



Schweizerische Eidgenossenschaft
Confédération suisse
Confederazione Svizzera
Confederaziun svizra

Département fédéral de l'environnement,
des transports, de l'énergie et de la communication DETEC
Office fédéral des routes OFROU

Aide-mémoire concernant *l'utilisation des modèles*

*Version 1.2
Décembre 2021*

Quel modèle de contrat pour quel type de prestations ?

En droit des marchés publics, on distingue trois catégories de marchés: *les marchés de construction, les marchés de services et les marchés de fournitures* (art. 8, al. 2 de la loi fédérale sur les marchés publics [LMP]). Les prestations à adjuger selon ces catégories sont énumérées dans les annexes de la LMP (art. 8 al. 4 et 5 LMP).

L'OFROU dispose de différents modèles de contrat selon la catégorie de marché en cause. Pour les marchés de services, il existe plusieurs modèles différents. Comme les prestations se chevauchent au niveau du contenu et que les conséquences juridiques diffèrent selon le modèle de contrat utilisé, il n'est pas toujours simple de faire le bon choix de modèle. La présente aide-mémoire est destinée à faciliter cette démarche. Les prestations et les modèles de contrat leur correspondant sont expliqués ci-après.

1. Mandats de prestations (mandat)

« *Le mandat est un contrat par lequel le mandataire s'oblige, dans les termes de la convention, à gérer l'affaire dont il s'est chargé ou à rendre les services qu'il a promis.* »
(art. 394, al. 1, du Code des obligations [CO]).

Le mandat est un contrat entre un adjudicateur et un soumissionnaire concernant la fourniture d'un service. Le soumissionnaire est lié par une obligation de diligence vis-à-vis de l'adjudicateur. Il se distingue principalement du contrat d'entreprise par le fait que le mandataire ne peut pas être tenu à fournir un résultat dont la qualité ou la quantité est calculable.

La prestation de service peut désigner une prestation qui ne sert pas directement à la production de biens. Les prestations selon le mandat consistent à traiter une affaire dans l'intérêt du mandant. Il peut s'agir d'activités (par ex. enseignement, traitement médical ou représentation juridique officielle) ou d'actions juridiques (acquisition, exercice ou transfert de droits). Pour les distinguer de la production de marchandises (biens matériels), on qualifie les services de « biens immatériels (incorporels) »

Les prestations de service doivent être acquises, à l'exception des cas només à l'art. 10 LMP, selon les procédures prévues par la LMP qui diffère en fonction de la valeur seuil du marché.

Pour les marchés de services, l'OFROU dispose de cinq modèles différents : le **contrat de service**, le **contrat de prestations d'information et de communication**, le **contrat pour prestations de mandataire** (version KBOB à partir de CHF 230 000.-; version jusqu'à CHF 230 000.-; confirmation de mandat jusqu'à CHF 10 000.-), le **contrat pour une prestation de mandataire unique** et le **contrat pour prestations d'appui au maître d'ouvrage**.

A noter

L'objet du contrat ou le contenu des prestations prévues dans le contrat sont déterminants pour choisir le bon modèle. Il faut procéder au cas par cas. Il peut aussi être utile de se demander quel objectif on souhaite atteindre avec le contrat et quel modèle est le plus approprié à cet égard du point de vue des conséquences juridiques. En cas de difficulté à déterminer de quel type de prestation il s'agit, la ou le juriste est à votre disposition.

a) Contrat de service

Le contrat de service est prévu pour les mandats de gestion ou de conseil en vue d'un résultat qui n'est pas garanti, autrement dit lorsque l'œuvre de l'esprit ne prend pas ultérieurement la forme d'une chose. Le mandataire n'est pas obligatoirement un architecte ou un ingénieur.

Avec ce modèle de contrat, les conditions générales (CG) de la Confédération relatives à l'achat de services font partie intégrante du contrat. Celles-ci se distinguent notamment par le fait que l'adjudicateur devient propriétaire des droits de propriété intellectuelle résultant éventuellement du marché, et que le soumissionnaire garantit simplement l'exécution fidèle et minutieuse et s'engage à fournir des prestations conformes aux normes scientifiques et techniques en vigueur.

Exemples :

- **régulation du trafic par des services de sécurité**
- **transports**
- **documentations**
- **saisies de données**
- **licences**
- **sauvetage et remorquage**

Cette liste n'est pas exhaustive. Selon les cas, une prestation indiquée ici peut également être associée au contrat pour prestations de mandataire (voir 1. c) ci-dessous)!

b) Contrat de prestations d'information et de communication (prestations I+C)

Les prestations d'information et de communication (I+C) consistent pour l'essentiel en une activité d'assistance du chef de projet et de la personne responsable de l'I+C de la filiale dans un mandat lié au projet. Il peut s'agir de développer une stratégie de communication et un concept I+C, de préparer du matériel d'information, d'organiser des séances d'information ou d'apporter une aide en matière de relations publiques et de communication de crise.

Pour ce type de prestations, il convient d'utiliser le modèle de contrat de prestations d'information et de communication. Ce modèle correspond globalement au contrat de service mais s'en distingue dans la mesure où les tâches d'information et de communication requises sont énumérées à titre d'exemple dans le descriptif de la prestation et que les accords spéciaux sont adaptés en conséquence.

Exemple :

- **campagne d'information pour un grand projet**

c) Contrat pour prestations de mandataire

L'annexe 3 de la LMP (prestations de services) énumère explicitement des prestations de mandataire qui, en droit des marchés publics, relèvent des prestations de service. Si les prestations convenues consistent essentiellement en l'élaboration de plans de constructions et de croquis par un architecte ou un ingénieur contre rémunération, on parle alors de prestation de mandataire. Sont également considérées comme prestations de mandataire l'élaboration d'études préalables de faisabilité, les avant-projets proposant des solutions de construction, les projets de construction, les plans d'exécution (plans de l'ouvrage et plans de détail) ainsi que les plans de révision.

La prestation de mandataire se distingue toutefois de la prestation de service générale en ceci que l'œuvre intellectuelle est vouée à correspondre à un résultat concret (plans). Selon la jurisprudence générale, il y a lieu de la considérer comme un élément de contrat d'entreprise, ce qui peut être déterminant pour les conséquences juridiques. Compte tenu de cette caractéristique de la prestation de mandataire, la distinction est importante, surtout du point de vue du droit des contrats. C'est pourquoi un modèle de contrat spécifique est prévu pour les prestations de mandataire.

Le contrat pour des prestations de mandataire est un contrat global qui comprend différentes prestations de mandataire, par exemple l'étude de projet, la direction des travaux et l'exécution. Le modèle de contrat prévoit que le mandataire participe à plusieurs phases de projet, de la phase préparatoire à la phase finale (phases SIA 31 à 53), par exemple.

Le contrat pour prestations de mandataire intègre les conditions générales contractuelles de la KBOB pour les prestations de mandataire. Ces conditions sont spécifiquement adaptées aux prestations de mandataire et se distinguent très largement des CG relatives à l'achat de services. Elles prévoient ainsi que les droits d'auteur restent propriété du mandataire. Par ailleurs, elles règlent plus en détail les pouvoirs de représentation (par ex. en ce qui concerne la direction des travaux), la responsabilité du mandataire, la fin anticipée du contrat, les devoirs d'information et de mise en garde ainsi que la rémunération, notamment en cas d'interruption des travaux. Outre les conditions contractuelles générales, le modèle de contrat contient également des dispositions spécifiques concernant la prescription et la vérification de la chose et l'avis au vendeur pour les plans.

Exemples :

- **Planification du trafic pour les phases MK/AP** jusqu'à la clôture du projet (phase 53)
- **Conception/direction des travaux**, domaine spécialisé pour la phase MK jusqu'à la clôture (53)
- **Concepteur général pour les phases de planification** 41 - 53; divers domaines spécialisés
- **Prestation de mandataire** liée à l'élaboration et au traitement d'un projet d'intervention (MO) / d'un projet de détail (DP) à approuver ainsi que toutes les prestations des phases de projet suivantes : appel d'offres, comparaison des offres, proposition d'adjudication, dossier d'exécution, construction/exécution des mesures, mise en service, achèvement.
- **Auteur du projet pour l'entretien des RN** : pour toutes les phases de projet, du concept d'intervention (relevés d'état incl.) jusqu'à la documentation des travaux réalisés

d) Contrat pour une prestation de mandataire unique

La prestation de mandataire unique correspond globalement à la prestation de mandataire (voir ci-dessus), à la différence près que l'architecte ou l'ingénieur mandaté pour un projet ne doit fournir en général qu'une seule et unique prestation dans une phase de projet.

Le contrat pour une prestation de mandataire unique est donc aussi un contrat pour prestations de mandataire (structure similaire). Le modèle ne contient donc pas l'indication des phases du projet à réaliser.

Exemples :

- **études préalables / études techniques / études de faisabilité**

- mensurations
- rapport d'impact sur l'environnement et étude géologique avec rapport technique
- mesures de contrôle
- plan d'intervention pour les cas exceptionnels
- élaboration d'un concept et d'un rapport y afférent
- élaboration de directives
- études d'opportunité
- conseil technique
- analyse coût-utilité
- devis
- concepteur pour la phase MK (sans direction des travaux)

e) Contrat pour prestations d'appui au maître d'ouvrage

Par prestations d'appui au maître d'ouvrage (BAMO), il faut entendre principalement le soutien apporté au chef de projet par un architecte/un ingénieur dans tous les processus nécessaires au bon déroulement du projet. Il s'agit notamment de la coordination de toutes les parties prenantes, du soutien du chargé de la communication avec les médias de la filiale, de la coordination et de l'organisation de séances et de la documentation. Le bureau d'appui au maître d'ouvrage élabore en outre les bases du projet, prépare les acquisitions et se charge du controlling, de la gestion de la qualité et du suivi technique du projet. Comme les prestations de mandataire, cette prestation est en général fournie par des architectes/ingénieurs.

Pour les prestations d'appui au maître d'ouvrage, il y a lieu d'utiliser le modèle de contrat du même nom. Celui-ci se caractérise notamment par le fait que dans la rubrique « Description de la prestation », les prestations BAMO attendues sont consignées sous forme d'exemples et les accords spéciaux sont adaptés en conséquence.

Exemples :

- **Appui au maître d'ouvrage pour les bases et la réalisation d'un projet de construction de routes nationales** : appui général, appui pour l'élaboration des bases du projet, la procédure d'acquisition, le controlling, la gestion de la qualité liée au projet et le suivi technique des différentes étapes de projet, du projet général (GP) à la mise en service, achèvement
- **Appui général au maître d'ouvrage pour un projet de protection contre le bruit** (appui général et appui spécifique lors de l'élaboration des bases du projet, de la procédure d'acquisition, du controlling, de la gestion de la qualité liée au projet et du suivi technique du projet, y c. les tâches de direction générale).
- **Appui au maître d'ouvrage SISTO**
- **Surveillance de l'ouvrage, inspections**

2. Autres mandats et modèles

Outre les prestations de service, le droit des marchés publics connaît aussi les marchés de construction et de fournitures déjà mentionnés précédemment ; ces derniers sont commentés brièvement ci-après.

a) **Marché de construction (contrat d'entreprise)**

« Le contrat d'entreprise est un contrat par lequel une des parties (l'entrepreneur) s'oblige à exécuter un ouvrage, moyennant un prix que l'autre partie (le maître) s'engage à lui payer. » (art. 363 CO).

Le contrat d'entreprise concerne la production d'ouvrages corporels et incorporels. L'entrepreneur est tenu vis-à-vis du maître d'ouvrage d'exécuter un ouvrage donné ou de parvenir à un résultat donné. C'est pourquoi l'on parle de « responsabilité objective ».

Le marché de construction est un contrat d'entreprise passé entre un adjudicateur et un soumissionnaire concernant la réalisation de travaux de construction de bâtiments ou de génie civil. Il comprend non seulement la réalisation de l'ouvrage lui-même mais aussi des activités comme la préparation des sites et des chantiers de construction. Un contrat pour la construction et l'assemblage d'ouvrages préfabriqués est également considéré comme marché de construction, de même que des travaux d'installation, de transformation ou d'aménagement.

Pour les marchés de construction, il y a lieu d'utiliser le contrat d'entreprise (KBOB, version de l'OFROU à partir de CHF 300 000.- ; contrat d'entreprise jusqu'à CHF 300 000.-, confirmation de mandat jusqu'à CHF 50 000.-).

Pour les prestations EES, il convient d'utiliser le modèle de contrat « contrat d'entreprise EES ».

b) **Marché de fournitures (contrat d'achat)**

« La vente est un contrat par lequel le vendeur s'oblige à livrer la chose vendue à l'acheteur et à lui en transférer la propriété, moyennant un prix que l'acheteur s'engage à lui payer. » (art. 184, al. 1, CO)

Le marché de fournitures concerne l'achat de biens mobiliers corporels qui sont pour la plupart du temps déjà disponibles. Dans le cadre de ce marché, les choses achetées sont livrées à l'acheteur par le vendeur, en l'occurrence l'autorité adjudicatrice, à l'endroit souhaité et, selon le cas, montées et installées. Le marché de fournitures se caractérise donc par le fait qu'une somme est payée par l'acheteur non seulement pour la chose elle-même, mais aussi pour sa livraison/son montage. En général, le prix des travaux de montage est toutefois moins élevé que celui de la chose elle-même.

Pour les marchés de fournitures, il convient d'utiliser le contrat d'achat.