



Guide relatif à la procédure sur invitation

I. Introduction

La procédure sur invitation est régie par l'art. 20 de la loi fédérale sur les marchés publics (LMP) et l'art. 5 de l'ordonnance correspondante (OMP). Dans cette procédure, l'adjudicateur invite les soumissionnaires de son choix à présenter une offre directement, sans lancer d'appel d'offres public (art. 20, al. 2, LMP). En général, la procédure sur invitation est réglementée de manière moins formelle que les procédures ouverte et sélective. Toutefois, même dans cette procédure, il existe depuis le 1^{er} janvier 2021 une protection juridique dite secondaire pour les fournitures et les services (art. 52, al. 2, LMP en relation avec l'art. 20, al. 1 et annexe 5 LMP).

Le présent guide décrit les prescriptions légales et leur application concrète dans le cadre d'une procédure sur invitation. Il tente également de mettre en évidence de nouvelles approches qui doivent encore faire leurs preuves dans l'optique d'une pratique harmonisée des marchés publics.

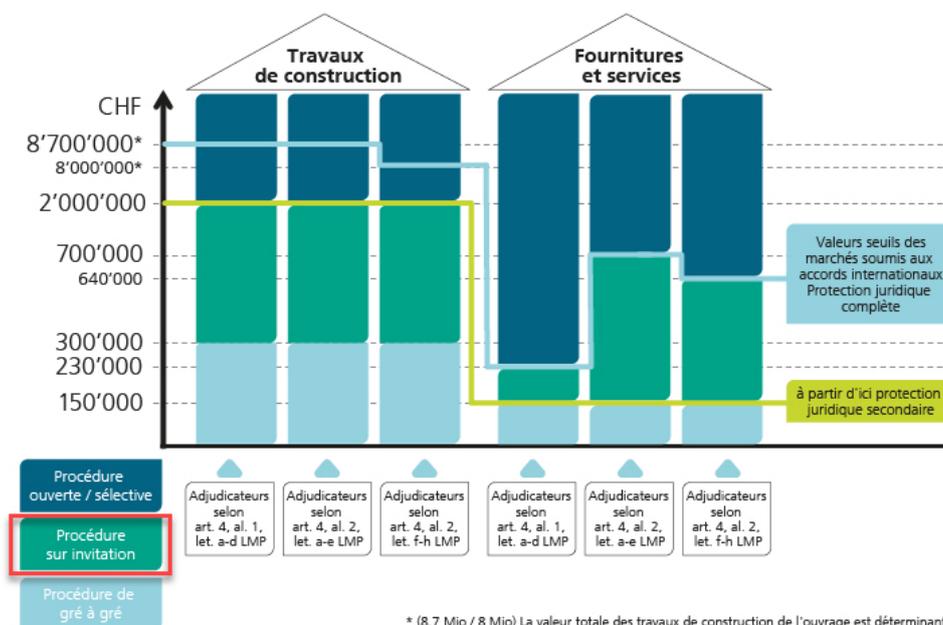
Nous lirons avec plaisir vos remarques et suggestions à l'adresse suivante:

rechtsdienst.kbb@bbl.admin.ch.

II. Principes

1 Champ d'application

Valeurs seuils et types de procédures



La procédure sur invitation est applicable aux marchés publics qui ne sont pas soumis aux accords internationaux et qui atteignent les valeurs seuils indiquées dans l'annexe 4 ch. 2 de la loi, à savoir:

- les travaux de construction, à partir de 300 000 francs;
- les fournitures, à partir de 150 000 francs;
- les services, à partir de 150 000 francs.

Conformément à l'art. 20, al. 3, LMP, la procédure sur invitation s'applique également aux marchés dont la valeur dépasse les seuils légaux dans les cas suivants:

- acquisition d'armes, de munitions et de matériel de guerre;
- acquisition d'autres fournitures, de travaux de construction, de services, de travaux de recherche ou de développement s'ils sont indispensables à des fins de défense et de sécurité.

Pour déterminer la valeur d'un marché, il faut respecter les exigences généralement applicables (cf. art. 15 LMP): « *le pouvoir adjudicateur estime la valeur totale maximale probable du marché.* ». Pour ce faire, il prend en compte « *l'ensemble des prestations [...] qui sont en étroite relation d'un point de vue matériel ou juridique* » et inclut tous les éléments des rémunérations, en particulier les primes, émoluments, commissions et intérêts attendus pendant la période d'utilisation prévue. Il est important de noter qu'un marché public ne peut être subdivisé en vue de contourner les dispositions de la loi pour lancer une procédure sur invitation.

2 Respect des principes régissant l'adjudication

Le respect des principes formels et stricts applicables aux procédures ouverte et sélective n'est pas nécessaire dans la même mesure dans le cadre d'une procédure sur invitation, en raison de la nature de cette dernière. Néanmoins, les cinq principes généraux visés à l'art. 2 LMP doivent également être respectés dans la procédure sur invitation:

- le caractère économique;
- la durabilité;
- la transparence;
- l'égalité de traitement;
- la concurrence.

Concrètement, cela signifie que, dans le cadre d'une **concurrence** limitée et en assurant l'**égalité de traitement** entre les soumissionnaires, les deniers publics sont utilisés de manière aussi **économique et durable** que possible au moyen d'une procédure d'acquisition **transparente**. Ainsi, toutes les entreprises invitées reçoivent les mêmes informations, disposent du même délai pour établir leur offre et sont consultées au cas où elles doivent compléter leur offre, etc. Les prescriptions doivent être les mêmes pour toutes les entreprises invitées (création d'une situation de concurrence effective).

En plus des principes susmentionnés, les principes régissant la procédure énoncés à l'art. 11 LMP doivent être respectés. L'adjudicateur doit, en particulier, s'engager à observer le caractère confidentiel des indications fournies par les soumissionnaires (art. 11, let. e, LMP).

3 Soumissionnaires à inviter

Afin de garantir un minimum de concurrence, au moins **trois soumissionnaires appropriés** doivent, si possible, être invités à présenter une offre (art. 20, al. 2, LMP). Le choix des soumissionnaires admis incombe à l'adjudicateur, et les entreprises sélectionnées sont contactées directement par celui-ci ou par le service d'achat.

Il ressort clairement du libellé de la loi que le nombre minimum se réfère aux offres à demander et non pas uniquement aux invitations – pour autant qu'il y ait autant de soumissionnaires appropriés. L'examen de base de l'aptitude du soumissionnaire à fournir les prestations demandées devrait donc, si possible, avoir lieu avant l'appel d'offres, afin que seuls les soumissionnaires aptes soient invités à soumettre une offre. L'objectif étant de disposer d'au moins trois offres pour l'évaluation des critères d'adjudication.

Dans la mesure où cela est possible et raisonnablement exigible, l'adjudicateur doit inviter **au moins un soumissionnaire provenant d'une autre région linguistique** de la Suisse (art. 5 OMP). Cette exigence permet non seulement de garantir l'égalité de traitement des soumissionnaires, mais aussi l'accès au marché au-delà des frontières linguistiques. Des connaissances suffisantes du marché sont nécessaires pour évaluer s'il est possible et adéquat d'inviter des soumissionnaires d'une autre région linguistique à remettre une offre. L'adjudicateur doit exercer son pouvoir discrétionnaire en se basant sur ces connaissances. Des exceptions sont possibles si le marché ne permet pas une telle procédure, par exemple si seules des entreprises de Suisse romande fournissent la prestation recherchée. En outre, ce principe ne doit pas être respecté si, par exemple, en raison de l'objet du marché, seuls les prestataires étrangers sont invités à soumettre une offre. Pour promouvoir l'économie suisse, il semble toutefois approprié de prendre (également) en compte des entreprises suisses.

Ces exigences envers les soumissionnaires à inviter impliquent que l'équipe d'évaluation dispose des compétences linguistiques appropriées.

De plus amples informations concernant les exigences linguistiques figurent dans les [recommandations de la Conférence des achats de la Confédération \(CA\) et de la Conférence de coordination des services de la construction et des immeubles des maîtres d'ouvrage publics \(KBOB\) concernant la promotion du plurilinguisme dans le domaine des marchés publics](#).

4 Marché de fournisseurs restreint

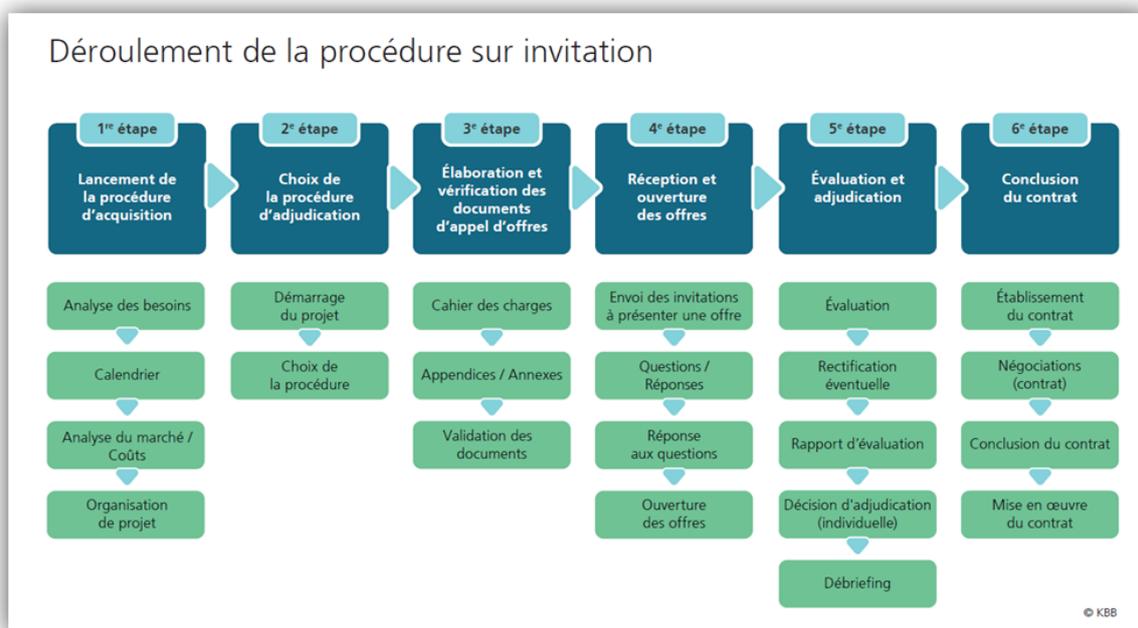
S'il n'y a que deux soumissionnaires dans le domaine d'acquisition considéré, les deux entreprises peuvent être invitées à soumettre une offre. L'adjudicateur doit apporter la preuve qu'il n'y a effectivement que deux soumissionnaires en effectuant une analyse suffisante du marché. Pour un tel cas d'espèce, il est recommandé d'en expliquer les raisons dans un document interne et de joindre celui-ci au dossier afin que la restriction aux deux sociétés puisse être comprise tant ultérieurement que par des tiers.

Au cas où il n'a pas été possible d'inviter un soumissionnaire d'une autre région linguistique, il est également conseillé de préparer une note interne afin d'en expliquer les raisons de manière transparente ([cf. à ce sujet le chap. II. 3](#)).

Si, dans des cas exceptionnels, un seul soumissionnaire peut être pris en considération, le marché peut être adjugé de gré à gré. Dans ce cas, des raisons suffisantes doivent être avancées au moyen d'une justification écrite (cf. conditions visées à l'art. 21, al. 2, LMP).

III. Déroulement de la procédure sur invitation

Vous trouverez ici un aperçu du déroulement de la procédure sur invitation. Ci-après, seules sont examinées plus en détail les étapes qui présentent des différences ou des particularités par rapport à la procédure ouverte.



1 Rédaction des documents d'appel d'offres: le cahier des charges

Dans le cahier des charges d'une procédure sur invitation, il est possible de ne pas appliquer ou de ne pas formuler de critères d'aptitude, puisque c'est l'adjudicateur qui sélectionne les participants ([cf. à ce sujet le chap. II. 3](#)). Dans ce cas, celui-ci doit avoir des connaissances suffisantes du marché et des fournisseurs. Il doit en outre s'assurer, par le biais d'un contrat écrit, que le soumissionnaire accepte les conditions générales de la Confédération (cf. aussi art. 11, al. 2, OMP) et signe le [formulaire de déclaration de la CA](#). De même, il doit veiller à ce que les autres conditions de participation visées à l'art. 26 LMP sont remplies.

Les spécifications techniques (ST) définissent les exigences minimales obligatoires auxquelles l'objet du marché ou la prestation demandée doit satisfaire sur les plans de la fonction, de la performance, de la qualité, de la sécurité, etc. (cf. art. 30 LMP). En principe, il ne faut pas renoncer à la formulation de ST, sauf s'il existe une définition de la prestation suffisamment précise qui permet d'atteindre le même objectif.

Afin de déterminer l'offre la plus avantageuse, il est nécessaire de définir des critères d'adjudication (cf. art. 29 LMP). En outre, des critères d'adjudication clairement formulés permettent de respecter les principes énoncés à l'art. 2 LMP ([cf. chap. II. 2](#)).

Comme dans le cas d'une procédure ouverte, la demande de remise d'offres doit déjà déterminer les prestations requises par le service demandeur, ceci de manière à ce que les soumissionnaires les reconnaissent clairement (description claire des prestations).

En règle générale, une offre de bonne qualité est conditionnée par une bonne documentation.

2 Ronde de questions

Souvent, la procédure sur invitation donne elle aussi lieu à l'organisation d'une ronde de questions; cela est fortement recommandé, en particulier dans le cas des marchés publics complexes. L'adjudicateur

doit répondre aux éventuelles questions concernant les documents d'appel d'offres dans les meilleurs délais après l'invitation à soumettre une offre.

Les dates limites de dépôt des questions sont indiquées dans le cahier des charges.

Toutes les réponses à toutes les questions sont envoyées à tous les soumissionnaires de manière anonyme – c'est-à-dire que le nom de ceux qui ont posé des questions ne doit pas être divulgué ou identifiable (cf. art. 11, let. e, LMP concernant la confidentialité) - et en même temps. La procédure sur invitation n'étant pas effectuée via www.simap.ch, les réponses peuvent, par exemple, être envoyées par courriel.

3 Date limite de dépôt des offres

Dans le cadre d'une procédure sur invitation, le délai de dépôt des offres est en général d'au moins 20 jours civils. Il peut être réduit à cinq jours au minimum dans le cas de prestations largement standardisées (art. 46, al. 4, LMP). Toutefois, lorsqu'il détermine les délais de remise des offres, l'adjudicateur doit toujours tenir compte de la complexité du marché. Il faut donc accorder aux soumissionnaires un délai suffisant pour qu'ils puissent établir leur offre, l'objectif étant de recevoir des offres de qualité. Une réduction du délai à cinq jours n'est donc recommandée que dans des cas exceptionnels et est envisageable, par exemple, dans le cadre de prestations sous forme de location de services aux profils très standardisés, comme l'acquisition d'imprimés ou de papier toilette. En réduisant les délais minimaux, il peut également être judicieux de faire en sorte que ceux-ci tombent sur les jours ouvrables afin de ne pas les raccourcir davantage.

Dans la procédure sur invitation, l'adjudicateur peut également prolonger un délai de remise déterminé. S'il le prolonge pour un soumissionnaire, cette prolongation s'applique à tous les autres. Tous les soumissionnaires doivent être informés de la prolongation en même temps.

4 Ouverture et évaluation des offres

Les soumissionnaires invités doivent soumettre leurs offres par écrit.

L'ouverture des offres a lieu en interne au sein du service d'achat. Il est recommandé d'ouvrir les offres le même jour, selon le principe du **double contrôle**, afin de réduire le risque d'erreurs et d'abus.

L'art. 37, al. 2, LMP ne permet pas de répondre à la question de savoir si un procès-verbal d'ouverture doit également être établi dans le cadre d'une procédure sur invitation. Le message ne s'exprime pas non plus à ce sujet. Par analogie avec l'application de l'art. 37, al. 2, LMP, le Centre de compétence des marchés publics de la Confédération (CCMP) recommande, à des fins de transparence, d'établir un procès-verbal aussi dans le cadre des procédures sur invitation.

5 Rapport d'évaluation

L'évaluation est effectuée conformément aux critères établis et communiqués.

Même dans le cadre de la procédure sur invitation, le processus ayant abouti à l'adjudication doit pouvoir être vérifié objectivement à une date ultérieure. Il est donc recommandé d'établir un rapport d'évaluation également pour cette procédure ou de présenter la décision relative à l'adjudication sous une autre forme, de manière transparente et compréhensible. Dans tous les cas, les résultats des évaluations de tous les soumissionnaires doivent être présentés de manière compréhensible (cf. art. 40, al. 1, LMP et art. 10 OMP sur l'obligation en matière de documentation).

6 Décision d'adjudication

Le marché est adjugé au soumissionnaire ayant présenté l'offre la plus avantageuse (art. 41 LMP). Conformément à l'article 51 LMP, les décisions prises dans le cadre d'une procédure sur invitation peuvent être portées à la connaissance des soumissionnaires par voie de notification individuelle. C'est pourquoi, selon les termes de la loi, pour toute adjudication de marchés régis par une procédure sur

invitation, l'adjudicateur notifie formellement sa décision à chaque soumissionnaire participant à la procédure. Vous trouverez le modèle de décision d'adjudication dans la procédure sur invitation [ici](#). Si, pour des raisons pratiques, l'adjudicateur décide, dans des cas exceptionnels ou de manière générale, de communiquer les adjudications de marchés régis par une procédure sur invitation uniquement de manière informelle (par ex. par courriel) dans un premier temps et de ne les notifier formellement que sur demande, il doit, au moment où il notifie sa décision, au moins informer les soumissionnaires dont l'offre n'a pas été retenue de la possibilité de requérir une décision sujette à recours et de leur droit de contester cette dernière ([cf. chap. III. 8](#)). Nous recommandons dans ce cas d'utiliser le [modèle de communication informelle de la décision par courriel](#) du CCMP.

7 Interruption de la procédure

En principe, une procédure sur invitation peut être interrompue à tout moment pour des raisons importantes (cf. art. 43 LMP). Selon l'art. 53, al. 1, let. g, LMP, la décision d'interrompre une procédure sur invitation est sujette à recours dans le cas des fournitures et des services ([cf. chap. III. 8](#)) et doit donc être notifiée individuellement aux soumissionnaires invités. D'une manière générale, veuillez vous référer à la [notice concernant l'interruption de la procédure](#).

8 Protection juridique secondaire et conclusion du contrat

Lorsqu'une procédure sur invitation est organisée conformément aux valeurs seuils ([cf. chap. II. 1](#)), il existe une protection juridique dite secondaire pour les fournitures et les services. Les décisions prises dans le cadre de la procédure sur invitation sont donc sujettes à recours, mais le recours ne peut tendre uniquement à faire constater que les décisions enfreignent le droit fédéral (art. 52, al. 2, LMP). Cela signifie que, par exemple, une adjudication attaquée ne peut pas être annulée par le tribunal et que - si le recours est admis - seule l'illicéité de la décision est constatée.

En outre, le recours n'a pas d'effet suspensif dans le cadre de la protection juridique secondaire, de sorte que, dans la procédure sur invitation, le contrat peut en principe être conclu immédiatement après l'adjudication (cf. art. 54 LMP).

Le délai de recours de 20 jours commence à courir à compter de la notification individuelle. Si, dans un premier temps, la décision d'adjudication n'est faite qu'au moyen d'une simple communication ([cf. chap. III. 6](#)), le délai de recours ne commence pas à courir officiellement. Même dans cette simple communication, il est donc impératif de fixer un délai raisonnable pour requérir une décision sujette à recours. Une fois ce délai écoulé, on peut raisonnablement considérer que la décision d'adjudication est acceptée, même s'il ne s'agit pas d'un délai de péremption. Il est donc théoriquement concevable qu'un recours soit déposé très longtemps après la fin de la procédure et qu'il soit considéré comme recevable par le Tribunal administratif fédéral (cf. à ce sujet les explications concernant le modèle «Communication informelle de la décision par courriel»).

N. B.: la protection juridique secondaire n'existe pas dans le cas des procédures sur invitation pour les travaux de construction (cf. art. 52, al. 1, let. b, LMP).