourniture d'électricité, sont assurés par des tiers - même s'il est devenu très difficile de donner une définition moderne de la mis-

sion de service public et d'en délimiter les contours avec précision, dans la mesure où il n'existe pratiquement plus de tâches devant impérativement être assurées par la collectivité;

- enfin, divers modèles d'externalisation des charges publiques sont actuellement débattus; il y a, par exemple, la création par un ou plusieurs cantons de sociétés appelées à prendre en charge les activités des services informatiques cantonaux, ou encore le transfert de telles prestations à des tiers (entreprises privées, autres cantons, etc.).

Ces exemples mettent clairement en évidence la plus grande complexité du secteur des services, comparé à la plupart des marchés de construction et de fourniture, pour lesquels des descriptifs de prestations ou des listes d'exigences précis peuvent être établis en vue de l'adjudication, de sorte qu'il est ensuite possible de mesurer toutes les offres à l'aune de critères concrets.

A l'inverse, un grand nombre de services appellent l'établissement d'une relation de confiance particulièrement étroite, tandis que leur coût est impossible à évaluer a priori. Souvent, ni les fondements ni l'objectif du mandat ne sont suffisamment connus (pour faire l'objet d'une définition claire). Enfin, le volume de travail lié à son exécution est constamment susceptible de varier dans d'importantes proportions.

La question de savoir s'il était judicieux de rattacher les prestations de service au droit des marchés publics est ici hors de propos: c'est un état de fait qu'il s'agit d'accepter (tout au moins pour les besoins du présent exposé). Les contrats d'ingénieurs et d'architectes sont donc, par principe, soumis à la nouvelle législation sur les marchés publics et il convient plutôt de se demander quels éléments doivent faire l'objet d'une attention particulière et quelles solutions peuvent être envisagées.

Dans la suite de notre analyse, nous n'aborderons donc pas les services dits «simples», comme les prestations de

¹ George Ganz est avocat à Zurich. Spécialisé en droit administratif, plus particulièrement dans le droit des marchés publics, il est l'un des auteurs de l'Accord intercantonal sur les marchés publics et a publié de nombreuses études sur le sujet. Il siège à la Commission SIA 140 en qualité de représentant des cantons.

nettoyage ou autres, dans la mesure où ils ne posent pas de problème particulier ou, pour être plus exact, relèvent largement de la même problématique que les prestations de construction (installations). Dans ces domaines, où la tâche à exécuter est spécifiée ou facile à définir, un cahier des charges précis et détaillé peut en effet être établi. Autrement dit, dès qu'un mandat - soit le contenu d'une tâche et sa rémunération - peut être clairement déterminé, l'application du droit des marchés publics ne se heurte à aucun problème particulier. Il n'en va pas de même pour les prestations de service réputées complexes.

1.2 Réglementation des services dans le droit des marchés publics

a) Bases légales

Un mandat de prestations est un contrat passé entre un mandant et un mandataire en vue de la réalisation d'une prestation. Ses bases légales reposent sur les textes suivants:

- Art. 1^{er} de l'Accord du GATT/OMC sur les marchés publics (*Government Procurement Agreement, GPA*)
- Art. 6, al. 1, lettre c, de l'Accord intercantonal sur les marchés publics (AIMP)
- Loi fédérale sur le marché intérieur (LMI), en particulier son art. 5
- Art. 1^{er}, al. 1, lettre a, et art. 5, al. 1, lettre a, de la Loi fédérale sur les marchés publics (LMP); art. 1^{er}, 3 et 4 de l'Ordonnance sur les marchés publics (OMP)
- Lois cantonales

b) Délimitation

Si le marché consiste en une livraison ou un mandat de construction combiné à une prestation de service (par exemple l'achat et l'installation de matériel informatique, le remplacement d'une centrale de chauffage avec calcul préalable des besoins en chaleur), l'on se référera à la prestation dont la valeur est la plus élevée. La livraison d'un ordinateur personnel assorti d'un logiciel technique et de gestion puissant et individualisé sera ainsi qualifiée de prestation de service.

c) Contrats d'ingénierie et d'architecture

Le contrat d'ingénieur et d'architecte est, par principe, un mandat de prestations. Il est donc clairement soumis aux dispositions de l'Accord GATT/OMC et à la législation suisse sur les marchés publics. Or ce type de contrats pose des problèmes particuliers dans ce contexte, où il n'existe aucune réglementation spéciale et où s'appliquent avant tout les dispositions générales.

Contrairement à la législation fédérale (OMP), l'AIMP ne réglemente pas, entre autres, les concours d'étude et ceux portant sur les études et la réalisation. Lors de sa rédaction, les cantons avaient en effet estimé que ces deux formes de concours étaient suffisamment codifiées par les normes et standards en vigueur.

Or les règlements correspondants édictés par l'institution compétente en la matière, soit la Société suisse des ingénieurs et des architectes, ont été abrogés pour être remaniés

peu après l'entrée en vigueur des nouvelles dispositions légales. Aujourd'hui, le règlement SIA 142 a intégré la nouvelle donne et les modalités particulières qui en découlent. Ainsi, son art. 28.12 précise-t-il à juste titre que seuls les tribunaux compétents (en principe le tribunal administratif et la Commission fédérale de recours en matière de marchés publics) et non la Commission SIA peuvent connaître des griefs émis dans le cadre de concours organisés par un mandant public. Cela étant, le déroulement «technique» de la procédure peut sans autre s'appuyer sur le règlement SIA 142, qui constitue un outil tout à fait approprié.

Outre le mandat simple et le concours, plusieurs autres formes de travaux ne sont pas mentionnées dans la loi. On peut citer:

- l'étude préliminaire, pour laquelle un ou plusieurs concepteurs ou, le cas échéant, une équipe interdisciplinaire, reçoivent mandat d'établir les bases qui serviront ultérieurement à lancer un concours ou un projet, par exemple sous la forme d'hypothèses de travail, de scénarios ou de prescriptions;
- l'atelier de réflexion («Workshop»), qui, tout comme l'étude préliminaire, vise à élaborer des principes de développement, d'ordre stratégique ou conceptuel, en amont d'une réalisation concrète;
- le concours sur esquisses, comme étape préliminaire d'un mandat (et aide pour le mandant, qui se voit ainsi proposer une concrétisation de ses desiderata). Le concours sur esquisses est un concours d'idées pour lequel il convient de respecter les dispositions applicables à ce type de concours (droit d'auteur, absence de prétention quant à la poursuite des études ou l'octroi d'un mandat, etc.).

Restent les contrats d'entreprise générale et totale, qui ne seront pas traités ici.

2. Particularités du contrat d'ingénieur et d'architecte

Même les ouvrages les plus modestes appellent de nombreuses tâches de conception, de planification et de contrôle, qui sont généralement confiées à un spécialiste: l'architecte ou l'ingénieur.

La tâche première de l'architecte ou de l'ingénieur de projet consiste, d'entente avec son maître de l'ouvrage, à transformer les représentations de celui-ci en un projet prêt à être exécuté - en d'autres termes à en assurer la conception. Le maître de l'ouvrage peut arriver avec une image très précise de ce qu'il veut ou, au contraire, n'en avoir qu'une assez vague idée. Dans ce deuxième cas notamment, il sera particulièrement difficile d'évaluer le volume de travail nécessaire.

Tout aussi importante, la deuxième mission de l'ingénieur ou de l'architecte est toutefois plus facile à apprécier en ce qui concerne l'importance des études et leur contenu: il s'agit de la conception de détail, de la direction des travaux, puis du décompte.

Là encore, une marge d'incertitude demeure cependant quant au déroulement exact des travaux et au volume des prestations. Les frais supplémentaires découlant de problèmes de réalisation, de compléments, de changements

indispensables ou de tout autre imprévu ne peuvent être calculés, tout au plus grossièrement estimés: il s'agit des débours liés à l'information du maître de l'ouvrage et de tiers (dans le cas de projets sujets à contestation politique), à la consultation de tiers, à des procès.

De même, certaines données techniques ne sont souvent pas suffisamment connues au moment de l'appel d'offres, de sorte qu'il est impossible d'en calculer les coûts. Selon les situations, l'aménagement du terrain à bâtir peut notamment être à l'origine de surcoûts considérables.

Il est caractéristique que le travail du concepteur et de l'architecte englobe un éventail d'activités très large, de l'analyse du problème ou de la mission, au décompte final et à la remise de la garantie, en passant par la conception de la solution adéquate. Ces activités sont marquées du sceau de la confiance du maître de l'ouvrage envers l'ingénieur et l'architecte et, en contrepartie, de la loyauté et de l'engagement de ces derniers à servir les intérêts de leur mandant. Ainsi, contrairement aux contrats de livraison ou de fabrication, c'est l'humain et non l'objet qui est ici au premier plan. Enfin, il ne faut pas oublier qu'outre un travail de qualité, on attend en particulier d'un architecte, mais aussi d'autres concepteurs, qu'ils fournissent des idées. Or cela soulève encore d'autres questions, notamment celle de la protection de la propriété intellectuelle - pour ne citer que cet exemple.

Il est dès lors extrêmement difficile de décrire un mandat de manière à que les offres qui en découlent s'avèrent comparables et puissent donc être confrontées en toute transparence. On objectera peut-être que le concours constitue justement une réponse efficace à ce problème. C'est le cas, mais cette forme de compétition ne représente pas toujours la meilleure solution, en particulier pour les travaux d'ingénieur, car le concours engage souvent le mandant pour une assez longue période, ce qu'il souhaite généralement éviter.

Cela étant, si la décision d'organiser un concours d'étude ou un concours portant sur les études et la réalisation est néanmoins prise, des documents et des instruments de travail tout à fait valables sont aujourd'hui disponibles. On peut citer le règlement SIA 142, les articles 40 à 57 de l'Ordonnance sur les marchés publics, les directives de l'Association suisse des ingénieurs en transport (SVI) sur les concours dans les domaines de la planification des transports et des routes, ainsi que les commentaires qui ont été publiés sur ces sujets, même s'ils sont encore peu nombreux.

Une grande incertitude règne en revanche sur la manière dont il s'agit de réglementer les autres formes de contrats d'architecture et de conception. Comment faut-il lancer un concours sur esquisses? Qu'en est-il du mandat d'étude, de la préparation de l'appel d'offres, des prestations d'assistance et de conseil du maître de l'ouvrage, de la concrétisation et de l'optimisation de ses idées jusqu'à la proposition de variantes?

3. Quelques ébauches de solutions

Présentées comme bases de discussion, les propositions ci-après ne constituent pas des solutions définitives. C'est à la pratique qu'il reviendra d'en confirmer le bien-fondé.

On peut tout d'abord se réjouir que, loin de s'opposer à la nouvelle donne, les différents groupes professionnels concernés ont pris le relais de la réflexion. La SIA a institué la Commission 140 pour offrir aux ingénieurs et aux architectes un soutien qualifié, tandis que l'Union suisse des ingénieurs conseil (USIC), élabore des propositions et veut mettre sur pied une plate-forme d'échanges et de mise en pratique.

De telles démarches s'imposent en effet, car les expériences qui sont jusqu'ici ressorties de divers séminaires et réunions, ainsi que de l'analyse des arrêts prononcés par les tribunaux aux niveaux cantonal et fédéral ont montré que si la nouvelle législation sur les marchés publics s'applique sans autre, dans ses principes, à l'attribution de mandats d'ingénieur et d'architecte, il est toutefois très difficile, voire impossible, d'établir des règles de procédure précises qui seraient adaptées à la plupart des cas.

Le problème évoqué plus haut (soit l'impossibilité de délimiter clairement le mandat) implique de trouver des types de procédure suffisamment développés pour être appliqués à des cas particuliers. Comme hypothèse de travail, on proposera donc, pour chaque cas de figure, une procédure en deux ou plusieurs étapes.

Ce faisant, il s'agit d'éviter soigneusement tout arbitraire ou dérogation aux dispositions concernant l'adjudication des mandats, dans la mesure où les principes fondamentaux retenus (soit la transparence, la non-discrimination et l'égalité de traitement) sont intangibles et doivent demeurer le fondement et le point de départ des procédures particulières envisagées. Force est cependant de constater que (contrairement à ce qui prévaut pour la plupart des contrats de construction et de livraison), une place et une marge de manœuvre plus importantes doivent être laissées à l'évaluation. Pour les parties au contrat, cela implique confiance et compréhension mutuelle, en vertu d'une situation (par nature difficilement saisissable sur le plan juridique) qui est une caractéristique essentielle du travail d'architecte et d'ingénieur en général et qui n'est d'ailleurs pas propre aux seuls marchés publics.

Il convient en même temps de rappeler qu'outre ses objectifs d'accroissement de la qualité et de libéralisation, le nouveau droit des marchés publics doit assurer le maintien de la marge de manœuvre revenant aux organismes adjudicateurs.

Enfin, les principes de l'économie de marché doivent pouvoir jouer. Aux nouvelles dispositions légales, s'ajoute donc un devoir d'économie (bien qu'il ne faille pas surestimer les possibilités d'économie). Autrement dit, la passation des marchés publics, respectivement l'adjudication de mandats publics est aussi un processus économique. Or comme ce dernier est tout aussi difficile à quantifier, sur un plan mathématique que l'offre la plus avantageuse, il faut là encore faire la part de l'appréciation.

L'ancien droit accordait en fait déjà une large marge discrétionnaire - juridiquement incontrôlable - aux instances adjudicatrices, tandis que les procédures d'attribution sont aujourd'hui assorties de limites, quoique fixées de manière

large. Il en découle un pouvoir d'appréciation accru concédé au mandant, mais dont l'abus est punissable, les attributions arbitraires étant poursuivies (en tout cas sur plainte). Le législateur a notamment voulu réprimer les pratiques liées aux dessous de table et autres manœuvres de corruption. En ce qui concerne l'attribution de mandats d'architecte et d'ingénieur, l'ancien droit ne fixait guère de limites à des procédures et une marge d'appréciation en pratique très libres. Et cette absence de dispositions légales avait déjà engendré des règles de conduite, basées soit sur l'ampleur de la demande pouvant être assurée par les pouvoirs publics, soit sur des conventions. A titre d'exemples, il y a eu les contrats types (qui n'étaient pas à proprement parler des contrats types mais plutôt des formules de contrats) et les bases tarifaires bien connues de la CSFC/DTAP/UVS, qui se sont muées en recommandations depuis quelques années.

Si l'on a jusqu'ici laissé opérer un très large pouvoir discrétionnaire, uniquement limité par des mesures non inscrites dans la loi, on ne voit pas pourquoi l'existence d'un champ d'appréciation ne serait aujourd'hui plus souhaitable. Il faut au contraire défendre une généreuse marge de manœuvre. Cela ne veut pas dire - et nous le répétons - que les instances adjudicatrices peuvent agir de manière arbitraire. Pour séparer clairement l'appréciation de l'arbitraire, nous disposons, tout au moins dans le droit de la construction et en particulier en ce qui concerne la procédure d'octroi des permis de bâtir, d'une doctrine étoffée. Il serait opportun qu'un tel recueil se mette également en place dans le domaine des marchés publics et qu'il émane de la pratique elle-même, plutôt que de l'appel aux tribunaux.

Pour expliquer le fonctionnement d'un système «Procédure de base + suivi *ad hoc*» nous recourons à des exemples et des modèles. Encore une fois, il s'agit-là de propositions et d'ébauches, qui devront être affinées par la pratique et dans le cadre d'échanges concrets avec les principaux intéressés, à savoir les architectes, les ingénieurs et les concepteurs.

Enonciation précise des exigences

Un appel d'offres ne doit pas impérativement être calqué sur le modèle ordinaire et limité à un nombre restreint de points. Il importe bien plus de le concevoir en fonction des exigences propres au mandat à exécuter. Il est ainsi tout à fait imaginable de rédiger un texte décrivant le contenu du projet envisagé. Une telle présentation permet en général au mandataire potentiel de décider très rapidement si son profil correspond à ce qui est recherché et s'il y a matière pour lui à soumettre une offre. De même, on pourra dès le lancement de l'appel (et par souci de rationalisation) écarter des soumissions «inutiles», en mettant expressément en évidence certains critères de qualification «impératifs», se rapportant à des attestations professionnelles particulières, des connaissances spécialisées, etc.

Il va de soi qu'après cette annonce, le dossier d'appel d'offres devra contenir toutes les indications nécessaires (critères de qualification, d'attribution, etc.). Dans le cadre d'une procédure de pré-qualification, par exemple, c'est là

qu'on aura tout avantage à notifier très clairement qu'à côté des critères formels d'usage (compétences, données sur la société, capacités, etc.), la priorité sera accordée à l'entretien de sélection. D'autres précisions peuvent aussi figurer dans le dossier: l'adjudicateur peut par exemple avvertir que le prix ne joue qu'un rôle secondaire, mais que certains tarifs horaires devront être appliqués et qu'un décompte périodique sera exigé. Il en va de même pour la composition d'une équipe de mandataires, qui peut s'avérer primordiale dans les contrats d'architecture et de conception: l'adjudicataire ne sera pas autorisé à remplacer unilatéralement un intervenant (qui présente des qualités et des compétences précisément requises) en cours de mandat (comme cela devrait plutôt rester possible dans d'autres types de contrat).

Ce qui importe en l'occurrence, c'est que le responsable d'un appel d'offres soit toujours à même de justifier l'adoption de mesures qui s'écarteraient de l'ordinaire. On en déduira aisément que des particularités de procédure ne s'appliquent guère et s'avèrent superflues pour des mandats simples ou de faible portée, mais qu'elles se justifient tout à fait dans la perspective d'une collaboration de longue haleine entre le donneur d'ordre et le mandataire, dans le but de trouver ensemble des solutions originales ou inédites. Dans un tel cas, la procédure engagée s'impose à la fois par la nécessité d'établir une relation de confiance particulière et par le fait qu'elle est seule à même de garantir les droits de la propriété intellectuelle.

En d'autres termes, ce qui importe est de pouvoir justifier de manière objective et effective telle ou telle manière d'agir et d'en communiquer dès le départ et avec précision les termes à tous les participants, dans les mêmes conditions. On ne saurait donc favoriser tel ou tel candidat au titre, par exemple, de la préférence nationale, car - encore une fois - pouvoir d'appréciation ne doit pas rimer avec arbitraire.

Ce cadre place évidemment la barre très haut en ce qui concerne les exigences auxquelles les instances adjudicatrices doivent se conformer, et l'une des caractéristiques marquantes de la nouvelle loi sur les marchés publics réside précisément dans la responsabilité élevée, voire très élevée, qui leur incombe. On ne le soulignera jamais assez.

La fin de cet article paraîtra dans le prochain numéro de IAS, le 17 mai. Avant de résumer les principes clés provisoirement formulés par la commission sia 140 et de donner ses conclusions, l'auteur y passe en revue quatre «cas modèles» d'attribution de mandats en fonction de la nature de la mission à effectuer. Il discute les points essentiels à observer, les écueils qui peuvent se présenter et commente notamment un premier jugement administratif rendu à la suite de l'application d'une procédure sélective ayant *in fine* débouché sur un tirage au sort (*Réd.*).