

**LE NOUVEAU DROIT VALAISAN
DES MARCHES PUBLICS
REALITES PRATIQUES**

**Denis Esseiva
Avocat, LL.M.**

L'Etude

Gillon • Perritaz • Esseiva • Overney

www.letude.ch

Janvier 2006

LES BASES LEGALES

- Accord intercantonal sur les marchés publics des 25 novembre 1994 et 15 mars 2001 (AIMP).
- Loi concernant l'adhésion du Canton du Valais à l'Accord intercantonal sur les marchés publics du 8 mai 2003.
- Ordonnance sur les marchés publics du 11 juin 2003 (OCMP).
- Ordonnance concernant la tenue de listes permanentes du 11 juin 2003.

LES TYPES DE PROCEDURES

1. **Procédure avec appel d'offres (procédure ouverte ou procédure sélective):**

- ouverture la plus large possible à la concurrence;
- respect strict de l'ensemble des principes des marchés publics;
- négociations interdites;
- recours possible.

2. **Procédure sur invitation:**

- invitation à au moins 5 entreprises ou mandataires qualifiés;
- nécessité de décrire le marché de manière précise;
- obligation de fixer au préalable des critères d'adjudication;
- négociations interdites;
- recours possible.

3. **Procédure de gré à gré:**

- demande d'offre directe à une entreprise ou à un mandataire;
- pas besoin de descriptif détaillé;
- pas besoin de critères d'adjudication;
- recours exclu si le marché est passé en dessous des valeurs seuils du gré à gré.

4. Procédures de concours ou de mandat d'étude parallèle:

- délégation de l'évaluation à un jury ou à un collège d'experts indépendant et qualifié;
- pas de description détaillée du marché;
- critères d'attribution du marché fondés essentiellement sur les idées;
- plus grande souplesse de la procédure;

Dans un arrêt du 8 septembre 2005, la Commission fédérale de recours a jugé illicite l'adjudication d'un marché complémentaire à l'issue d'un mandat d'étude parallèle.

LES NOUVELLES VALEURS SEUILS

Types de procédure	Fournitures	Services		Construction	
		Type I *	Type II **	Second oeuvre	Gros oeuvre
Procédure de gré à gré	jusqu'à Fr. 25'000	jusqu'à Fr. 25'000	jusqu'à Fr. 50'000	jusqu'à Fr. 25'000	jusqu'à Fr. 50'000
Procédure sur invitation	Fr. 25'000 à Fr. 250'000	Fr. 25'000 à Fr. 250'000	Fr. 50'000 à Fr. 250'000	Fr. 25'000 à Fr. 250'000	Fr. 50'000 à Fr. 500'000
Procédure ouverte/sélective	dès Fr. 250'000	dès Fr. 250'000	dès Fr. 250'000	dès Fr. 250'000	dès Fr. 500'000

Type I = tous les marchés de services à l'exclusion des marchés de type mandats du secteur de la construction.

Type II = les marchés de services de type mandats dans le secteur de la construction, intégrant de la conception, à savoir les marchés d'architectes, d'ingénieurs, d'urbanisme et d'architecture paysagère.

MODE DE CALCUL DES VALEURS SEUILS

GENERALITES

1. Le marché doit être estimé de manière prudente au stade de l'appel d'offres. En cas de doute, on retient la valeur supérieure d'estimation.

2. La TVA n'est pas comprise.
3. Les valeurs seuils varient selon le type de marchés mis en concurrence. A moins que l'on recoure à l'entreprise générale ou à l'entreprise totale, pour déterminer si le seuil est atteint, la valeur du marché doit être calculée séparément par type de marchés, à savoir les marchés de fournitures, de services et de construction. Ainsi, pour un marché de mandataires (de services), on se fonde sur la valeur seuils des marchés de services, sans ajouter encore le montant estimé des travaux de construction.
4. Les règles régissant les valeurs seuils ne doivent pas être contournées en divisant artificiellement le marché. Peuvent toutefois être traités de manière séparée les marchés qui n'ont pas objectivement un lien étroit entre eux en fonction de l'objectif à atteindre. Constituent par exemple un seul marché: (1) la révision du plan directeur cantonal, même s'il est adjudgé par lots, (2) l'achat de véhicules de marques différentes destinés au renouvellement d'un même parc de véhicules, (3) des marchés d'études qui se succèdent les uns aux autres et qui portent sur le même projet, (4) la réalisation d'un réseau de distribution électrique.
5. Si la valeur de déclenchement de l'appel d'offres n'est pas atteinte, on peut tout de même procéder à un appel d'offres. Les règles en matière d'appel d'offres s'appliquent alors pleinement. Par contre, dès que la valeur de déclenchement de l'appel d'offres est atteinte, il n'est pas possible de recourir à la procédure sur invitation ou à la procédure de gré à gré, sauf exception prévue par l'article 13 de la loi concernant l'adhésion du Canton du Valais à l'Accord intercantonal sur les marchés publics (par exemple urgence).

MODE DE CALCUL DES VALEURS SEUILS POUR LES MARCHES DE CONSTRUCTION

1. Pour les marchés dépassant la valeur de 9'575'000.- francs (marchés soumis aux traités internationaux), on se base sur la valeur totale des différents CFC de construction.

En cas d'adjudication séparée par lots, seuls les lots de gros œuvre inférieurs à 500'000.- francs et les lots de second œuvre inférieurs à 250'000.- francs qui ne représentent pas entre eux 20% de la valeur totale de l'ouvrage peuvent être adjudés sans appel d'offres (voir annexe 1).

2. Pour les marchés de construction inférieurs à 9'575'000.- francs, ce n'est pas la valeur totale de l'ouvrage qui est déterminante, mais la valeur du CFC à trois chiffres, sous réserve d'une adjudication à une entreprise générale ou totale (voir annexe 2).

MODE DE CALCUL DES VALEURS SEUILS POUR LES MARCHES DE SERVICES

1. Lorsque le marché est adjudé à un groupement de mandataires (architectes, ingénieur civil et ingénieurs CVSE), c'est la valeur totale des honoraires qui est déterminante.
2. Lorsque le maître de l'ouvrage conclut des contrats séparés avec l'architecte, avec l'ingénieur civil, avec l'ingénieur chauffage-ventilation, avec l'ingénieur sanitaire et avec l'ingénieur électricien, c'est la valeur de chacun de ces contrats qui est déterminante.
3. En principe, sont déterminants les honoraires pour le 100% des prestations prévues par les normes SIA 102, 103 et 108, même si le contrat ne vise qu'une phase partielle.

PRINCIPES CONCERNANT LES CRITERES D'ADJUDICATION

1. Les deux systèmes d'attribution du marché: pour les biens standardisés, l'adjudication sur la base du prix le plus bas (moins-disant); pour les autres marchés, l'adjudication à l'offre économiquement la plus avantageuse (mieux-disant).

2. Les principes concernant le choix des critères d'adjudication:
 - Respect de l'égalité de traitement et du principe de non-discrimination.
 - Respect du principe de transparence: annonce préalable des critères d'adjudication par ordre d'importance et avec leur pondération.
 - Liens avec l'objet et respect du principe de proportionnalité (exigences adaptées à la nature et à l'importance du marché).
 - Critères mesurables et justifiables objectivement.

PRINCIPES CONCERNANT LA PONDERATION ET L'EVALUATION DES CRITERES D'ADJUDICATION TECHNIQUES ET DU PRIX

1. La pondération du prix doit être choisie dans chaque cas d'espèce en fonction des particularités du marché. Pour respecter le principe de l'économie des deniers publics, la pondération minimale du prix est de 20%. Au maximum, le critère du prix peut avoir une pondération de 80%. Plus le marché est complexe, plus il est justifié de prévoir une pondération basse. Pour les marchés complexes, la pondération du prix ne doit pas dépasser 60%.
2. Les méthodes d'évaluation doivent être appliquées de la même manière à tous les soumissionnaires, de telle sorte à respecter le principe d'égalité de traitement.
3. Pour le critère du prix, il est recommandé d'annoncer la méthode d'évaluation au stade de l'appel d'offres. Pour les autres critères, cela n'est pas nécessaire. Dans tous les cas, il est recommandé d'arrêter cette méthode avant l'ouverture des offres.
4. Il existe différentes méthodes de notation du prix. Chacune d'entre elles présente des avantages et des inconvénients.

Elles peuvent, suivant les circonstances, être jugées illégales par le Tribunal cantonal, respectivement le Tribunal fédéral. Ainsi, à titre d'exemple, le Tribunal fédéral a retenu, dans deux cas d'espèce, l'illicéité de l'ancienne méthode de notation du Guide romand pour l'adjudication des marchés publics et la méthode Rey-Bellet (méthode des moyennes).

Annexes 1 et 2