



Schweizerische Eidgenossenschaft  
Confédération suisse  
Confederazione Svizzera  
Confederaziun svizra

Département fédéral des finances DFF

## **Rapport explicatif**

Projet de consultation concernant la révision de la loi  
fédérale sur les marchés publics

30 mai 2008

## Condensé

***Le droit des marchés publics de la Confédération doit être modernisé, clarifié et assoupli. La révision totale menée à cet effet vise en outre à harmoniser la réglementation des marchés publics à l'échelle nationale. La révision peut en plus contribuer grandement à améliorer la croissance économique de la Suisse.***

### Contexte

*Au milieu des années 90, la Confédération et les cantons ont mis en application séparément les différents accords internationaux adoptés sur les marchés publics (accord de l'OMC, accord bilatéral avec l'UE). Les nombreuses bases légales qui en ont résulté ont engendré une multitude de pratiques et de jurisprudences différentes, sources de fortes incertitudes pour les parties concernées. Une modernisation, une clarification, un assouplissement et une harmonisation du droit suisse des marchés publics s'imposent donc.*

### Objectifs et contenu du projet

*Moderniser: le but visé est d'appliquer également les nouvelles technologies de l'information aux marchés publics. Un organe de publication électronique permettra d'accroître la transparence et de renforcer la concurrence. Il s'agira en outre de créer les conditions-cadres juridiques nécessaires au traitement électronique des procédures d'achat public. Grâce à la nouvelle législation, les pouvoirs publics disposeront à leur tour d'un instrument moderne de gestion des appels d'offres (simplification des processus internes et optimisation grâce à la concentration des commandes, par exemple).*

*Clarifier: l'application concrète du droit des marchés publics a montré que certains éléments et certaines notions demandent à être clarifiés. Il importe, notamment, de désigner les organisations qui pourront à l'avenir être qualifiées d'adjudicateurs et de définir la notion de marché public. De même, l'élément central du droit des marchés publics, à savoir le système permettant de trouver l'offre la plus avantageuse, requiert des éclaircissements.*

*Flexibiliser: l'organisation des procédures d'achat public comportera des nouveautés de taille. Il convient ici d'accorder une marge de manœuvre beaucoup plus importante aux soumissionnaires et aux adjudicateurs, en particulier pour le traitement d'achats complexes. En cas de besoin, ces derniers doivent en effet pouvoir dialoguer afin d'élaborer ensemble la meilleure solution possible – en tenant bien évidemment compte des principes fondamentaux du droit des marchés publics que constituent l'égalité de traitement, la transparence, la rentabilité et le renforcement de la concurrence.*

*Harmoniser: la nouvelle législation vise à réduire autant que possible le morcellement de la réglementation des marchés publics, sans toutefois porter atteinte aux droits constitutionnels des cantons. La réalisation de cet objectif d'harmonisation devra passer par une uniformisation partielle des dispositions*

actuellement en vigueur, d'où la proposition de promulguer une nouvelle loi fédérale sur les marchés publics, valable en plus pour les cantons et les communes. L'accord de l'OMC (AMP), auquel le droit suisse des marchés publics est soumis, se trouve lui aussi en cours de révision. Sa version remaniée devrait entrer en vigueur en 2010, mais la loi fédérale intègre d'ores et déjà les nouveautés qu'il contient en imposant notamment une reprise uniforme des dispositions directement applicables de ce texte. Le projet propose par ailleurs une homogénéisation nationale des principes et réglementations applicables aux achats publics afin d'assurer le bon fonctionnement du marché intérieur. La nouvelle loi fédérale ne régira toutefois pas le droit des marchés publics de manière exhaustive: elle laissera aux cantons la possibilité de légiférer dans certains domaines importants, conformément aux compétences qui leur incombent en vertu de la Constitution.

#### *Importance économique de la révision du droit des marchés publics*

La révision du droit des marchés publics de la Confédération s'inscrit dans le cadre du train de mesures du Conseil fédéral en faveur de la croissance, que ce projet peut grandement contribuer à stimuler. Une étude estime en effet le potentiel annuel de réduction des coûts réalisable grâce à cette réforme à quelque 400 millions (avec l'uniformisation partielle), voire à 1,2 milliard de francs (avec l'uniformisation partielle assortie d'une modernisation) pour l'ensemble de l'économie suisse.

**Remarque:** L'ensemble des rapports, expertises et autres documents cités ici peuvent être consultés sur Internet à l'adresse [www.beschaffung.admin.ch](http://www.beschaffung.admin.ch), sous «Marchés publics de la Confédération»/«Thèmes et projets»/«Révision du droit des marchés publics».

# Table des matières

<b>Condensé</b>	<b>2</b>
<b>Rapport explicatif</b>	<b>7</b>
<b>1 Contexte</b>	<b>7</b>
1.1 Introduction	7
1.2 Origine de la révision	8
1.2.1 Interventions politiques	8
1.2.2 Evolution de la situation sur la scène internationale	8
1.3 Travaux préliminaires	10
1.3.1 Analyse des forces et des faiblesses	10
1.3.2 Implication des cantons	10
1.3.3 Expertises	11
1.3.4 Rapport sur les objectifs et le contenu de la révision de la loi fédérale sur les marchés publics	12
1.3.5 Solutions étudiées pour réaliser l'objectif d'harmonisation	12
1.3.6 Elaboration des avant-projets	14
<b>2 Objectifs et contenu</b>	<b>15</b>
2.1 Modernisation	15
2.2 Clarification	15
2.3 Assouplissement	17
2.4 Harmonisation	18
<b>3 Avantages des solutions proposées</b>	<b>20</b>
3.1 Avantages de la révision en général	20
3.2 Avantages d'une uniformisation partielle du droit des marchés publics	20
3.3 Avantages et inconvénients de l'effet suspensif	21
3.4 Avantages et inconvénients des deux solutions en cas de conclusion prématurée du contrat	22

<b>4</b>	<b>Coordination des tâches et des finances</b>	<b>22</b>
<b>5</b>	<b>Droit comparé et rapport avec le droit européen</b>	<b>23</b>
5.1	Droit comparé	23
5.2	Rapport avec le droit européen	23
<b>6</b>	<b>Mise en œuvre</b>	<b>23</b>
6.1	Confédération	23
6.2	Cantons	25
<b>7</b>	<b>Classement d'interventions parlementaires</b>	<b>25</b>
<b>8</b>	<b>Rapport explicatif concernant les différentes dispositions de la loi</b>	<b>26</b>
<b>9</b>	<b>Conséquences</b>	<b>85</b>
9.1	Conséquences pour la Confédération, les cantons et les communes	85
9.1.1	Conséquences financières: fort potentiel de réduction des coûts	85
9.1.2	Conséquences sur le personnel	87
9.2	Conséquences pour l'économie	87
9.2.1	Point à examiner 1: nécessité et possibilité d'une intervention de l'Etat	88
9.2.2	Point à examiner 2: impact du projet sur les différents groupes de la société	88
9.2.3	Point à examiner 3: implications pour l'économie dans son ensemble	89
9.2.4	Point à examiner 4: autres réglementations	89
9.2.5	Point à examiner 5: aspects pratiques de l'exécution	89
<b>10</b>	<b>Programme de législation</b>	<b>90</b>
<b>11.</b>	<b>Aspects juridiques</b>	<b>90</b>
11.1	Droit international supérieur	90
11.2	Constitutionnalité	91
11.2.1	Marchés de la Confédération	91
11.2.2	Marchés des cantons	91
11.2.3	Constitutionnalité de l'uniformisation partielle	92

<b>Annexe I: liste des principaux accords internationaux</b>	<b>93</b>
<b>Annexe II: liste des textes législatifs fédéraux en relation directe ou indirecte avec les marchés publics</b>	<b>93</b>
<b>Annexe III: liste des règlements cantonaux concernant les marchés publics</b>	<b>95</b>
<b>Annexe IV: liste des documents annexés</b>	<b>100</b>

## Rapport explicatif

### 1 Contexte

#### 1.1 Introduction

Les marchés publics constituent un secteur important pour l'économie suisse: en 2004, les pouvoirs publics ont en effet dépensé quelque 33,5 milliards de francs pour l'acquisition d'immeubles, de biens et de services, soit 24,1% des dépenses totales de l'Etat et 7,5% du produit intérieur brut. Environ 19% de ces dépenses ont été initiées par la Confédération, 38% par les cantons et 43% par les communes.

Au cours des années 90, non moins de 27 réglementations distinctes sur les marchés publics ont vu le jour en Suisse. La signature de l'accord du 15 avril 1994 sur les marchés publics (*accord de l'OMC ou AMP*; RS 0.632.21.422) a en effet entraîné la promulgation de la loi fédérale du 16 décembre 1994 sur les marchés publics (*LMP*; RS 172.056.1), ainsi que de l'ordonnance du 11 décembre 1995 sur les marchés publics (*OMP*; RS 172.056.11). Dans le même temps, les cantons ont appliqué par eux-mêmes l'accord de l'OMC dans le cadre de leurs achats publics en édictant chacun leur propre réglementation<sup>1</sup> et en signant l'accord intercantonal du 25 novembre 1994 sur les marchés publics (AIMP)<sup>2</sup>, puis celui du 15 mars 2001<sup>3</sup> suite à l'accord du 21 juin 1999 entre la Confédération suisse et la Communauté européenne sur certains aspects relatifs aux marchés publics (*accord bilatéral*; RS 0.172.052.68)<sup>4</sup>. De nombreuses lois spéciales comportant des dispositions relevant du droit des marchés publics<sup>5</sup> subsistent aussi parallèlement à ces actes législatifs.

En matière de droit des marchés publics, le paysage juridique suisse actuel est donc très éclaté et présente de fortes disparités. Les diverses bases légales qui coexistent ont entraîné une multitude de pratiques et de jurisprudences différentes, source de complexité, d'opacité et de grandes difficultés d'orientation à la fois pour les adjudicateurs et pour les soumissionnaires, ce qui s'inscrit en totale opposition avec les objectifs du droit des marchés publics que constituent l'égalité de traitement de tous les soumissionnaires, la transparence, le renforcement de la concurrence, l'ouverture des marchés et l'utilisation économique des fonds publics.

1 Cf. annexe III.

2 Disponible sous: <https://www.simap.ch/> oder sur les pages Internet des règlements cantonaux (cf. annexe III, liste avec hyperliens).

3 Disponible sous: <https://www.simap.ch/> oder sur les pages Internet des règlements cantonaux (cf. annexe III, liste avec hyperliens).

4 Accord du 21 juin 1999 entre la Confédération suisse et la Communauté européenne sur certains aspects relatifs aux marchés publics (accord bilatéral; RS 0.172.052.68)

5 Cf. annexe II.

## 1.2 Origine de la révision

### 1.2.1 Interventions politiques

La décision de réviser la LMP et l'OMP est née de diverses interventions parlementaires.

Le *Conseil fédéral* a en effet reconnu la nécessité d'intervenir dans sa prise de position du 21 novembre 2001 suite à la *motion Jenny*<sup>6</sup>, qui exigeait une révision de la LMP au motif que «le marché intérieur dans notre pays est loin d'être une réalité», «alors que le marché unique européen existe depuis longtemps» et que «chaque canton interprète à sa manière les prescriptions sur la soumission, et surtout en fonction des sensibilités de ses hauts fonctionnaires. Les tribunaux administratifs prennent des décisions aussi différentes que les cantons. Les conséquences financières fâcheuses qui en découlent tant pour les pouvoirs publics que pour les contribuables sont immenses. Les estimations prudentes font état de quelques centaines de millions de francs par année.» Dans sa réponse, le Conseil fédéral a indiqué qu'il voyait aussi «des domaines où une optimisation s'impose». Il a par conséquent chargé l'administration fédérale «d'examiner les expériences tirées de la pratique» et d'analyser les points forts et les points faibles du droit des marchés publics actuel en impliquant l'ensemble des acteurs concernés, et en particulier les soumissionnaires et les milieux économiques, afin de définir en conséquence les objectifs à atteindre par une révision de la LMP et de prendre ensuite en main les travaux législatifs nécessaires.

Le *rapport sur l'ouverture des marchés publics en Suisse rendu par l'Organe parlementaire de contrôle de l'administration le 11. mars 2002*<sup>7</sup> à la demande de la Commission de gestion du Conseil national a également donné un élan considérable à la révision de la LMP. Ce rapport constate notamment que les normes régissant les achats publics en Suisse ne répondent plus aux réalités économiques et sociales et que les adjudicateurs sont de plus en plus fréquemment confrontés à des situations nouvelles, pour lesquelles il n'existe soit aucune réglementation, soit – au contraire – plusieurs réglementations à différents niveaux de l'Etat, ce qui entraîne une incertitude juridique nuisible sur le plan économique. C'est pourquoi la majorité des acteurs impliqués réclame une clarification, une simplification et une harmonisation du droit actuel, ainsi que la réglementation des situations nouvelles.

### 1.2.2 Evolution de la situation sur la scène internationale

L'évolution de la situation sur la scène internationale exige elle aussi une révision du droit suisse des marchés publics.

Des négociations visant à remanier l'*accord de l'OMC*<sup>8</sup> sont en effet en cours depuis 1999. Ces négociations, auxquelles la Suisse participe sous l'égide du Secrétariat d'Etat à l'économie (SECO), devraient s'achever mi-2008 et déboucher sur un

<sup>6</sup> Motion Jenny du 3 octobre 2001 (01.3515), Abus et arbitraire dans l'adjudication de commandes publiques dans la construction, motion présentée le 3 octobre 2001.

<sup>7</sup> Organe parlementaire de contrôle de l'administration. L'ouverture des marchés publics en Suisse sous l'angle juridique et économique, Berne 2002, à commander à l'adresse: <http://www.parlament.ch/F/kommissionen/ko-kommissionen/ko-au-pvk/ko-au-pvk-veroeffentlichungen/Pages/ko-au-pvk-berichte.aspx?>

<sup>8</sup> Cf. annexe III.



nouvel accord constituant un pas de plus vers l'ouverture des marchés publics. Pour l'heure, elles portent notamment sur la mise en place de mécanismes d'achats électroniques (enchères électroniques, par exemple), ainsi que sur l'élargissement du champ d'application personnel et matériel.

A l'exception de l'objectif d'harmonisation, les objectifs visés à travers la révision de l'accord de l'OMC rejoignent ceux poursuivis par la révision de la LMP. En effet, l'accord révisé de l'OMC est axé sur la modernisation, la clarification et l'assouplissement des normes juridiques internationales.

Le droit international des marchés publics ne se limite plus aujourd'hui à l'accord de l'OMC, à l'accord bilatéral avec l'UE et aux recommandations de l'OCDE<sup>9</sup>, mais comprend aussi les accords de libre échange, pilier central de la stratégie de politique économique du Conseil fédéral et de l'accès des soumissionnaires suisses aux marchés étrangers. Ainsi la Suisse a pris des engagements en matière de marchés publics, dans le cadre des accords de libre échange conclus avec le Chili et le Mexique. De tels engagements sont également en cours de négociations avec les Etats du Golfe, la Colombie, le Pérou et le Japon.

L'Union européenne a parallèlement émis de *nouvelles directives ayant trait aux marchés publics* ou remanié celles en vigueur, à l'intention de ses Etats-membres<sup>10</sup>. Ces derniers devaient mettre en application le nouveau droit avant le début de 2006. Ces réformes visent à simplifier le droit des marchés publics et à offrir davantage de souplesse aux adjudicateurs, notamment en introduisant une possibilité de «dialogue compétitif» autorisant la discussion entre adjudicateurs et soumissionnaires à un certain stade de la procédure sans qu'il soit nécessaire de justifier une préimplication. L'évolution des marchés publics de l'UE a toujours eu une influence (du moins indirecte) sur celle de la Suisse du fait des obligations qui incombent à la Confédération en vertu de l'accord bilatéral, d'une part, et de la jurisprudence des tribunaux suisses, qui s'efforcent de prendre des décisions eurocompatibles sur cette base, d'autre part.

Enfin, l'OCDE a également émis une *recommandation sur la lutte contre la corruption* dans le cadre des marchés publics, selon laquelle les entreprises coupables de corruption sur le sol helvétique ou à l'étranger doivent se voir interdire tout accès aux procédures d'achat public en Suisse. Le projet de révision de la loi propose donc d'astreindre les adjudicateurs à exclure les entreprises coupables de

<sup>9</sup> Organisation de coopération et de développement économiques.

<sup>10</sup> Directive 2004/18/CE du Parlement européen et du Conseil du 31 mars 2004, relative à la coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, de fournitures et de services, JO L 134 du 30.4.2004, p. 114 ss.

Directive 2004/17/CE du Parlement européen et du Conseil du 31 mars 2004 portant coordination des procédures de passation des marchés dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux, JO L 134 du 30.4.2004, p. 1 ss.

Directive 89/665/CEE du Conseil du 21 décembre 1989, portant la coordination des dispositions législatives, réglementaires et administratives relatives à l'application des procédures de recours en matière de passation des marchés publics de fournitures, de travaux et de services, JO L 395 du 30.12.1989, p. 33 ss.

Directive 92/13/CEE du Conseil du 25 février 1992, portant coordination des dispositions législatives, réglementaires et administratives relatives à l'application des règles communautaires sur les procédures de passation des marchés des entités opérant dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des télécommunications, JO L 76 du 23.3.1992, p. 14 ss.

corruption des procédures d'achat ou à révoquer leurs adjudications (cf. art. 25 ss. et 56 AP-LMP).

## **1.3 Travaux préliminaires**

### **1.3.1 Analyse des forces et des faiblesses**

Adjudicateurs et soumissionnaires ont été interrogés sur leurs expériences tirées de la pratique et sur leurs besoins lors d'une vaste enquête mandatée par le Conseil fédéral. Plus de 500 prises de position ont ainsi été reçues et étudiées dans le cadre de ce sondage, dont celles de grandes associations économiques telles qu'économiesuisse, l'Union suisse des arts et métiers, constructionsuisse ou encore le Syndicat Industrie & Bâtiment. Un souhait commun de simplification, de clarification, d'assouplissement et de modernisation des normes d'adjudication est apparu et une harmonisation des prescriptions fédérales et cantonales a été expressément demandée.

La jurisprudence, la doctrine, les interventions parlementaires, les décisions de principe du Conseil fédéral, ainsi que divers rapports internes et externes à l'administration sur le droit des marchés publics ont également été examinés. Différentes comparaisons ont par ailleurs été établies entre la situation en Suisse, d'une part, et les réglementations des marchés publics en vigueur à l'étranger et sur le plan international, d'autre part.

Ces recherches ont débouché sur une analyse des forces et des faiblesses du droit suisse des marchés publics actuel<sup>11</sup>, dont le conseiller aux Etats Jenny a corroboré les conclusions dans son *interpellation* du 7 octobre 2004<sup>12</sup> intitulée «Attribution des marchés publics. Harmoniser et simplifier les dispositions applicables»: «Nous constatons aujourd'hui avec désenchantement que la législation en vigueur est si compliquée et si dispersée qu'il est très difficile, même pour les juristes, de l'appliquer correctement. Les charges administratives que les processus d'achat imposent aux soumissionnaires sont considérables. La Suisse, pays de petite taille, ne dispose toujours pas de règles uniformes sur la procédure et les conditions formelles de soumission, ce qui retient les petites et moyennes entreprises de présenter une offre.»

L'Office fédéral de l'environnement (OFEV) a mené en outre de sa propre initiative, à l'intention de la Commission des achats de la Confédération, une analyse des forces et des faiblesses des marchés publics axés sur la prise en compte des aspects écologiques, qui a débouché sur la publication d'un rapport.<sup>13</sup>

### **1.3.2 Implication des cantons**

Etant donné l'importance de l'objectif d'harmonisation, les cantons ont immédiatement eu la possibilité de participer au projet de révision de la loi. La Conférence des chefs de départements cantonaux de l'économie publique (CDEP) et

<sup>11</sup> Le droit des marchés publics actuel du point de vue de la pratique, présentation et analyse des réponses au questionnaire relatif aux forces et faiblesses du droit des marchés publics actuel, Berne, 15 mars 2004.

<sup>12</sup> Interpellation Jenny du 7 octobre 2004 (04.3578), Attribution des marchés publics. Harmoniser et simplifier les dispositions applicables.

<sup>13</sup> L'analyse des forces et des faiblesses de la LMP menée par l'OFEV en 2004 est téléchargeable en allemand sous:  
<http://www.bafu.admin.ch/produkte/02076/index.html?lang=fr> (Documentation générale).

la Conférence des directeurs cantonaux des finances (CDF) ont chargé la *Conférence suisse des directeurs des travaux publics, de l'aménagement du territoire et de l'environnement (DTAP)* de représenter leurs intérêts dans le cadre de ce processus. Des représentants de la DTAP/des cantons ont été impliqués à la fois dans le comité du projet et dans le groupe de travail (cf. ch. 1.3.6).

### 1.3.3 Expertises

Pour bien cerner le besoin matériel et les possibilités de mise en œuvre de l'objectif d'harmonisation, la Confédération et les cantons ont commandé conjointement plusieurs expertises<sup>14</sup>, la question centrale étant de parvenir à une répartition des compétences législatives aussi adéquate que possible d'un point de vue économique et politique, dans le domaine du droit des marchés publics, entre la Confédération et les cantons. Les spécialistes ont notamment pris position sur les questions suivantes: quelles sont les différences de contenu entre le droit d'adjudication des cantons et celui de la Confédération?<sup>15</sup> Quels sont les modèles de répartition possibles de la réglementation entre les cantons et la Confédération dans le domaine du droit des marchés publics?<sup>16</sup> Quelle sera, à l'avenir, la répartition optimale de la réglementation en tenant compte des considérations économiques<sup>17</sup> et politiques (en particulier fédéralistes)?<sup>18</sup> Dans quelle mesure la Confédération est-elle habilitée à régir le droit des marchés publics à l'échelle nationale en vertu du droit constitutionnel actuel?<sup>19</sup> Enfin, la Conférence des directeurs cantonaux des finances (CDF) et la Confédération ont demandé ensemble une étude sur les retombées d'une unification partielle pour l'ensemble de l'économie selon que celle-ci soit assortie ou non d'une modernisation<sup>20</sup>.

Par ailleurs, des études ont paru sur les critères d'adjudication étrangers à la prestation<sup>21</sup>, sur les critères écologiques<sup>22</sup> ainsi que les dommages-intérêts en droit des marchés publics<sup>23</sup>.

<sup>14</sup> Toutes ces études sont disponibles sur Internet, à l'adresse [www.beschaffung.admin.ch](http://www.beschaffung.admin.ch).

<sup>15</sup> Zufferey Jean-Baptiste/Dubey Jacques, Etude comparative en droit des marchés publics de la Confédération et des cantons, Fribourg 2003.

<sup>16</sup> Biaggini Giovanni, Die Regelungsaufteilung im geltenden schweizerischen Vergaberecht sowie Darstellung möglicher Alternativen, Zurich 2003 (ci après: Biaggini, Répartition de la réglementation).

<sup>17</sup> Frey René, L. Kilchenmann Christoph/Krauter Nicolai Geltende Rechtsetzungskompetenz im schweizerischen Vergaberecht und Alternativen: Eine bewertende Studie aus volkswirtschaftlicher Sicht, Bâle 2003.

<sup>18</sup> Biaggini Giovanni, Geltende Rechtsetzungskompetenz im schweizerischen Vergaberecht und Alternativen: Eine bewertende Studie aus staatsrechtlicher Sicht, Zurich 2003.

<sup>19</sup> Biaggini Giovanni, Verfassungsrechtliche Abklärungen im Zusammenhang mit der Revision des Bundesgesetzes über das öffentliche Beschaffungswesen, Zurich 2005 (ci-après: Biaggini, Etude de droit constitutionnel).

<sup>20</sup> Ecoplan, Potenzialschätzung einer Teilvereinheitlichung des öffentlichen Beschaffungsrechts, Berne/Altdorf 2004 (ci-après: Ecoplan, Estimation du potentiel de réduction des coûts d'une uniformisation partielle).

<sup>21</sup> Zufferey Jean-Baptiste/Dubey Jacques, Etude complémentaire en droit des marchés publics de la Confédération et des Cantons, Les critères dits «étrangers à l'adjudication», Fribourg 2004.

<sup>22</sup> Steiner Marc, Die umweltfreundliche Beschaffung – vergaberechtliche Möglichkeiten und Grenzen, Aarau 2006.

<sup>23</sup> Beyeler Martin, Vergaberechtlicher Sekundärrechtsschutz im neuen Bundes-Vergaberecht, Berne 2005.

### 1.3.4 Rapport sur les objectifs et le contenu de la révision de la loi fédérale sur les marchés publics

Un rapport sur les objectifs et le contenu de la révision de la loi fédérale sur les marchés publics a été établi à l'intention du comité du projet et approuvé le 7 avril 2005. Ce rapport communique les résultats de l'analyse des forces et des faiblesses effectuée, étudie les problèmes constatés et les défis à relever du point de vue de leur pertinence dans le cadre de la révision du droit des marchés publics et soumet enfin des propositions concrètes au comité du projet afin de résoudre les problèmes décrits<sup>24</sup>.

### 1.3.5 Solutions étudiées pour réaliser l'objectif d'harmonisation

Parmi les quatre objectifs de la révision, l'harmonisation représentait, en particulier, un véritable défi. Car si la nécessité d'harmoniser le droit des marchés publics à l'échelle nationale fait l'unanimité, plusieurs voies sont envisageables. Dans leur recherche de la forme la plus appropriée pour réaliser l'objectif d'harmonisation, les experts ont étudié *quatre modèles*.

Plusieurs possibilités se sont en effet dessinées comme alternatives à la législation en vigueur (*statu quo avec harmonisation facultative*)<sup>25</sup>:

*Modèle A*: harmonisation plus poussée par les cantons au moyen d'un *concordat*, le cas échéant avec une implication plus formelle de la Confédération, en poursuivant par exemple le développement de l'AIMP (du 25 novembre 1994/15 mars 2001).

*Modèle B*: harmonisation par une *législation de la Confédération limitée aux principes*, c'est-à-dire intégrant de grandes lignes fixées par la Confédération et laissant aux cantons le soin de fixer les détails de la réglementation.

*Modèle C*: harmonisation au moyen d'une *uniformisation partielle* (par la Confédération), c'est-à-dire sous la forme d'une législation fédérale valable également au niveau cantonal, mais laissant certaines questions de réglementation aux cantons.

*Modèle D*: *réglementation fédérale uniforme* sur la base d'une compétence fédérale absolue, c'est-à-dire ne laissant plus aucune marge de manœuvre aux cantons pour leurs propres réglementations.

Le processus de décision politique nécessitait des connaissances plus approfondies de *l'état actuel des compétences de la Confédération dans le domaine du droit des marchés publics en vertu de la Constitution*. La réalisation du modèle D impliquerait en effet d'instaurer une compétence fédérale absolue en modifiant la Constitution. Pour clarifier les questions ouvertes en matière de droit constitutionnel, notamment en rapport avec le modèle C, la Confédération et les cantons ont donc demandé conjointement une expertise<sup>26</sup>, dont il ressort que l'art. 95 (article sur le marché intérieur) de la Constitution fédérale de la Confédération du 18 avril 1999<sup>27</sup> (Cst; RS 101) habilite la Confédération à réglementer le droit des marchés publics à l'échelle nationale pour tous les points ayant trait à la transparence et à l'égalité de traitement des soumissionnaires, mais pas pour les décisions de principe

<sup>24</sup> CA/KBOB, Ziele und Inhalte der Revision des Bundesgesetzes über das öffentliche Beschaffungswesen (BoeB), Berne 2005.

<sup>25</sup> Biaggini, Répartition de la réglementation, voir plus haut.

<sup>26</sup> Biaggini, Etude de droit constitutionnel, voir plus haut.

<sup>27</sup> Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999 (RS 101).

(stratégiques) concernant l'utilisation économique des fonds publics. L'état actuel des compétences de la Confédération en vertu de la Constitution est abordé en détail au paragraphe 11.2, ainsi que dans le commentaire des différentes normes.

Ces quatre modèles ont été étudiés dans l'optique de l'économie et du droit public. Les experts consultés ont confirmé qu'il n'existait guère d'argument en faveur de la diversité actuelle. Une harmonisation s'impose et, compte tenu du principe de subsidiarité ancré dans la Constitution fédérale, elle se justifie. Les spécialistes sont *unanimentement* convaincus qu'une *uniformisation partielle du droit des marchés publics par une loi fédérale* constitue le moyen le plus adéquat de réaliser les objectifs de la révision tout en respectant la Constitution et l'AMP<sup>28</sup>, d'autant que ce modèle permettrait d'instaurer facilement des mécanismes de contrôle efficaces afin de garantir une application uniforme du droit, d'assurer une jurisprudence cohérente, ainsi que de créer les conditions-cadres nécessaires à la mise en place de procédures d'achat électroniques (e-procurement). Le potentiel de réduction des coûts considérable associé à ce modèle parle lui aussi en faveur d'une uniformisation partielle aussi étendue que possible dans le cadre des compétences qui incombent à la Confédération en vertu de la Constitution<sup>29</sup>.

Le modèle A (*concordat à l'échelle nationale* avec implication de la Confédération) est rejeté par les experts, qui doutent que tous les cantons adhèrent à un concordat exhaustif ou qui craignent tout de moins que beaucoup de temps ne s'écoule jusqu'à ce que les 26 cantons l'aient signé (cf. mise en application de l'accord bilatéral Suisse-EU dans l'AIMP rév. et retard pris dans sa ratification).

Le modèle B (*loi-cadre de la Confédération*) est lui aussi rejeté par les experts au motif qu'il ne résoudrait pas le problème principal, soit la fragmentation du droit. Les 27 réglementations distinctes sur les marchés publics et les différences de pratique qui en résultent subsisteraient en effet, de sorte que les objectifs de simplification et de transparence ne pourraient être atteints.

Enfin, le modèle D (*uniformisation totale* du droit des marchés publics par une loi fédérale) irait trop loin du point de vue des experts attendu que, pour l'heure, la Confédération ne dispose pas de compétences législatives absolues dans le domaine du droit des marchés publics.

D'autres voix que celles des experts ont également été écoutées et appréciées, dont celles de *grandes associations économiques suisses*, qui demandent que la foison de règlements actuels soit remplacée et que les dispositions déterminantes réglant les marchés publics soient réunies dans un document unique valable pour toute la Suisse. Malgré cette demande d'harmonisation totale du droit des marchés publics, un remaniement de la Constitution destiné à limiter les compétences des cantons en la matière est considéré comme inopportun à l'heure actuelle, car il retarderait de plusieurs années la promulgation d'une nouvelle législation.

28 Biaggini Giovanni, Geltende Rechtsetzungskompetenz im schweizerischen Vergaberecht und Alternativen: Eine bewertende Studie aus staatsrechtlicher Sicht, Zurich 2003, p. 65; Frey René, L. Kilchenmann Christoph/Krauter Nicolai Geltende Rechtsetzungskompetenz im schweizerischen Vergaberecht und Alternativen: Eine bewertende Studie aus volkswirtschaftlicher Sicht, Bâle 2003, p. 83; Ecoplan, Estimation du potentiel de réduction des coûts, p. 43 ss.

29 Ecoplan, Estimation du potentiel de réduction des coûts d'une uniformisation partielle.

La préférence va donc à une uniformisation partielle, comme elle est proposée dans le modèle C (*uniformisation partielle*), afin de répondre à l'objectif d'harmonisation dans une mesure suffisante.

### 1.3.6 Elaboration des avant-projets

Au vu de ces expertises, de ces bases de réflexion et après que la DTAP s'est prononcée en faveur d'une uniformisation partielle du droit des marchés publics par une loi fédérale lors de son assemblée générale du 20 avril 2006, il a été convenu de suivre le modèle C. Un groupe de travail mixte élargi, mêlant à la fois représentants de la Confédération et des cantons, a alors élaboré des avant-projets de loi fédérale et d'ordonnance, en suggérant que ces dernières s'appliquent aussi bien à la Confédération qu'aux cantons. Leur contenu a été défini dans le respect des compétences qui incombent à la Confédération en vertu de l'art. 95 Cst. Cette première version de la nouvelle loi se proposait de reprendre les principes du droit international des marchés publics et de transposer dans la législation fédérale les principes relatifs aux achats publics n'entrant dans le cadre d'aucun traité, mais néanmoins pertinents dans l'optique du marché intérieur. L'ordonnance aurait quant à elle repris d'emblée les normes directement applicables de l'accord de l'OMC, qui relèvent du droit supérieur et dont la mise en application ne laisse aucune marge de manœuvre – ou tout du moins qu'un champ d'action très restreint.

Ces avant-projets ont été rejetés par la DTAP, qui considérait que l'ensemble n'était pas adapté aux objectifs fixés. Celle-ci a indiqué que les cantons entendaient continuer à réglementer par eux-mêmes la mise en application des dispositions des traités et le droit intercantonal des marchés publics par le biais d'un concordat. Or les avantages économiques considérables qu'une uniformisation partielle serait susceptible d'apporter ont été largement plébiscités lors d'un entretien de haut niveau politique entre représentants de la Confédération et des cantons. Il a par conséquent été décidé de procéder à une consultation relative à une loi fédérale valable à la fois pour la Confédération et les cantons (modèle de l'uniformisation partielle). Les avant-projets ont alors été remaniés de sorte à tenir compte des préoccupations matérielles majeures des cantons avancées par la DTAP.

Ces nouveaux avant-projets inscrivent les dispositions directement applicables de l'accord de l'OMC dans le droit suisse, de manière uniforme pour la Confédération et les cantons. Ils proposent par ailleurs une homogénéisation nationale des principes et réglementations régissant les achats publics afin d'assurer le bon fonctionnement du marché intérieur, tout en laissant aux cantons la possibilité de légiférer dans certains domaines importants, conformément aux compétences qui leur incombent en vertu de la Constitution<sup>30</sup>. L'ordonnance contient quant à elle des dispositions d'exécution s'adressant uniquement aux pouvoirs adjudicateurs fédéraux. Les cantons demeurent ainsi souverains dans leurs domaines d'attribution, et donc libres de signer un concordat.

L'uniformisation partielle pour la Confédération et les cantons fait que de nombreuses réglementations figurant jusque-là dans l'OMP passent dans la loi. D'où une densification normative du présent avant-projet de LMP (AP-LMP), qui compte près de 85 articles alors que la LMP en vigueur en compte 35. L'ordonnance est allégée en conséquence (25 à 30 articles contre 70 jusqu'ici). En outre, l'uniformisation partielle rend caduques plusieurs centaines de normes cantonales.

<sup>30</sup> Pour ce concept, cf. paragraphe 2.4.

## 2 Objectifs et contenu

Compte tenu des résultats de l'analyse des forces et des faiblesses du droit suisse des marchés publics, le Conseil fédéral a défini quatre objectifs suprêmes pour cette révision: la nouvelle législation vise une *modernisation*, une *clarification*, un *assouplissement* et une *harmonisation à l'échelle nationale* – objectifs que le comité du projet a précisés dans son rapport sur les objectifs et le contenu de la révision de la loi fédérale sur les marchés publics du 7 avril 2005<sup>31</sup>. Les objectifs actuels du droit des marchés publics que constituent *l'utilisation économique des fonds publics*, *l'égalité de traitement des soumissionnaires*, *le renforcement de la concurrence* et la *transparence* restent néanmoins d'actualité.

### 2.1 Modernisation

La modernisation du droit des marchés publics passe par une adaptation aux réalités actuelles. Il convient notamment de réglementer l'utilisation des *nouvelles technologies de l'information* et la *collaboration entre le secteur privé et les pouvoirs publics*, ainsi que de créer les conditions-cadres juridiques nécessaires à une *coopération* nationale et internationale en matière d'achats publics. Il s'agit enfin de favoriser des pratiques des marchés publics satisfaisant à certains critères économiques, sociaux et écologiques (*pratiques des marchés publics axées sur le développement durable*), ainsi que les *innovations* sur le marché.

Le projet contient toutes les bases légales indispensables dans cette optique. Il prévoit comme *organe de publication électronique* pour les marchés publics de la Confédération la Feuille officielle suisse du commerce (FOSC, cf. art. 55). Les cantons peuvent désigner un autre organe de publication, voire créer de leur plein gré une plate-forme commune d'information. Le projet introduit une possibilité d'*enchères électroniques* et encourage la collaboration entre le secteur privé et les pouvoirs publics au moyen de l'instrument que constitue le *dialogue*. Concernant la collaboration, il définit en outre dans quelles conditions un particulier peut également être considéré comme *adjudicateur* au sens de la loi. Il instaure aussi des règles en matière de conflit des lois pour les *coopérations nationales et internationales dans le domaine des achats publics* et crée les conditions-cadres nécessaires à une pratique des achats publics axée sur le développement durable grâce aux *critères d'adjudication monétaires et non monétaires*. Enfin, il devrait stimuler l'innovation sur le marché grâce aux *concours* et à la possibilité de présenter des *variantes* indépendamment de la prestation décrite par l'adjudicateur dans l'appel d'offres.

### 2.2 Clarification

Faute de législation, les questions concernant la portée du *champ d'application personnel et matériel*, les conditions d'*exclusion des soumissionnaires préimprimés*, la conduite à adopter par les adjudicateurs en cas d'*offres anormalement basses* et la détermination de *l'offre la plus avantageuse économiquement* ont conduit à de fortes incertitudes sur le terrain. Aussi le projet introduit-il quelques normes explicatives.

Tout un catalogue de questions autour de la *prise en compte d'aspects sociaux dans*

<sup>31</sup> voir: <http://www.bbl.admin.ch/bkb/00235/00362/00375/index.html?lang=fr> .

le droit des marchés publics a été présenté aux décideurs politiques. Faut-il par exemple exiger des soumissionnaires étrangers qu'ils respectent les normes nationales sur les chantiers suisses, quitte à renoncer aux avantages de prix qu'ils offriraient sinon? Ou bien le respect des dispositions fixées par la loi sur les travailleurs détachés<sup>32</sup> suffit-il, auquel cas ce seraient les soumissionnaires suisses qui pourraient s'en trouver pénalisés? Et comment déterminer la réglementation applicable au niveau du marché intérieur? Un soumissionnaire argovien est-il lié par ses propres prescriptions dès lors que le chantier est situé dans le canton de Bâle-Campagne, ou doit-il (également) se plier aux prescriptions de Bâle-Campagne? Dans le cas des soumissionnaires sans siège ni filiale en Suisse, le projet propose que les dispositions s'appliquent en principe en fonction du lieu de la prestation, ou au moins que les conventions de l'Organisation internationale du travail (OIT) soient respectées. En revanche, le principe du lieu de provenance s'applique aux prestataires ayant leur siège ou une filiale en Suisse. Cette réglementation sur le marché intérieur déjà en vigueur dans les cantons est ainsi étendue à la Confédération (voir art. 25, al. 3, AP-LMP).

La question de savoir si le droit des marchés publics doit accorder davantage d'importance à des critères sociaux sans lien direct avec la prestation (*critères étrangers à la prestation*) – et si oui, lesquels – nécessite elle aussi des éclaircissements. Faut-il par exemple récompenser les entreprises qui forment des apprentis?<sup>33</sup> Le projet propose que l'adjudicateur ne prenne en compte les places de formation offertes qu'en présence d'offres équivalentes (cf. art. 39, al. 5, AP-LMP).

La question du devenir des *contrats conclus prématurément*, c'est-à-dire avant que la décision sur l'effet suspensif acquière l'autorité sur la chose jugée, est également à discuter. Le devenir de ces contrats est-il exclusivement régi par les normes de droit civil? Ou doivent-ils être frappés de nullité ou d'invalidité, sur le modèle de la loi fédérale du 4 octobre 1991 sur le droit foncier rural (LDFR, RS 211.412.11)? Le projet propose deux variantes à débattre (art. 43, 43a et 78, al. 2, AP-LMP).

Enfin, le système des voies de droit au niveau des marchés de la Confédération est pointé du doigt, et notamment la question de l'*effet suspensif*, qui nécessite que les décideurs politiques se forment une opinion. En effet, bien que la législation en vigueur stipule qu'un recours contre une adjudication n'a pas d'effet suspensif, dans les faits, nombre de ces recours ont entraîné un effet suspensif en vertu de la réglementation de l'OMC, qui prévaut. Dans la pratique, il en est d'ores et déjà résulté des situations déplorables, avec de lourdes conséquences financières pour les pouvoirs publics. Lors de la construction de la nouvelle transversale alpine (NLFA), par exemple, les procédures de recours – et en particulier la question de l'octroi de l'effet suspensif – ont dernièrement été la cause d'importants retards et ont ainsi coûté extrêmement cher. Cette situation a donné – et donne toujours – lieu à des interrogations critiques d'un point de vue économique. Aussi le projet propose-t-il un nouveau système d'effet suspensif *pour la Confédération*:

- La règle veut qu'un recours ait un effet suspensif en vertu de la loi.
- L'adjudicateur peut cependant retirer l'effet suspensif dès lors que des

<sup>32</sup> Loi fédérale du 8 octobre 1999 sur les conditions minimales de travail et de salaire applicables aux travailleurs détachés en Suisse et sur les mesures d'accompagnement (Loi sur les travailleurs détachés; RS 823.20).

<sup>33</sup> Motion Galladé du 10 mars 2004 (04.3061), Marchés publics. La formation d'apprentis constitue un critère d'attribution.



intérêts publics prépondérants s’y opposent, conformément à l’art. 55 de la loi fédérale du 20 décembre 1968 sur la procédure administrative<sup>34</sup>. Si un soumissionnaire intente un recours contre ce retrait, le tribunal a 30 jours pour statuer. Faute de décision passé ce délai, le retrait de l’effet suspensif entre en vigueur. Ce système vise à abrégé la procédure, sans toutefois raccourcir les délais de recours des soumissionnaires. Il permet une accélération des procédures de recours du fait que l’adjudicateur communique sa position dès sa décision d’adjudication (ainsi, seuls les recours préalables à la décision sur l’effet suspensif restent nécessaires), d’une part, et du fait que le tribunal doit trancher sur la question de l’effet suspensif dans un délai restreint, d’autre part.

- Aucun effet suspensif ne doit être accordé en vertu de la loi pour les recours portant sur de grands projets dans l’intérêt du pays tout entier (ou tout du moins d’une grande partie de celui-ci), dont l’exécution doit intervenir dans un certain délai et pour lesquels un report de la conclusion du contrat est d’emblée jugé comme excessif, de même que pour les marchés dans le domaine de la sécurité ou de l’armement.

### 2.3 Assouplissement

Le droit des marchés publics actuels est adapté aux biens et services normalisés. Pour les achats réclamant une communication intense entre l’adjudicateur et le soumissionnaire (projets informatiques complexes, planification de travaux, recherche, développement, etc.), ses *règles* très formelles se sont révélées trop *rigides*. Il doit donc désormais être assoupli en *accordant une plus grande marge de manœuvre pour le traitement d’achats complexes et en raccourcissant les procédures*. Différents éléments, parfois nouveaux, sont mis à la disposition des adjudicateurs dans le cadre de l’organisation des appels d’offres (cf. art. 44 ss. AP-LMP).

Pour élaborer des solutions ou des procédés, le projet intègre à présent la notion de *concours* dans la loi, sans toutefois définir ses formes plus avant: ces modalités restent à déterminer sur le terrain – autrement dit par les associations concernées – afin d’assurer une certaine souplesse et une bonne adéquation aux besoins de chaque branche. Le projet introduit en outre la notion de *dialogue*, notamment pour l’acquisition de prestations intellectuelles. Ce dialogue doit permettre de discuter des solutions et procédés proposés par chaque soumissionnaire afin de les développer encore. Les adjudicateurs ont également la possibilité de publier des appels d’offres décrivant uniquement le but de l’achat (*appels d’offres fonctionnels*, cf. art. 21, al. 2, AP-LMP), ce qui permettra de mieux tenir compte des dernières évolutions du marché. Enfin, une possibilité de *négociation* est désormais admise afin de clarifier les questions ouvertes et d’optimiser les offres.

Ces éléments, qui visent à offrir davantage de souplesse aux adjudicateurs dans le cadre de leurs achats, touchent à l’utilisation économique des fonds publics, domaine normalement réservé aux *cantons* d’après la Constitution. Aussi ces derniers peuvent-ils introduire ici certaines restrictions dans leur domaine de compétence, voire exclure certains éléments.

<sup>34</sup> Loi fédérale du 20 décembre 1968 sur la procédure administrative (PA; RS 172.021).

## 2.4 Harmonisation

La *réglementation des marchés publics* présente de *nombreuses différences* entre la Confédération et les cantons, mais aussi d'un canton à un autre. D'importantes divergences apparaissent notamment concernant le champ d'application de la législation dans les domaines personnel et matériel, la valeur seuil, les exigences auxquelles l'appel d'offres doit répondre, les critères de sélection (distinction entre les critères de qualification et les critères d'adjudication, pondération), les négociations portant sur les prix (admissibilité, importance du critère du prix), la protection juridique (dommages-intérêts, contestabilité des adjudications d'un montant inférieur à la valeur seuil)<sup>35</sup>, l'exclusion de la procédure en cours et des procédures à venir et la prise en considération de critères non liés directement à l'adjudication, de nature sociopolitique, par exemple<sup>36</sup>. Ces différences rendent le droit suisse des marchés publics particulièrement complexe et obscur, ce qui conduit à de nombreuses incertitudes pour les parties concernées. L'éclatement actuel du droit débouche par ailleurs sur une jurisprudence parfois contradictoire. Cette situation s'inscrit en totale contradiction avec le principe de transparence et engendre des coûts considérables pour les soumissionnaires.

L'*harmonisation de l'application du droit et de la jurisprudence* (cf. paragraphes 1.3.5 et 1.3.6) constitue donc l'un des principaux objectifs de cette révision – et également l'un des plus discutés du point de vue de sa réalisation.

L'entrée en vigueur de la LTF<sup>37</sup> représentait la première condition nécessaire à cette harmonisation de la jurisprudence en matière de droit des marchés publics. Depuis, le *recours au Tribunal fédéral comme dernière instance commune* est possible. La révision du droit des marchés publics de la Confédération vise en outre une harmonisation du droit matériel des marchés publics entre la Confédération et les cantons.

Le présent projet de loi propose une harmonisation au moyen *d'une uniformisation partielle du droit des marchés publics*. La *nouvelle loi fédérale* s'applique par conséquent aussi bien à la Confédération qu'aux cantons, à qui elle laisse cependant une certaine marge de manœuvre dans leurs domaines d'attribution.

Sur le plan du *contenu*, la nouvelle loi fédérale définit les grands principes du droit des marchés publics. Elle reprend également dans le droit suisse les prescriptions directement applicables de l'accord de l'OMC de manière uniforme pour la Confédération et les cantons. Il en va de même pour les normes du traité, laissant certes une certaine marge de manœuvre aux Etats-membres, mais dont la mise en application fait globalement l'objet d'un consensus en Suisse – dans la limite toutefois où la Constitution habilite la Confédération à légiférer en la matière. Enfin, le projet propose diverses dispositions visant à assurer le bon fonctionnement du marché intérieur, qui remplacent les dispositions correspondantes de la loi sur le marché intérieur<sup>38</sup>.

<sup>35</sup> Pour la protection juridique, cf. paragraphe 2.2.

<sup>36</sup> Zufferey Jean-Baptiste/Dubey Jacques, *Etude comparative en droit des marchés publics de la Confédération et des cantons*, Fribourg 2003.

<sup>37</sup> Loi du 17 juin 2005 sur le Tribunal fédéral (RS 173.110, LTF).

<sup>38</sup> Loi fédérale du 6 octobre 1995 sur le marché intérieur (LMI, RS 943.02).

La nouvelle loi entend laisser une marge de manœuvre aussi grande que possible aux adjudicateurs et aux soumissionnaires, sous réserve toutefois du respect de certains principes tels que la transparence et l'égalité de traitement des intervenants du marché. Ainsi, les possibilités offertes par le droit supérieur doivent pouvoir être appliquées dans toute la mesure du possible. Lorsqu'elle propose malgré tout une restriction, les cantons demeurent libres de suivre et tout ou partie cette recommandation.

La nouvelle loi fédérale ne touche donc pas aux compétences législatives que la Constitution réserve aux cantons (exception faite de l'art. 27 let. d, AP-LMP concernant les motifs d'exclusion dans un concours). Ces derniers restent donc souverains concernant leur organisation, l'aménagement de leurs procédures et l'utilisation de leurs fonds publics<sup>39</sup>. En d'autres termes, ils demeurent pratiquement libres de coordonner leurs adjudicateurs et d'organiser leur protection juridique et leurs procédures de recours comme ils l'entendent, pour autant qu'ils respectent les exigences minimales imposées par le droit international supérieur. Les cantons peuvent ainsi s'écarter de la loi dans certains domaines de la réglementation et édicter leurs propres prescriptions sur la base de normes facultatives. Ils peuvent aussi restreindre les possibilités offertes par la loi dans d'autres domaines, voire les exclure. Cela vaut en particulier pour les éléments de procédure concernant l'utilisation de leurs fonds publics: ils peuvent par exemple limiter ou bannir les négociations et les «rounds de négociation».

L'un des objectifs de l'harmonisation porte sur les valeurs seuils. Beaucoup appellent de leurs vœux un relèvement au niveau international des seuils régissant les marchés de services. La question de sa faisabilité n'était pas tranchée à l'ouverture de la présente procédure de consultation. En effet, les partenaires commerciaux de la Suisse ne sont pas disposés à remettre en question l'harmonisation des seuils réalisée sur le plan international au niveau des pouvoirs adjudicateurs des gouvernements centraux. Beaucoup assimilent d'ailleurs un relèvement des seuils à un cloisonnement et à une restriction de l'accès aux marchés obtenu en 2004. Le cas échéant, nos partenaires commerciaux relèveraient au moins d'autant leurs seuils applicables aux soumissionnaires suisses. Quant à l'uniformisation des seuils sur le plan suisse, elle dépendra notamment de l'issue des négociations relatives à l'AMP. Tout en se basant sur les seuils actuellement en vigueur au niveau international, l'avant-projet préconise une certaine uniformisation dans le pays. Il prend en considération à plusieurs reprises les seuils déterminants aujourd'hui au niveau cantonal, à des fins d'harmonisation sur le plan suisse. La compétence des cantons et du Conseil fédéral de baisser les seuils prévus demeure toutefois réservée (art. 15 AP-LMP).

Une «Commission pour le droit suisse des marchés publics» fait office d'*instance de coordination* afin de favoriser encore cette harmonisation. Le projet fixe en outre des exigences minimales uniformes concernant la surveillance du droit des marchés publics.

<sup>39</sup> Pour le contexte constitutionnel, cf. chapitre 11.2 ainsi que Biaggini, Etude de droit constitutionnel, op cit.

### **3 Avantages des solutions proposées**

#### **3.1 Avantages de la révision en général**

La révision du droit des achats publics peut contribuer grandement à renforcer la croissance économique en Suisse:

- La sécurité juridique accrue pour les soumissionnaires et l'harmonisation du droit des achats publics rendent plus aisée et moins onéreuse pour les entreprises la recherche d'informations et réduisent de surcroît les obstacles à la libre concurrence.
- De même, les processus d'achat gagnent en simplicité pour les collectivités publiques. Une organisation adéquate devient possible même pour les projets complexes. Par ailleurs, la concentration des commandes permet d'obtenir des prix plus avantageux.
- La transparence accrue facilite l'accès aux marchés publics et stimule la concurrence.
- Le nouveau cadre juridique permet le déroulement électronique de tout le processus d'achat – qui s'étend aussi aux soumissionnaires et qui va de l'annonce des besoins à la facturation – et l'orientation stratégique des marchés publics. D'où un important potentiel de réduction des coûts, pour les entreprises comme pour l'économie en général.
- La possibilité de recourir en toute sécurité juridique aux technologies d'information modernes dans le cadre des marchés publics constitue également une mesure indirecte de promotion technologique.
- L'uniformisation dans toute la Suisse des principes et réglementations du droit des marchés publics revitalisera le marché intérieur. Le droit révisé des marchés publics prendra ainsi le relais des dispositions en vigueur de la loi sur le marché intérieur.
- La révision du droit des achats publics offre une chance à saisir. Certaines des modifications centrales qu'elle contient figurent déjà dans la version révisée de l'accord de l'OMP. Une mise en œuvre uniforme est par conséquent possible dès le départ. Les compétences accordées aux cantons par la Constitution demeurent toutefois réservées.

#### **3.2 Avantages d'une uniformisation partielle du droit des marchés publics**

Les principaux avantages du projet d'uniformisation partielle du droit des achats publics sont les suivants:

- A défaut d'être partout identiques, l'application et l'interprétation du droit gagneront en uniformité par rapport à aujourd'hui.
- En apportant leur soutien à la révision, la Confédération, les cantons et l'économie suisse ont une réelle opportunité d'harmoniser le droit des achats publics et donc de permettre à tous les acteurs concernés d'y voir plus clair.
- La Confédération fait largement usage de sa compétence constitutionnelle sur le terrain de l'harmonisation, sans qu'une modification de la Constitution ne s'impose. Par ailleurs, les compétences que le droit

constitutionnel reconnaît aux cantons garantissent les prérogatives liées au fédéralisme.

- Les principaux souhaits des cantons ont été dûment pris en compte. Là où ce n'était pas possible, ils ont la possibilité d'édicter des règles divergentes dans leur domaine de compétence.
- Il est également tenu compte du souhait des milieux économiques et juridiques, qui prônent une harmonisation poussée du droit suisse des achats publics.
- La Confédération, les cantons et les communes seront financièrement gagnants, des estimations évaluant à 400 millions de francs par an le potentiel d'économies découlant d'une uniformisation partielle du droit des achats publics (voir plus loin, ch. 9.1.1).
- Une rapide entrée en vigueur du droit révisé est parfaitement envisageable. Le facteur temps compte ici à double titre. Premièrement, la révision donnera plus rapidement un coup de fouet à la croissance économique, but déclaré du Conseil fédéral. Deuxièmement, la reprise dans le droit suisse de l'accord révisé de l'OMC se fera dans les délais prescrits, permettant à la Suisse de respecter ses engagements internationaux, en l'occurrence celui lié à la mise en œuvre de la révision de l'accord OMC.

### **3.3 Avantages et inconvénients de l'effet suspensif**

De façon générale des intérêts publics importants, des raisons de praticabilité notamment, s'opposent à l'octroi de l'effet suspensif aux procédures de recours portant sur les marchés publics:

- L'effet suspensif empêcherait de conclure le contrat jusqu'au stade de la décision formellement définitive, comme le prévoit le droit des marchés publics (voir art. 43 AP-LMP).
- Le marché public risque de subir des retards et d'importants surcoûts.

Les arguments en faveur de l'effet suspensif sont les suivants:

- Une décision contraire au droit (p. ex. adjudication) peut être annulée.
- Le recourant ne doit pas se contenter de dommages-intérêts. Il a généralement davantage intérêt à rester parmi les candidats en lice et à fournir le cas échéant la prestation qu'à recevoir une simple indemnisation financière.
- L'adjudicateur peut également avoir intérêt à ce qu'une décision soit annulée et la procédure répétée. Il pourra ainsi prendre en compte le soumissionnaire le plus qualifié ou l'offre économiquement la plus avantageuse à l'occasion d'une nouvelle décision, sans devoir verser de dommages-intérêts au recourant.

D'où la proposition de renoncer, pour les marchés publics de la Confédération, à une protection juridique qui se limiterait à des dommages-intérêts. Mais comme l'ont montré les marchés liés à la nouvelle ligne ferroviaire à travers les Alpes (NLFA), les inconvénients de l'effet suspensif peuvent être disproportionnés, dans le cas notamment des grands projets. Aussi une solution différenciée est-elle proposée (cf. ch. 2.2, dernier alinéa, et ch. 8, commentaire de l'art. 76 AP-LMP). Elle ne règle toutefois la procédure de recours et donc la question de l'effet suspensif que pour les

marchés publics de la Confédération. Par conséquent, les cantons peuvent choisir d'autres solutions pour leurs marchés publics (cf. art. 6, al. 2, AP-LMP).

### **3.4 Avantages et inconvénients des deux solutions en cas de conclusion prématurée du contrat**

Un contrat conclu avant le moment autorisé par le droit des marchés publics n'empêche pas l'adjudicateur de révoquer l'adjudication. Il n'empêche pas non plus le tribunal d'annuler l'adjudication attaquée<sup>40</sup>. Sinon l'adjudicateur aurait la possibilité de se soustraire au droit des marchés publics en concluant avant l'heure un contrat (conclusion «prématurée» du contrat). L'exécution efficace du droit des marchés publics ne serait dès lors plus garantie.

Si un contrat est néanmoins conclu «prématurément» et si par la suite l'adjudication est annulée, la question qui se pose est celle des effets du contrat et de son exécution. Est-ce au droit des marchés publics à préciser le sort d'un contrat conclu prématurément au mépris des normes en la matière? Des variantes (cf. art. 38a, 43 et 43a AP-LMP) sont soumises à discussion à ce sujet.

La principale objection au traitement de ce point dans le droit des marchés publics est la suivante:

- Ce n'est pas au droit des marchés publics de régler cette question.<sup>41</sup>

Le principal argument en faveur d'une intervention législative est le suivant:

- La sécurité juridique augmenterait pour tous les acteurs concernés.

L'introduction d'une variante au sens de l'art. 43a AP-LMP obligerait à préciser une série de questions ouvertes concernant la conclusion du contrat. Par exemple quel doit être le régime applicable si un contrat s'écarte substantiellement du contenu de l'adjudication ou si l'adjudication est révoquée? Il s'agit enfin de déterminer quelles sont les suites juridiques appropriées dans chaque cas d'espèce (nullité, annulabilité, autres conséquences).

D'autres développements figurent au chiffre 8, art. 43a, AP-LMP.

## **4 Coordination des tâches et des finances**

Les adjudicateurs et les autorités chargées de la procédure d'achat n'auront vraisemblablement pas à s'acquitter de tâches supplémentaires, ou alors le surcroît de charges restera minime.

La création d'une statistique sur le plan suisse demeure réservée. L'office compétent doit encore être désigné par le biais d'une ordonnance. L'Office fédéral de la statistique (OFS) a certes renoncé à inscrire cette tâche dans le programme pluriannuel de la statistique fédérale 2008 – 2011. Le Conseil fédéral pourrait cependant reprendre les nouveaux relevés de la statistique de la Confédération en tout temps dans l'annexe à l'ordonnance du 30 juin 1993 sur les relevés statistiques (RS 431.012.1), même s'ils ne sont pas prévus dans le programme pluriannuel de la statistique.

<sup>40</sup> Cf. décision du tribunal administratif de Zurich du 20 avril 2005, VB.2005.00068.

<sup>41</sup> Cf. décision mentionnée à la note 43.

## **5 Droit comparé et rapport avec le droit européen**

### **5.1 Droit comparé**

Les marchés publics font l'objet de nombreux accords internationaux, à commencer par l'accord de l'OMC. Cet accord ne se limite pas à définir des principes, mais les précise avec un degré de détail poussé. Les lois nationales des Etats membres gardent toutefois leurs spécificités sur les points que l'accord de l'OMC a volontairement laissés ouverts, parfois en chargeant les Etats membres de les préciser. Cette situation a conduit à passer en revue la législation de nombreuses nations industrialisées. La comparaison a donné de nombreuses impulsions au présent avant-projet. Le chantier de la révision de l'accord de l'OMC a également été pris en compte.

### **5.2 Rapport avec le droit européen**

Le 21 juin 1999<sup>42</sup>, la Confédération a conclu avec la Communauté européenne l'accord sur les marchés publics<sup>43</sup>. Cet accord bilatéral, entré en vigueur pour la Suisse le 1<sup>er</sup> juin 2002, poursuit un double but. D'une part, le champ d'application de l'AMP a été étendu aux districts et aux communes; d'autre part, des secteurs spécifiques ont été libéralisés. Les travaux de mise en œuvre ont été menés de façon autonome par la Confédération (adaptation de l'OMP) et par les cantons (révision de l'AIMP). Quant au présent projet de révision, il réalise les changements requis dans un seul acte juridique.

L'AMP et donc le droit suisse des achats publics sont fortement influencés par les *directives*<sup>44</sup> de l'UE. Les quatre directives européennes relatives aux marchés publics ont été révisées en 2004 et contiennent beaucoup d'éléments nouveaux. Les Etats membres avaient jusqu'au 1<sup>er</sup> février 2006 pour les mettre en œuvre. En outre, les deux directives sur les recours dans le droit des achats publics ont subi des changements ponctuels.

## **6 Mise en œuvre**

### **6.1 Confédération**

Au niveau fédéral, la mise en œuvre de la loi révisée s'effectuera le cas échéant par le biais de dispositions d'exécution figurant dans une ordonnance. L'avant-projet provisoire correspondant (avant-projet d'OMP; AP-OMP) contient pour le moment moins de 30 articles. Il est par conséquent sensiblement plus court que l'ordonnance en vigueur, qui en compte 81. La raison tient à l'uniformisation partielle du droit des marchés publics. Dorénavant tout ce qui concerne la Confédération et les cantons sera réglé dans la loi. L'AP-OMP ne concerne ainsi que les adjudicateurs fédéraux, les cantons ayant la possibilité d'édicter leurs propres dispositions dans les domaines réglés par cette ordonnance. Les aspects traités sont provisoirement les suivants:

<sup>42</sup> Comme l'accord tardait à être conclu, l'UE et les pays de l'AELE ont inscrit à l'annexe 2 de leur AMP respectif des réserves privant dans l'intervalle les entreprises suisses du droit de recourir contre certains adjudications.

<sup>43</sup> Cf. note 6.

<sup>44</sup> Cf. note 13.

L'AP-OMP précise d'abord les domaines de tâches exemptés du droit des marchés publics (voir art. 5 AP-LMP). A titre d'exemple, ni les compagnies d'assurances ni les caisses de pensions de droit public n'y sont soumises pour les achats liés à l'investissement des avoirs de leurs assurés. Il en va de même pour la Poste Suisse et les autres entreprises postales titulaires d'une concession dans les secteurs où elles ne bénéficient pas d'un droit exclusif.

L'AP-OMP définit la procédure d'exemption de manière analogue au régime actuel (cf. art. 2b): le Département fédéral de l'environnement, des transports, de l'énergie et de la communication peut exempter sur demande certains domaines de tâches, moyennant une consultation préalable de la Commission de la concurrence, d'autres organes fédéraux, des cantons et des milieux économiques dans la mesure où ils sont concernés.

Par ailleurs, l'AP-OMP précise les modalités des divers éléments de la procédure d'appel d'offres nouvellement introduits dans l'AP-LMP (dialogue, enchères électroniques) ainsi que la procédure applicable aux éléments déjà en place (concurrence, négociations; cf. art. 45 ou 47 AP-LMP). Les dispositions d'exécution régissant la concurrence et les négociations s'inspirent des dispositions de l'ordonnance en vigueur (cf. art. 26 et 40 ss. OMP), en renonçant à réglementer en détail les concours portant sur les études et la réalisation. Un renvoi est fait à la place aux dispositions de la branche, pour autant qu'elles ne soient pas contraires aux principes fondamentaux du droit des marchés publics. A propos du dialogue également (art. 46 AP-LMP), l'AP-OMP renvoie aux dispositions déterminantes de la branche. Si un adjudicataire souhaite procéder à une enchère électronique (art. 48 AP-LMP), il devra mentionner dès l'appel d'offres les éléments de l'offre pouvant être mis à l'enchère et la formule mathématique qui détermine le classement automatique des offres. Les informations minimales qu'il lui incombe de fournir aux soumissionnaires sont également précisées.

L'AP-OMP règle le droit des soumissionnaires au remboursement pour la mise au point de leur offre et pour les droits de propriété intellectuelle. Les soumissionnaires n'ont en principe pas droit au remboursement de leurs dépenses. Les prestations préalables ne sont rétribuées que si leur remboursement est d'usage en vertu des règles de la bonne foi. Les droits de propriété intellectuelle restent acquis à leur titulaire, sauf si l'adjudicateur fait usage de la possibilité d'indiquer au préalable qu'il se réserve ces droits.

L'annexe de l'AP-OMP donne la liste du matériel militaire (voir art. 58 AP-LMP) pouvant être acheté dans le cadre d'une procédure invitant à soumissionner même lorsque le seuil déterminant est atteint.

La nouvelle ordonnance reprend la disposition en vigueur selon laquelle les marchés dans le domaine militaire sont normalement adjugés selon la procédure de gré à gré et non la procédure invitant à soumissionner, si cette manière de faire est indispensable au maintien, dans le pays, d'entreprises importantes pour la défense nationale (voir art. 36, al. 2, let. f, OMP).

De même, la réglementation en vigueur concernant le calcul des prix des entreprises au bénéfice d'un monopole (cf. art. 5 OMP) est reprise dans l'AP-LMP (cf. art. 61, al. 3, AP-LMP).



Autre nouveauté, l'AP-OMP ou une ordonnance d'exécution séparée dresseront la liste des ouvrages publics et des tâches de la Confédération pour lesquels l'autorité de recours ne peut octroyer d'effet suspensif et ne peut que constater dans quelle mesure la décision attaquée est contraire au droit applicable (voir art. 77 AP-LMP).

Enfin, l'AP-OMP devra contenir des dispositions d'exécution sur les statistiques et sur la durée de conservation des documents liés à la procédure des marchés publics.

## 6.2 Cantons

La présente loi fédérale précise les compétences de légiférer dont jouissent les cantons. Il leur appartient d'en faire usage comme bon leur semble, et le chantier actuel de révision n'y change rien.

L'AP-LMP laisse par ailleurs aux cantons la possibilité d'édicter leurs propres prescriptions sur des aspects importants du droit des marchés publics énumérés de façon exhaustive par le législateur (voir art. 6). Les dispositions concernées sont les suivantes: art. 7, al. 3 (coopératives d'achat); art. 8 (droit de procédure); art. 15, al. 2 (abaissment des seuils); art. 15, al. 4 (délégation implicite: réglementation des seuils applicables entre adjudicateurs cantonaux); art. 29, al. 1, let. b (non-paiement des impôts cantonaux comme motif absolu d'exclusion); art. 37, al. 2 (rectification des offres); art. 39, al. 2 à 5 et art. 40 (règles d'adjudication) en relation avec l'art. 41 (dispositions cantonales dérogatoires); art. 44 à 49 (éléments particuliers de la procédure d'appel d'offres) en relation avec l'art. 50 (modalités, ainsi qu'exclusion ou limitation de ces éléments); art. 45, al. 5 (composition et tâches du jury); art. 55, al. 4 (organe de publication officiel); art. 59 (dispositions applicables à la procédure invitant à soumissionner); art. 67, al. 3 (dispositions applicables à la procédure de gré à gré); art. 82 (surveillance); art. 83, al. 2 (droit de recours des autorités contre l'appel d'offres); art. 85 (Commission suisse des marchés publics); art. 86 (statistiques des marchés publics).

En outre, les cantons sont libres d'édicter dans leur champ de compétences des dispositions régissant l'organisation et la répartition des compétences. Ils précisent de surcroît la procédure générale, les voies de droit cantonales ainsi que les modalités d'exécution de leurs marchés publics (cf. art. 8 AP-LMP).

## 7 Classement d'interventions parlementaires

Les interventions parlementaires suivantes sont encore en suspens. La présente révision entraîne leur classement:

- Motion Jenny: Abus et arbitraire dans l'adjudication de commandes publiques dans la construction<sup>45</sup>.
- Motion Meier-Schatz: Loi sur les marchés publics. Modification.<sup>46</sup> Voir les nouvelles normes relatives aux statistiques des achats (art. 86 AP-LMP, disposition d'exécution de l'ordonnance).

<sup>45</sup> Motion Jenny du 3 octobre 2001 (01.3515), Abus et arbitraire dans l'adjudication de commandes publiques dans la construction.

<sup>46</sup> Motion Meier-Schatz du 3 octobre 2003 (03.3535), Loi sur les marchés publics. Modification.

- Quant à la motion Galladé<sup>47</sup>, elle est prise en compte par l’art. 39, al. 5, AP-LMP.
- Les cinq recommandations de la Délégation de surveillance de la NLFA<sup>48</sup> ont été examinées et reprises dans une large mesure. Le cas échéant, un avis détaillé sur chacune d’elles est donné dans le commentaire des diverses normes.
- Recommandation n° 6 de la Commission de gestion du Conseil national (CdG-N)<sup>49</sup> relative à la protection juridique, demandant au Conseil fédéral de mettre à profit la révision en cours du droit des marchés publics pour examiner dans quelle mesure et, le cas échéant, de quelle manière il y a lieu de renforcer la protection juridique des soumissionnaires dans le domaine de l’acquisition d’armement (voir également la motion Kiener Nellen<sup>50</sup>): voir plus loin le commentaire de l’art. 58, al. 2, AP-LMP. Au niveau de la Confédération, la gestion de la liste du matériel militaire<sup>51</sup> est déléguée au Conseil fédéral. Celui-ci pourra ainsi réagir plus rapidement à l’évolution sur le plan international ou national. Les cantons sont libres de se référer ou non à cette liste dans leur champ de compétences.

## **8 Rapport explicatif concernant les différentes dispositions de la loi**

*Titre I: Dispositions générales*

*Chapitre 1: Objet et but*

*Art. 1 Objet*

Le droit des marchés publics est un droit de procédure. En réglementant la procédure de passation des marchés publics, cette loi transpose dans le droit national les obligations découlant de l’AMP, des accords bilatéraux avec l’UE, ainsi que d’autres traités avec des Etats tiers concernant le droit des marchés publics (cf. chap. 5). Elle n’entend toutefois pas seulement ouvrir l’accès aux marchés publics sur le plan international: elle vise également à libéraliser le marché intérieur suisse. Pour ce faire, le droit des marchés publics doit être partiellement unifié par la Confédération et les cantons (et donc, automatiquement, par les communes) en faveur d’une revitalisation nationale. Une harmonisation totale n’est cependant pas possible eu égard à la réglementation des compétences définies par la Constitution.

*Art. 2 But*

Cette loi reprend les objectifs de transparence et d’égalité de traitement des soumissionnaires nationaux et étrangers figurant dans l’introduction de l’AMP. De plus, elle étend le principe d’égalité de traitement (comme jusqu’ici) à tous les soumissionnaires nationaux. Ainsi, l’adjudicateur est tenu de traiter sur un pied d’égalité tant les adjudicateurs suisses que les soumissionnaires étrangers et ne peut

<sup>47</sup> Motion du 10 mars 2004 (04.3061), Marchés publics. La formation d’apprentis constitue un critère d’attribution.

<sup>48</sup> FF 2007 3446 ss.

<sup>49</sup> 103-04/GPK--CdG-06-015/GPK—CdG.

<sup>50</sup> Motion Kiener Nellen du 23 mars 2007 (07.3268), Adjudication des marchés publics. Voies de droit pour les fournisseurs de matériel militaire.

<sup>51</sup> Voir annexe 1 de l’accord OMC (cf. chap. 1.1).

accorder d'avantages ou infliger de handicaps à certains soumissionnaires si ceux-ci ne valent pas pour d'autres. La présente loi crée en outre les conditions nécessaires au bon fonctionnement du jeu de la concurrence et à une utilisation rationnelle des fonds publics. Ses différents objectifs sont placés sur un pied d'égalité. Ils se traduisent sous la forme de prescriptions minimales quant aux procédures de passation des marchés publics. Les parties concernées peuvent imposer en justice les droits et obligations subjectifs qui en découlent s'il existe une procédure de recours.

## *Chapitre 2: Champ d'application*

### *Art. 3 Marché public*

#### *Al. 1:*

Cette loi s'applique dès lors que l'adjudicateur somme un soumissionnaire de fournir des prestations monnayables sur une base contractuelle. Peu importe que les prestations en question soient fournies directement à l'adjudicateur comme «consommateur» final ou à un tiers (mandat de conseil de «start-up», par exemple) et qu'elles soient réglées directement par l'adjudicateur ou par un tiers. Par contre, les prestations fournies par le soumissionnaire doivent contribuer à l'accomplissement d'une tâche publique. L'octroi d'aides financières (cf. art. 3, al. 1, de la loi sur les subventions<sup>52</sup>) ne constitue pas un marché public au sens de la loi, car ces avantages monnayables servent exclusivement à assurer ou à promouvoir la réalisation d'une tâche que l'allocataire a décidé d'assumer (cf. décision de la Commission fédérale de recours en matière de marchés publics du 26 février 2000, CRM 1999-010, consid. 1b). Les indemnités (cf. art. 3 al. 2 de la loi sur les subventions) ne reposant sur aucun échange de prestations ne sont pas non plus considérées comme des marchés publics au sens de ce texte. Ce dernier ne s'applique pas davantage aux transferts de tâches publiques en tant que tels, qui sont régis par une loi spéciale (cf. art. 178, al. 3, Cst.). En revanche, on peut parler de marché public lorsqu'un adjudicateur transfère non seulement une tâche étatique à un tiers, mais lie ce transfert à l'exécution de prestations (cf. décision de la Commission fédérale de recours en matière de marchés publics du 3 septembre 1999, CRM 1999-006, consid. 1). Si ce tiers qui bénéficie du marché fait appel à d'autres tiers pour l'exécution des prestations, il n'est pas tenu d'adjuger le marché selon la loi (principe de l'appel d'offres unique). Les règles régissant le transfert de tâches publiques s'appliquent par analogie à la recherche de partenaires stratégiques (investisseurs, par exemple).

Cette loi vaut indépendamment du type de prestations fournies par le soumissionnaire. Tous les types de prestations y sont désormais répertoriés, comme tel est d'ores et déjà le cas dans le concordat intercantonal en vigueur (cf. art. 6, al. 2, AIMP rév.). Ainsi, la présente loi s'applique également à tout le matériel militaire pouvant être acheté dans le cadre de la procédure invitant à soumissionner (cf. art. 58, al. 2). L'octroi de droits n'est pas répertorié, raison pour laquelle les concessions ne constituent pas des marchés publics au sens de cette loi. En effet, une concession consiste avant tout à transférer l'utilisation d'un droit économique réservé à l'Etat (concession de taxi, concession de droits d'eau, p. ex.). En général, il

<sup>52</sup> Loi fédérale du 5 octobre 1990 sur les aides financières et les indemnités (Loi sur les subventions, LSu; RS 616.1)

ne s'agit donc pas d'un marché public, même lorsque l'octroi de la concession comporte une obligation de service à l'égard de tiers, car la plupart du temps, ces prestations ne servent pas à l'accomplissement d'une tâche publique. Concernant l'octroi de concessions, il convient donc de se référer aux normes des lois spéciales pertinentes. Selon la présente loi, on peut cependant parler de marché public lorsque le soumissionnaire fournit une prestation concrète, spécifique à un projet, et dont les grandes lignes sont fixées dans le cadre d'un contrat avec l'adjudicateur.

*Al. 2:*

Cette loi ne s'applique pas à certains actes juridiques énumérés exhaustivement qui constituent des marchés publics selon la définition qui en est donnée, mais qui ne se prêtent pas à une procédure de passation d'un marché du fait de leurs particularités (cf. art. II:2 et 3, AMP rév.).

*Let. a:*

Cette loi ne s'applique pas à la prestation exécutée par les employés, ni aux prestations d'autres collaborateurs employés par l'adjudicateur dans un cadre juridique équivalent à un contrat de travail. Pour déterminer si un marché est soumis ou non à la présente loi, il est possible de se fonder sur les critères que constituent l'étendue des pouvoirs réglementaires et des droits de contrôle, l'intégration dans le fonctionnement de l'adjudicateur, la prise en charge des risques en cas de mauvaise exécution, etc. Les prestations fournies dans le cadre de ces relations purement internes à l'administration sont considérées comme inhérentes à l'adjudicateur. Etant donné que le personnel ne fournit de prestations qu'après son entrée en fonction, son engagement est exclu du champ d'application de cette loi (cf. art. II:3 let., AMP rév.).

*Let. b:*

Les prestations confiées à des personnes faisant juridiquement partie de l'adjudicateur (collaborateurs de succursales, par exemple) sont exclus du champ d'application de cette loi. Comme dans les relations administratives purement internes, l'adjudicateur bénéficie de prestations exécutées dans le cadre de sa propre sphère administrative (p. ex. exécution de prestations par des collaborateurs de ses propres filiales). Il en va de même pour les prestations fournies par des personnes juridiquement indépendantes (filiales, p. ex.). Ces marchés constituent des transactions «maison» qui n'entrent pas dans le champ d'application de cette loi, car l'adjudicateur renonce à impliquer des tiers pour privilégier une exécution des prestations en interne («faire plutôt qu'acheter»). Le fait que cette notion soit actuellement prise au sens large facilite la coopération entre adjudicateurs distincts (communes, par exemple), car les prestations fournies entre les partenaires ne nécessitent pas d'appel d'offres.

*Let. c:*

Lorsque la prestation à acquérir est soumise à des impératifs d'ordre géographique, il n'est pas pertinent de restreindre la liberté de choix de l'adjudicateur. En effet, ce dernier ne doit pas être contraint à se rabattre sur un autre bien immeuble que celui qu'il souhaite (cf. art. II:3 let. a, AMP rév.). Il ne doit toutefois pas non plus utiliser cette exception afin de contourner l'appel d'offres pour les travaux à effectuer sur le bien-fonds (contrat de vente avec des clauses au bénéfice de certains architectes, par exemple).

*Let. d:*

Cette loi ne s'applique pas lorsque l'adjudicateur acquiert des biens ou services pour les revendre sur le marché. L'adjudicateur peut également s'en affranchir lorsqu'il achète à ses fournisseurs les services dont il a besoin pour ensuite fournir ses propres prestations sur le marché (cf. art. II:2 let. a/ii, AMP rév.). Cette exception se justifie par le fait que le marché sur lequel l'adjudicateur entend proposer ses services le contraint à agir selon les lois de l'économie. En revanche, la présente loi s'applique lorsque l'adjudicateur achète à un tiers des biens ou services destinés à être transmis, mais lorsque cette transmission intervient dans le cadre de l'accomplissement d'une tâche publique (achat de papier pour les parutions officielles, par exemple).

*Let. e*

Cette loi ne s'applique pas aux marchés passés sur la base de la loi fédérale sur la coopération au développement et l'aide humanitaire internationales du 19 mars 1976 (RS 974.0) et de la loi fédérale du 24 mars 2006 sur la coopération avec les Etats d'Europe de l'Est (RS 974.1). Elle n'est pas valable non plus pour les marchés fondés sur la loi fédérale du 19 décembre 2003 sur des mesures de promotion civile de la paix et de renforcement des droits de l'homme (RS 193.9) dans la mesure où ces marchés sont considérés, selon les critères de l'OECD, comme aide officielle au développement (cf. art. II:3 let. e/ii, AMP rév.). Sinon, elle entraverait sensiblement la délégation de marchés souvent pratiquée dans le cadre de la coopération avec les pays d'Europe de l'Est et dans le cadre de l'aide au développement avec des pays partenaires et des organisations internationales. Il reste cependant possible que ces marchés soient également soumis à la loi du fait d'accords bilatéraux.

#### *Art. 4                    Adjudicateur*

*Al. 1:*

Toutes les autorités et unités administratives sont soumises à la présente loi – y compris celles qui sont chargées de légiférer ou d'appliquer la loi (services parlementaires, tribunaux, etc.). Ce texte vaut également pour toutes les unités administratives centralisées ou décentralisées. Cette question doit encore être débattue dans le cadre des négociations sur l'AMP révisé (cf. al. 2 plus bas).

La Confédération et les cantons désignent les autorités et les unités administratives dans leurs règlements sur l'organisation. A l'échelle de la Confédération, le Conseil fédéral établit dans une annexe à l'ordonnance une liste d'exemples des unités administratives soumises à la loi. Cette liste sera constituée sur le modèle de l'annexe à l'ordonnance du 25 novembre 1998 sur l'organisation du gouvernement et de l'administration (OLOGA; RS 172.010.1), comme dans la législation actuelle. Devraient être soumis à la loi, par exemple, l'Institut fédéral de la propriété intellectuelle (IPI), l'Institut suisse des produits thérapeutiques (swissmedic), la Caisse fédérale de pensions de la Confédération (PUBLICA) et l'Autorité fédérale de surveillance en matière de révision (ASR). En outre, les autorités et les unités administratives créées avant l'entrée en vigueur de la loi, voire après, et qui, pour cette raison, ne figurent pas encore dans l'annexe à l'OLOGA. Sont visés notamment l'Inspection fédérale de la sécurité nucléaire (cf. LIFSN; FF 2006 8407), l'Autorité fédérale de surveillance des marchés financiers (LFINMA; FF 2007 4397) ou le Musée national suisse (cf. LMC; FF 2007 6467).

Par ailleurs la loi s'applique à toutes les organisations de droit public ou privé sur lesquelles les adjudicateurs de la Confédération ou des cantons exercent une

influence dominante. Restent réservés les domaines de tâches exemptés, selon l'art. 5. Les secteurs d'activité dans lesquels ces adjudicateurs opèrent ne sont pas déterminants. Ces organisations bénéficient toutefois de seuils plus élevés (art. 15, al. 1). Une réglementation semblable existe déjà à l'échelon des cantons (art. 8, al. 2, let. a, AIMP rév.); celle-ci contraint l'ensemble des organisations assumant des tâches publiques.

Il suffit que cette influence dominante soit exercée indirectement (par l'intermédiaire d'une filiale d'une organisation sous contrôle de la Confédération, p. ex.).

*Al. 2:*

Les conditions dans lesquelles il existe une influence dominante sont encore discutées dans le cadre de la révision de l'AMP. La liste indicative ne vaut donc que sous réserve de modifications dépendant de l'issue des négociations internationales. Ces dernières permettront de déterminer si des organisations telles que Skyguide, la Caisse nationale d'assurance-accidents (CNA), l'Office suisse d'expansion commerciale (OSEC) ou l'Assurance suisse contre les risques à l'exportation (LASRE, cf. FF 2006 5497) sont soumises à la loi.

Une influence dominante peut notamment s'exercer du fait d'un financement majoritaire. Peu importe la forme revêtue par ce financement, ainsi que le fait qu'il porte sur l'adjudicateur lui-même ou sur ses marchés concrets. La version révisée du concordat soumet d'ores et déjà à ces dispositions les projets et prestations qui sont subventionnés à plus de 50% du coût total par des fonds publics (cf. art. 8, al. 2, let. b, AIMP rév.). Le financement majoritaire peut résulter de la somme des participations de plusieurs adjudicateurs. Pour déterminer le droit applicable lorsque ces participations sont détenues par des autorités ou par des unités administratives également soumises au droit cantonal, il convient de se référer par analogie aux règles applicables aux coopérations en matière de marchés (art. 7).

*Al. 3:*

Conformément au droit international en vigueur, cette loi répertorie aussi comme adjudicateurs les organisations étroitement liées à un adjudicateur qu'elle contraint, que tous deux soient considérés comme une unité d'un point de vue juridique ou qu'ils soient habilités à agir l'un pour l'autre (cf. décision du panel de l'OMC Korea – Measures Affecting Government Procurement, WT/DS163R, adopté par WT/DSB/M/84 le 15 juin 2000, 7.72). Aussi la présente loi s'applique-t-elle également aux tiers passant un marché pour un adjudicateur qu'elle contraint, qu'ils prennent en charge cette tâche à titre ponctuel ou durablement, et quel que soit le nom sous lequel ils se présentent à l'égard de l'extérieur. Ceux-ci sont assimilés aux adjudicateurs qu'ils représentent, notamment concernant les seuils applicables au cas particulier (art. 15).

*Art. 5 Exemption du droit des marchés publics*

*Al. 1:*

L'accord bilatéral avec l'UE permet d'ores et déjà de ne pas appliquer le droit des marchés publics à certains secteurs libéralisés (cf. art. 3:5). Pour faire valoir cette clause d'exemption, une concurrence efficace doit cependant jouer sur le marché concerné, à la fois de fait et sur le plan juridique. L'annexe révisée jointe par la Suisse à l'AMP étend cette possibilité de dérogation à tous les adjudicateurs et à

tous leurs domaines de tâches.

*Al. 2:*

Le Conseil fédéral détermine la procédure et, ainsi, les compétences pour traiter les demandes de dérogation aux dispositions du droit des marchés publics. Cette règle vaut pour tous les adjudicateurs, qu'ils soient exclusivement soumis au droit fédéral ou également au droit cantonal. Cette solution pragmatique avait déjà été trouvée pour l'application de l'accord bilatéral avec l'UE. La compétence d'une instance à prononcer l'exemption se justifie par le besoin d'une certaine sécurité juridique. Lorsqu'un adjudicateur cantonal (compagnie d'électricité, par exemple) présente une demande, les cantons concernés doivent toujours être intégrés à la procédure (cf. ordonnance du Département fédéral de l'environnement, des transports, de l'énergie et de la communication sur l'exemption du droit des marchés publics, RS 172.056.111). Le Conseil fédéral définit les domaines exemptés avec l'entrée en vigueur de la loi (cf. 6.1). Il peut également revenir sur une exemption si les conditions d'octroi de celle-ci ne sont plus réunies.

### *Chapitre 3: Droit applicable*

#### *Art. 6 Droit cantonal*

*Al. 1:*

Cette loi vaut en principe pour les marchés passés par la Confédération, les cantons et les communes. La Constitution fédérale n'autorise toutefois pas la Confédération à contraindre les cantons à adapter leurs pratiques au principe de l'utilisation rationnelle de leurs fonds.<sup>53</sup> Aussi la présente loi indique-t-elle explicitement les normes dont les cantons peuvent s'écarter pour édicter leurs propres dispositions. Les principales d'entre elles sont énumérées à l'art. 6 (pour une vue d'ensemble complète, cf. chap. 6.2).

*Al. 2:*

La réglementation des voies de droit relève de la compétence des cantons, qui doivent cependant respecter les exigences minimales de l'AMP quant aux voies de droit nationales (cf. art. XVIII AMP rév.). En revanche, les cantons peuvent définir librement les compétences judiciaires et l'organisation de leurs tribunaux.

*Al. 3:*

Il est possible de faire évoluer les bases légales régissant les marchés publics de la Confédération et des cantons grâce aux droits de participation garantis par la Constitution. Les cantons disposent de plusieurs possibilités à cet effet, dont le référendum (art. 141 Cst.), le droit d'initiative (art. 160 Cst.) ou encore la procédure de consultation (art. 147 Cst.). La présente loi prévoit en outre que la Confédération et les cantons participent mutuellement aux travaux préparatoires en vue de modifier leurs dispositions respectives, favorisant ainsi l'évolution concertée du droit des marchés publics cantonal et fédéral. Par contre, la Constitution n'offre aucune possibilité de restreindre la liberté de décision du législateur fédéral (par un droit de veto des cantons, p. ex.).

<sup>53</sup> Cf. Biaggini, Etude de droit constitutionnel, p. 25.

## *Art. 7                   Coopération en matière de marchés*

### *Al. 1:*

La part prise par chaque adjudicateur au financement est décisive pour déterminer si le droit cantonal s'applique à titre supplétif au droit des marchés publics fédéral (juridiction, seuils, etc.). Par exemple, si un marché est pris en charge à 40% par un adjudicateur de la Confédération, à 35% par une unité administrative cantonale et à 25% par un adjudicateur communal, seul le droit fédéral s'applique, car l'adjudicateur de la Confédération prend en charge la part la plus élevée du financement.

### *Al. 2:*

Si la part la plus élevée du financement est prise en charge à parts égales à la fois par un adjudicateur soumis au droit fédéral et par un adjudicateur soumis au droit cantonal, seul le droit fédéral s'applique.

### *Al. 3:*

La Confédération n'est pas habilitée à réglementer le droit applicable pour les coopérations entre cantons. Dans ce cas, les cantons peuvent adopter des dispositions divergentes pour déterminer le droit applicable.

### *Al. 4:*

En principe, les partenaires ne peuvent déroger au droit applicable en adoptant des dispositions divergentes, sauf dans le cadre de coopérations internationales (construction commune d'un pont sur le Rhin entre la Suisse et l'Allemagne, p. ex.), où ils doivent convenir de se conformer au droit de l'un des deux pays.

### *Al. 5*

Le droit des marchés publics doit laisser la place à des solutions innovantes, comme la collaboration d'adjudicateurs publics avec le secteur privé (partenariat public-privé ou PPP). Ces solutions ne doivent toutefois pas servir à contourner les prescriptions du droit des marchés publics. Lorsque des organisations publiques ou privées exemptes des présentes dispositions coopèrent avec un adjudicateur soumis au droit des marchés publics, les prescriptions du droit des marchés publics doivent être respectées pour la part de cet adjudicateur, même lorsque les organisations qui n'y sont pas soumises assument la part la plus élevée du financement.

## *Art. 8                   Droit de procédure*

Il n'est possible de déroger à la loi sur la procédure administrative (pour la Confédération: PA, RS 172.021) que lorsque les dispositions de celle-ci ne tiennent pas suffisamment compte des besoins d'une passation de marché efficace.

Les adjudicateurs cantonaux sont soumis au droit de procédure administrative de leur canton ou aux bases légales cantonales qui en disposent autrement, sous réserve des dispositions de la présente loi.

Le droit d'organisation applicable aux marchés publics n'est pas régi par la présente loi (pour la Confédération, l'ordonnance du 22 novembre 2006 sur l'organisation des marchés publics de la Confédération, Org-OMP; RS 172.056.15, continue de s'appliquer).



*Titre 2: Passation des marchés publics*

*Chapitre 1: Types de procédures et principes de procédure*

*Art. 9 Vue d'ensemble*

L'AMP connaît trois types de procédures (cf. art. I, let. h, m et q, AMP rév.): la procédure d'appel d'offres ouverte, la procédure d'appel d'offres sélective et la procédure d'appel d'offres limitée. Le droit suisse reprend ces types de procédures, en subdivisant cependant la procédure d'appel d'offres limitée en deux procédures distinctes: la procédure invitant à soumissionner et la procédure de gré à gré, d'autre part. Ces types de procédures limités en nombre dans la loi visent à garantir une certaine prévisibilité, et donc une certaine transparence aux soumissionnaires, puisque le déroulement de la procédure d'appel d'offres est ainsi clairement défini dans ses grandes lignes. Les différents types de procédures ne peuvent être mélangés entre eux. Il est toutefois possible d'exécuter plusieurs procédures fermées en elles-mêmes les unes à la suite des autres, dans la mesure où celles-ci ne se succèdent pas à dessein afin de contourner un appel d'offres. L'adjudicateur peut notamment décider lui-même s'il préfère acquérir des prestations d'études et de réalisation dans le cadre d'une seule et même procédure (entrepreneur total) ou soumettre ces prestations séparément au jeu de la concurrence (une première procédure pour les études, une seconde pour l'entreprise de construction).

*Art. 10 Procédure d'appel d'offres ouverte ou sélective*

La procédure ouverte et la procédure sélective commencent toutes deux par un appel d'offres. Dans le cadre de la procédure d'appel d'offres ouverte, les soumissionnaires présentent directement leurs offres, tandis que dans le cadre de la procédure d'appel d'offres sélective, ils doivent d'abord demander à participer à la procédure. L'adjudicateur vérifie ensuite leurs qualifications et prend une décision qui peut évidemment faire l'objet d'un recours (cf. art. 69, al. 1, let. b). Seuls les soumissionnaires présélectionnés sont alors invités à présenter une offre. Cette procédure permet également de limiter le nombre de soumissionnaires habilités à présenter une offre (cf. art. 33, al. 1). Dans le cadre d'une procédure d'appel d'offres ouverte, les soumissionnaires ne répondant pas aux qualifications requises peuvent soit être exclus de la procédure sur décision de l'adjudicateur sujette à recours (art. 69, al. 1, let. e), soit être ignorés lors de l'adjudication.

Ces deux procédures garantissent un accès sans restriction au marché. L'adjudicateur peut opter librement soit pour la procédure d'appel d'offres ouverte, soit pour la procédure d'appel d'offres sélective. Le choix pour un type de procédure plutôt qu'un autre peut s'expliquer par différents motifs (temps à disposition, connaissance du marché, nombre d'offres possibles, complexité du projet, etc.). Pour les biens standard, l'expérience montre que la procédure d'appel d'offres ouverte est souvent la plus concluante.

*Art. 11 Procédure invitant à soumissionner et procédure de gré à gré*

Pour la procédure invitant à soumissionner et la procédure de gré à gré, il n'existe pas d'obligation de procéder à un appel d'offres: l'adjudicateur s'adresse à un cercle restreint de soumissionnaires de son choix.

*Al. 1:*

Les seuils de la procédure invitant à soumissionner (art. 15) définissent à partir de quel montant un marché public doit être considéré comme important pour le marché

intérieur. La Constitution autorise en effet la Confédération à fixer des exigences minimales pour la procédure invitant à soumissionner (art. 95 Cst.) afin de concrétiser le marché intérieur et d'encourager la concurrence (cf. ch. 11.2.3).

L'adjudicateur peut choisir librement les soumissionnaires qu'il souhaite inviter à soumissionner et sa manière de procéder pour autant qu'il invite au moins trois soumissionnaires à présenter une offre, dont au moins un qui ne soit pas du cru. Il n'est possible de passer outre ces prescriptions que si ce nombre ne peut réellement être atteint ou si aucun soumissionnaire hors du cru n'est en mesure de fournir la prestation souhaitée. Le nombre minimal de soumissionnaires à impliquer vise à éviter que la concurrence ne soit entravée outre mesure. L'obligation d'impliquer au moins un soumissionnaire hors du cru vise quant à elle à éviter les arrangements, d'une part, et la corruption, d'autre part. Certains cantons (le Valais, par exemple) connaissent déjà cette obligation (appliquée depuis très longtemps, p. ex., par les adjudicateurs cantonaux du Valais). La notion «d'externe» dépend de l'achat envisagé et du marché. Elle est à définir au cas par cas. En général, elle implique qu'au moins un soumissionnaire ne soit pas implanté au niveau local, c'est-à-dire que son siège ou sa succursale soit situé en un lieu ou dans une région autre que celui ou celle où est sis l'adjudicateur. Pour les bâtiments, elle peut également signifier qu'au moins un soumissionnaire ne soit pas originaire du lieu sur lequel la prestation est à fournir (lieu du chantier, par exemple). Par contre, elle ne signifie en aucun cas que les adjudicateurs (fédéraux ou autres) sont tenus d'inviter un soumissionnaire étranger à présenter une offre.

#### *Al. 2*

Contrairement aux autres types de procédure, la procédure de gré à gré ne met pas les soumissionnaires en concurrence. L'adjudicateur peut certes demander à plusieurs soumissionnaires de lui présenter des offres, mais il n'y est pas contraint. S'il retient cette option, il n'est pas tenu de respecter les prescriptions valables pour les autres types de procédures.

#### *Art. 12 Organisation de la procédure*

Il est possible de définir des exigences de procédure différentes pour chaque type de marché. La loi laisse volontairement une marge de manœuvre suffisante afin d'adapter l'organisation de la procédure au type de marché envisagé (dans le cadre des types de procédures définis). La liberté d'organisation s'arrête toutefois là où elle menace les principes de transparence et d'égalité de traitement.

#### *Art. 13 Confidentialité et sécurité des données*

##### *Al. 1*

Concernant la question du droit de consultation des données, deux grands principes du droit des marchés publics s'opposent: d'un côté, un droit de consultation trop important menace la concurrence et, partant, l'égalité de traitement des soumissionnaires; mais de l'autre, une transparence minimale est indispensable afin d'assurer une protection juridique efficace. Pour lever cet antagonisme, un droit de consultation plus ou moins poussé des données est accordé en fonction des différents stades de la procédure. Lorsqu'une procédure d'appel d'offres est en cours, la consultation des données nécessaires à la prise de décision n'est pas souhaitable. L'adjudicateur peut cependant transmettre des informations s'il le souhaite, dans la

mesure où le principe d'égalité de traitement des soumissionnaires est respecté et où il ne divulgue pas de données confidentielles fournies par les différents soumissionnaires (art. XV:1, AMP rév.). Cette règle vise à éviter que les données fournies par un soumissionnaire ne soient utilisées par ses concurrents de manière préjudiciable à son encontre. En présence d'une décision sujette à recours (art. 69), les soumissionnaires ont un droit d'accès à certaines informations supplémentaires du fait de l'obligation de motiver (art. 71). Lorsqu'un soumissionnaire intente un recours, ce droit de consultation va encore plus loin. Mais même alors, un grand principe demeure: l'accès aux données ne doit être accordé que dans la mesure où il ne s'oppose à aucun intérêt majeur d'ordre public ou privé qui exige une certaine confidentialité.

#### *Al. 2*

Concernant les échanges électroniques de données, l'adjudicateur doit veiller à éviter toute inégalité de traitement et prendre les mesures de sécurité ad hoc qui s'imposent. Lorsqu'un marché est passé par voie électronique, l'adjudicateur doit s'assurer que le système informatique et les logiciels utilisés (notamment les systèmes de cryptage et d'authentification) sont accessibles au public ou, tout du moins, compatibles avec des systèmes et logiciels accessibles au public. L'adjudicateur doit également mettre en place des mécanismes garantissant l'intégrité des données transmises par les soumissionnaires, et notamment confirmer l'heure de leur réception et empêcher tout accès illicite à celles-ci (cf. art. V:3 AMP rév.). L'adjudicateur ne peut toutefois donner ces garanties que tant que les données se trouvent sous son contrôle. Le soumissionnaire est responsable en particulier de l'intégrité de ses données jusqu'à ce qu'elles soient sous le contrôle de l'adjudicateur, de leur cryptage et de la remise en temps utile du code de décryptage à l'adjudicateur (voir explications relatives à l'art. 19, al.1).

#### *Art. 14 Prestations périodiques*

La jurisprudence a indiqué que le législateur fédéral n'avait manifestement pas eu conscience de la problématique très particulière que constituent les contrats de (très) longue durée et n'avait donc pris aucune disposition afin de limiter leur durée dans la LMP (cf. décision de la Commission fédérale de recours en matière de marchés publics du 3 novembre 2000, CRM 2000-007, consid. 3, let. c/ii). Cette lacune est désormais comblée. L'adjudicateur doit en principe limiter à quatre ans les contrats portant sur des biens ou prestations dont il a un besoin récurrent sur une longue durée (papier, par exemple). Les exceptions à cette règle doivent le cas échéant être justifiées auprès des autorités de surveillance compétentes. La notion de longue durée est relative. Elle s'applique notamment lorsque des motifs économiques (amortissement des frais de procédure ou des investissements, par exemple) justifient un contrat de longue durée, et donc une restriction mesurée de l'accès au marché. Il en va de même pour les prolongations de contrats existants. Cette norme ne porte pas sur les prestations fournies à titre ponctuel, mais dont la réalisation s'étend sur une durée supérieure à quatre ans (construction d'un bâtiment, par exemple).

## *Chapitre 2: Procédure applicable*

### *Art. 15 Seuils*

#### *Al. 1:*

En principe, tout achat doit faire l'objet d'un appel d'offres. L'adjudicateur ne peut y renoncer qu'à titre exceptionnel (art. VII:1 AMP rév.), soit parce qu'en deçà de certains seuils, il estime que les frais de la procédure d'appel d'offres sont disproportionnés par rapport à la valeur du marché, soit parce que les seuils sont atteints, mais que les conditions d'une exception en faveur d'une procédure sans appel d'offres sont réunies (art. 58-67).

Tous les marchés cités à l'art. 3, al. 1, sont soumis à cette loi, qu'ils atteignent le seuil défini ou non. Les seuils fixés pour la procédure d'appel d'offres restent cependant déterminants pour le choix du type de procédure, pour les modalités de publication de l'adjudication (art. 42), ainsi que pour les voies de droit prévues par la présente loi (art. 68, al. 1).

Les seuils des procédures d'appel d'offres sont définis par l'AMP et par les accords bilatéraux. Dans le cadre de la révision de l'AMP, la Suisse a demandé que le seuil fixé pour l'achat de prestations soit relevé de 248 950 CHF à 383 000 CHF. Aucune décision n'a encore été prise à ce sujet. Etant donné que cette demande s'est heurtée à une forte résistance de plusieurs Etats-membres, le seuil actuel reste applicable jusqu'à nouvel ordre. Il a néanmoins été arrondi à 250 000 CHF.

La loi vise une harmonisation des seuils sur le marché intérieur suisse. Pour les biens et services, elle reprend donc le seuil d'ores et déjà en vigueur dans le cadre du concordat intercantonal, arrondi toutefois à 250 000 CHF. Elle propose également une unification pour les adjudicateurs qui ne sont ni des autorités, ni des unités administratives («secteurs»), avec un seuil arrondi à 650 000 CHF (au lieu de 640 000 CHF). Pour la construction, le seuil, qui s'élève actuellement à 9 575 000 CHF pour les autorités et les unités administratives et à 8 millions pour certains secteurs particuliers (rail, par exemple), doit être harmonisé à 8 millions de CHF pour tous les adjudicateurs. Cette diminution partielle, qui ne concerne que quelques marchés chaque année, apporte une unification et une simplification substantielles. Dans ce contexte, il convient d'additionner la valeur de toutes les prestations de réalisation de l'ouvrage. Si l'adjudicateur répartit les travaux entre différents prestataires (peintre, menuisier, etc.), ceux-ci sont soumis individuellement à la procédure d'appel d'offres à partir d'un montant de 2 millions de francs. Les seuils délimitant la procédure invitant à soumissionner et la procédure de gré à gré correspondent aux valeurs actuellement en vigueur dans le cadre de l'AIMP révisé, ce qui va également dans le sens de l'harmonisation générale des seuils. Les soumissionnaires étrangers n'ont qualité pour recourir que lorsque l'Etat où ils ont leur siège accorde la réciprocité aux soumissionnaires suisses ou prévoit des seuils identiques (cf. art. 73, al. 3).

#### *Al. 2*

Le Conseil fédéral et les cantons peuvent abaisser les seuils, soit pris isolément, soit dans leur ensemble. Ils peuvent également étendre l'obligation de publier et les voies de droit, ou encore introduire des distinctions supplémentaires, entre secteur principal et second œuvre de la construction, par exemple. Les seuils prescrits pour les procédures d'appel d'offres au niveau international sont indiqués en droits de tirage spéciaux (DTS). La valeur de cette unité de compte est calculée sur la base

d'un panier des principales monnaies et la conversion en francs suisses est effectuée une fois par an, raison pour laquelle la Confédération et les cantons peuvent adapter les seuils en fonction des fluctuations monétaires.

*Al. 3*

L'adjudicateur peut volontairement soumettre un projet de marché à un appel d'offres ou préférer une procédure invitant à soumissionner à une procédure de gré à gré. Le choix volontaire d'un autre type de procédure ne justifie toutefois pas de voie de droit lorsque la loi n'en prévoit pas (cf. décision de la Commission fédérale de recours en matière de marchés publics du 26 janvier 2001, CRM 2000-018, consid. 3).

*Al. 4*

Lorsque des autorités ou des unités administratives de la Confédération (art. 4, al. 1, let. a) coopèrent avec d'autres organisations sous l'influence dominante de la Confédération (art. 4, al. 1, let. b) afin d'acheter des biens ou services, c'est le seuil le plus bas qui s'applique (250 000 CHF).

*Al. 5*

Si, en procédure invitant à soumissionner, différents types de prestations sont achetés ensemble – dont au moins un bien –, c'est le seuil de 100 000 CHF qui s'applique.

*Art. 16 Valeur du marché*

*Al. 1*

Comme l'adjudicateur ne sait pas toujours à l'avance à combien se monteront les offres, il doit évaluer la valeur du marché conformément aux règles de la bonne foi, en amont de la procédure. Il existe un rapport matériel ou juridique étroit entre plusieurs prestations dès le moment où il ne serait pas raisonnable de les acquérir l'une sans l'autre lors de transactions commerciales. Cela vaut notamment lorsque les prestations servent le même but, quand il est prévu qu'elles soient exécutées par la même personne ou si une dilution des responsabilités n'est pas souhaitable.

*Al. 2*

L'adjudicateur est tenu d'inclure les options dans l'estimation de la valeur du marché (art. II:6, let. b, et XV:7 AMP rév.), même s'il n'est pas certain qu'elles soient réalisées par la suite.

*Al. 3*

L'adjudicateur est en principe autorisé à fractionner des prestations et à les acquérir séparément ou de manière échelonnée dans le temps (art. 23), même si elles ont un rapport matériel ou juridique étroit entre elles. Par contre, la méthode utilisée pour calculer la valeur ou le fractionnement d'une prestation ne sauraient servir à l'exclure en totalité ou en partie de l'application de la présente loi (prévoyant notamment l'obligation de lancer un appel d'offres, voir art. II:6, let. a, AMP rév.).

## *Art. 17 Cas particuliers*

### *Al. 1*

Si l'adjudicateur divise un marché en plusieurs lots, des méthodes d'évaluation spécifiques, prescrites par l'AMP, s'appliquent (art. II:7 AMP rév.).

### *Al. 2*

Dans les cas où il n'est pas certain que le marché prévu sera de durée déterminée ou indéterminée, la méthode d'évaluation des contrats à durée indéterminée s'applique (art. II:8 AMP rév.). Cette disposition concorde avec le principe de procédure régissant les prestations récurrentes, en vertu duquel le contrat doit être conclu pour quatre ans au plus (art. 14).

## *Chapitre 3: Procédure d'appel d'offres*

### *Section 1: Appel d'offres*

## *Art. 18 Contenu minimal de l'appel d'offres et publication*

### *Al. 1*

L'appel d'offres est la première étape perceptible de l'extérieur dans une procédure d'appel d'offres ouverte ou sélective. L'adjudicateur y fixe le cadre dans lequel se déroulera la suite de la procédure. Il doit donner dès ce stade certaines indications minimales prévues par l'AMP (art. VII AMP rév.). En particulier, l'adjudicateur mentionnera dès l'appel d'offres les critères d'adjudication. Cette exigence vaut également pour la procédure sélective. La transparence ainsi réalisée aide les soumissionnaires à décider de participer ou non à l'appel d'offres.

Une liste et une brève description des critères d'adjudication suffiront, pour éviter à la publication d'être trop volumineuse (voir art. VII: 2, let. j, AMP rév.; annexe 1, ch. 5). L'adjudicateur précisera en outre si les documents d'appel d'offres peuvent être obtenus, et le cas échéant à quelles conditions (art. VII: 2, let. a, AMP rév.; annexe 1 ch. 2). S'il prévoit de ne pas rembourser les prestations préalables dont le caractère onéreux peut être habituellement présumé selon le principe de la bonne foi (voir ATF 119 II 40 ss.), il doit l'indiquer expressément dans l'appel d'offres (voir annexe 1, ch. 8). Il en va de même des éventuelles exigences d'ordre formel que les soumissionnaires auraient à respecter pour la remise d'une offre (art. 54, al. 3).

Si l'appel d'offres est publié en allemand ou en italien, il doit être accompagné d'un résumé en français, en anglais ou en espagnol (art. VII:3 AMP rév.; voir art. 70).

### *Al. 2*

L'appel d'offres dans l'organe de publication officiel (cf. art. 55) est une décision pouvant être contestée par la voie d'un recours distinct (art. 69, al. 1, let. a).

## *Art. 19 Documents d'appel d'offres*

### *Al. 1*

L'AMP fixe les indications minimales à mentionner dans les documents d'appel d'offres (voir art. X:7 AMP rév.). Ces renseignements visent à la transparence et servent à préserver l'égalité des chances. Ils sont également applicables aux marchés publics cantonaux.

L'adjudicateur précisera la nature, la quantité (estimée) ainsi que toutes les autres exigences relatives aux prestations à fournir, y compris les spécifications techniques, les certifications de conformité, les plans, les dessins ou les instructions. En outre, il décrira la nature et, dans la mesure du possible, la quantité et la durée des options éventuelles (annexe 1, ch. 3; art. VII:2, let. d, AMP) et précisera les délais de livraison. Il lui incombe de présenter en détail les critères de qualification et d'adjudication, en particulier les éventuels sous-critères ou la matrice d'évaluation utilisée, ainsi que les documents et certificats à remettre. En ce qui concerne les éléments de coût des offres, les soumissionnaires peuvent être requis d'indiquer leurs frais de transport, d'assurance et d'inspection, les droits de douane et autres droits liés à l'importation. A propos des conditions de paiement, l'adjudicateur peut notamment indiquer dans quelle monnaie le paiement sera effectué. Les documents d'appel d'offre décriront en détail le déroulement de la procédure du marché concerné. Ainsi, s'il s'agit d'un marché se déroulant par voie électronique, les documents d'appel d'offres spécifieront toutes les exigences de l'adjudicateur concerné relatives à l'authentification et au cryptage des données à recevoir par voie électronique. Si l'adjudicateur procède à une enchère électronique, il en indiquera les règles dans les documents d'appel d'offres. En cas d'ouverture publique des offres, il y mentionnera la date, l'heure et le lieu de l'ouverture des soumissions et les personnes autorisées à y assister. Les documents d'appel d'offres préciseront en outre la période pendant laquelle l'offre lie les soumissionnaires, la limite à ne pas dépasser étant ici de six mois. Enfin, les adjudicateurs peuvent annexer leurs conditions générales aux documents d'appel d'offres.

#### *Al. 2*

Un marché public fructueux suppose d'avoir préparé les documents au moment de l'appel d'offres. Un soumissionnaire ne peut en effet réellement préparer son offre qu'à condition d'avoir accès à toutes les données utiles. L'adjudicateur lui rendra donc accessibles les documents au moment de l'appel d'offres. En procédure sélective, l'adjudicateur a toutefois la possibilité de ne rendre accessibles les documents ou une partie d'entre eux qu'après la préqualification. Si l'adjudicateur fournit l'appel d'offres et les documents d'appel d'offres par voie électronique, il peut raccourcir de 10 jours le délai de remise (art. 53, al. 1, let. a et b).

#### *Al. 3*

Si un soumissionnaire demande les documents d'appel d'offres, l'adjudicateur les lui remettra dans les plus brefs délais (art. X:10, let. b, AMP rév.).

### *Art. 20 Questions des soumissionnaires*

#### *Al. 1*

L'adjudicateur doit admettre que l'appel d'offres et les documents qui l'accompagnent comportent parfois des imprécisions. Les échanges de questions et de réponses servent ici à dissiper tout malentendu. L'adjudicateur est notamment tenu de répondre aux questions pouvant avoir un impact sur la conception des offres. Ces échanges de questions et de réponses interviennent généralement aussitôt après l'appel d'offres, pour éviter une prolongation du délai de dépôt des offres. L'adjudicateur peut indiquer dans les documents d'appel d'offres jusqu'à quand il répondra aux questions.

## *Al. 2*

Dans la pratique, les échanges de questions et de réponses revêtent fréquemment la forme écrite, avec transmission à tous les participants à la procédure. Cette formule vise à éviter d'avantager un soumissionnaire sur ses concurrents. L'adjudicateur peut également laisser des questions ouvertes pour la même raison (art. X:10, let. c, AMP rév.).

## *Section 2: Exigences relatives à la prestation*

### *Art. 21 Description de la prestation*

#### *Al. 1*

L'adjudicateur détermine librement, dans l'exercice de ses tâches, la qualité et la finalité de la prestation à acquérir. Si la description de la prestation dans l'appel d'offres ou dans les documents correspondants, contient des données laissant à désirer voire erronées, il sera d'autant plus difficile de réaliser les étapes ultérieures de la procédure de manière traçable et donc correcte. Il importe donc que l'adjudicateur consacre le temps nécessaire à l'analyse préalable. Dans son propre intérêt, il veillera à la qualité de son appel d'offres, cruciale pour la transparence et la qualité de la procédure tout entière. La clarté et l'exhaustivité de la description des prestations influent en plus sur la comparabilité des offres dans une large mesure.

#### *Al. 2*

L'adjudicateur peut renoncer à décrire précisément la prestation et se limiter à indiquer les fonctions que les offres doivent remplir. Il peut ainsi se limiter, au lieu de préciser l'objet du marché et son étendue, à mentionner les objectifs visés. Cette description «finale» ou «fonctionnelle» de l'objet du marché encourage l'innovation. Elle sert par exemple dans les cas où l'adjudicateur entend mobiliser le savoir technique et la créativité des soumissionnaires potentiels pour préciser concrètement la prestation à acheter, ou lorsqu'il est à la recherche de diverses solutions ou approches envisageables.

#### *Al. 3*

L'adjudicateur doit décrire l'objet du marché avec une précision suffisante pour que les offres qui lui parviennent restent comparables ou du moins qu'il soit possible de les comparer lors d'une rectification technique ou dans le cadre d'une négociation. Les indications minimales devant obligatoirement figurer dans l'appel d'offres varient d'un cas à l'autre. En règle générale, l'adjudicateur doit indiquer au moins certains éléments essentiels de la prestation.

### *Art. 22 Spécifications techniques*

#### *Al. 1*

Par spécification technique, il faut entendre une «prescription de l'appel d'offres qui i) énonce les caractéristiques des marchandises ou des services devant faire l'objet du marché, y compris la qualité, les performances, la sécurité et les dimensions, ou les procédés et méthodes pour leur production ou fourniture; ou ii) porte sur la terminologie, les symboles, les prescriptions en matière d'emballage, de marquage ou d'étiquetage, tels qu'ils s'appliquent à une marchandise ou à un service» (art. I:1, let. t, AMP rév.). Des spécifications techniques visant à encourager la préservation des ressources naturelles ou à protéger l'environnement entrent également en ligne



de compte (art. X:6 AMP rév.).

Les adjudicateurs ont tendance à multiplier les spécifications. Or sachant leur influence considérable sur les coûts de l'achat, une remise en question et un élagage bien plus systématiques sont de mise. L'adjudicateur devrait donc s'en tenir aux exigences fonctionnelles minimales («fit for purpose») et renoncer aux spécifications souhaitées mais sans justification objective.

«Une entité contractante n'établira, n'adoptera ni n'appliquera de spécifications techniques ni ne prescrira de procédures d'évaluation de la conformité ayant pour objet ou pour effet de créer des obstacles non nécessaires au commerce international» (art. X:1 AMP rév.). Ainsi l'adjudicateur ne doit pas formuler les spécifications techniques de manière discriminatoire pour certains soumissionnaires, ce qui serait par exemple le cas s'il exigeait l'emploi de matériaux locaux. En principe, tous les soumissionnaires intéressés et qualifiés de la branche concernée doivent obtenir les mêmes possibilités de déposer une offre. A cet effet, l'adjudicateur «indiquera la spécification technique en termes de performances et d'exigences fonctionnelles, plutôt qu'en termes de conception ou de caractéristiques descriptives» (art. X:2, let. a, AMP rév.).

#### *Al. 2*

L'adjudicateur «fondera la spécification technique sur des normes internationales, dans les cas où il en existera, sinon sur des règlements techniques nationaux, des normes nationales reconnues ou des codes du bâtiment» (art. X:2, let. b, AMP rév.). Il est contraire au droit des marchés publics de mentionner une marque de fabrique ou un nom commercial, un brevet, un droit d'auteur, un modèle ou un produit, ainsi que d'exiger une origine spécifique ou un fournisseur déterminé dans la description de la prestation, à moins qu'il n'existe pas d'autre moyen suffisamment précis ou intelligible de décrire la prestation (art. X:3 AMP rév.). L'adjudicateur peut fixer certaines normes de produits. Par contre, la reprise d'une feuille de données d'un produit n'est admissible que si la formulation des exigences techniques est suffisamment ouverte pour qu'un autre produit puisse convenir. Si à titre exceptionnel l'adjudicateur édicte des spécifications techniques se référant à des produits ou services de prestataires spécifiques, il doit également prendre en considération les produits ou services concurrents dont il peut être démontré qu'ils satisfont aux exigences du marché. Il devra signaler cette possibilité dans les documents d'appel d'offres en utilisant des termes tels que «ou équivalent».

#### *Art. 23 Allotissement et offres partielles*

L'adjudicateur peut acheter la prestation globalement ou par lots séparés. D'une part, la concentration des commandes permet d'obtenir des prix plus avantageux. De l'autre, la division d'un marché public en plusieurs lots favorise la concurrence et accroît en particulier les chances des PME de participer à des marchés importants. L'allotissement permet également une meilleure répartition des risques, en réduisant la dépendance de soumissionnaires spécifiques.

L'adjudicateur peut en particulier subdiviser la prestation totale selon la nature des prestations (p. ex. peintres, plâtriers), par zone géographique bien délimitée (p. ex. Suisse orientale et Suisse romande) ou d'un point de vue quantitatif (p. ex. livraison de 10 000 ou 20 000 pupitres). Il ne doit toutefois pas fractionner un marché pour contourner le type de procédure prescrit ou pour favoriser certains soumissionnaires (art. 16, al. 3).

L'adjudicateur peut soit mettre au concours plusieurs lots distincts, soit les publier ensemble dans un seul appel d'offres (p. ex. soumissionnaires de prestations individuelles dans un ouvrage de construction). Si l'adjudicateur entend se réserver la possibilité d'adjuger le marché à un soumissionnaire qui présenterait une offre globale plus avantageuse économiquement, il l'indiquera dans l'appel d'offres (annexe 1, ch. 7). A contrario, s'il met au concours une prestation globale, il indiquera si les offres partielles sont autorisées. Le cas échéant, rien n'oblige les soumissionnaires à déposer une offre portant sur la prestation d'ensemble.

#### *Art. 24 Variantes*

##### *Al. 1*

Une variante atteint le but visé par l'adjudicateur d'une manière différente de celle préconisée dans l'appel d'offres. Si l'offre prévoit un autre mode de calcul du prix que celui prescrit par l'adjudicateur (p. ex. prix global au lieu d'un prix unitaire), il s'agit également d'une variante. Les variantes sont soumises au même délai et aux mêmes critères d'adjudication que les autres offres, à moins que l'adjudicateur n'en dispose autrement dans l'appel d'offres.

##### *Al. 2*

Les variantes stimulent la concurrence, sont souhaitables en raison de leur potentiel d'innovation et donc en principe autorisées par le droit des marchés publics. Le soumissionnaire proposant une variante n'est pas tenu de déposer en plus une offre en tous points conforme aux exigences de l'adjudicateur («proposition officielle»). L'adjudicateur peut limiter les variantes par principe ou quant à leur portée (p. ex. variantes d'exécution). Il le signalera toutefois au stade de l'appel d'offres. Comme cette norme soutient la concurrence, il est conforme à la Constitution d'étendre une telle solution aux cantons.<sup>54</sup> Les adjudicateurs sont toujours libres d'exclure les variantes dans un cas d'espèce.

##### *Al. 3*

L'adjudicateur analysera les variantes de la manière la plus adéquate possible, afin de pouvoir les comparer entre elles (analyse de sensibilité). Le devoir de rectification des offres (art. 37) a beau être plus complexe dans le cas des variantes, il est facilité par le devoir de collaboration des soumissionnaires. Ceux-ci ne peuvent en effet renoncer à soumettre une proposition officielle que s'ils parviennent à prouver que tout en s'y prenant autrement, ils ont suffisamment tenu compte des exigences de l'adjudicateur.

### *Section 3: Motifs d'exclusion*

#### *Art. 25 Absence de preuve du respect des exigences légales*

En tant qu'adjudicateur, l'Etat ne saurait profiter de distorsions de concurrence, en n'observant pas les prescriptions légales, pour obtenir des avantages sur les prix (exigence de respect des règles, «legal compliance»). Cette disposition va également dans l'intérêt des entreprises, en garantissant le principe d'une concurrence «à armes égales».

<sup>54</sup> Voir la réponse négative de Biaggini, *Verfassungsgutachten* p. 58.

### *Al. 1*

L'adjudicateur exclut de la passation du marché le soumissionnaire qui ne respecte pas les exigences légales citées dans les let. a à e. Il peut se limiter à exiger auparavant du soumissionnaire une preuve ou une déclaration sur l'honneur stipulant que les exigences légales sont respectées. Pendant une procédure en cours, il peut à tout moment (p. ex. lorsqu'il a des soupçons) demander au soumissionnaire de lui présenter des preuves à cet effet. Il peut effectuer des contrôles chez le soumissionnaire ou faire en sorte que de tels contrôles soient effectués. S'il y a des raisons d'exclure un soumissionnaire, l'adjudicateur peut prendre immédiatement la décision ou attendre jusqu'à la décision sujette à recours suivante (art. 69, al. 2).

L'exclusion ne doit pas résulter d'un formalisme excessif. La violation d'une prescription qui doit être considérée comme une brouille et peut être immédiatement corrigée ne conduit pas à une exclusion. Dans le cadre des contrôles d'égalité salariale dans les marchés publics de la Confédération, on admet par exemple une marge de tolérance de 5%, car il est possible que certains facteurs déterminants en matière salariale ne soient pas pris en compte dans le contrôle standardisé. Cette souplesse a pour objectif d'éviter qu'une entreprise ne soit injustement sanctionnée.

Sont considérées comme des conditions de travail et des dispositions relatives à la protection des travailleurs fixées par l'Etat les prescriptions légales (en particulier la loi sur l'assurance-accidents et la loi sur le travail), les conventions collectives de travail nationales, régionales et cantonales, pour autant qu'elles soient déclarées de force obligatoire, ainsi que les contrats-types de travail prévoyant des salaires minimaux (art. 360a CO; RS 220). En revanche, les dispositions découlant de conventions collectives de travail ne pouvant pas être étendues ou de contrats-types de travail ne prévoyant pas de salaires minimaux ne sont pas considérées comme des conditions de travail et des dispositions relatives à la protection des travailleurs fixées par l'Etat. Conformément à l'art. 29, ces dispositions peuvent le cas échéant entraîner une exclusion.

Le Conseil fédéral et les cantons peuvent définir dans leurs domaines de compétences respectifs de quelle manière ils entendent faire respecter les conditions de travail, les dispositions relatives à la protection des travailleurs fixées par l'Etat ainsi que la parité salariale. Outre les compétences de surveillance déjà existantes et définies dans des lois spécifiques, il est possible de déléguer ce droit à des tiers, p. ex. à des organes paritaires liés aux conventions collectives de travail. Convenir de peines conventionnelles devrait également être utile en cas de non-respect (cf. art. 56, al. 2).

### *Al. 2*

Le soumissionnaire doit prendre en charge les agissements de ses organes, de ses employés ainsi que de ses sous-traitants, indépendamment du fait qu'ils travaillent encore pour lui ou non au moment de la décision.

### *Al. 3*

Pour les soumissionnaires qui n'ont pas de siège ou de filiale en Suisse, ce sont en principe les dispositions du lieu de la prestation qui s'appliquent, mais les conventions fondamentales de l'Organisation internationale du travail (OIT) ont

valeur de conditions minimales. Le lieu de la prestation est le lieu où la prestation est effectivement fournie. Il convient de distinguer deux cas en rapport avec l'étranger :

1<sup>er</sup> cas: lorsqu'une marchandise est produite à l'étranger et livrée en Suisse (p. ex. textiles de Thaïlande), le lieu de la prestation est le pays de production (Thaïlande). Lorsqu'une prestation est fournie à l'étranger (p. ex. centre d'appels en Inde), le lieu de la prestation est le pays dans lequel la prestation est fournie (Inde). Etant donné que le droit suisse ne s'applique que sur le territoire de la Suisse parce que le cas contraire équivaudrait à discriminer les soumissionnaires étrangers, c'est le droit en vigueur sur le lieu de la prestation qui doit être respecté. Néanmoins, si l'ordre juridique en vigueur sur le lieu de la prestation va moins loin que les conventions fondamentales de l'OIT, ces dernières s'appliquent. L'adjudicateur est en principe libre d'exiger des soumissionnaires par contrat qu'ils observent d'autres exigences.

2<sup>e</sup> cas: lorsqu'un soumissionnaire qui n'a pas de siège ou de filiale en Suisse détache des salariés en Suisse pour y effectuer les travaux, le lieu de la prestation est la Suisse. Cette disposition est une réglementation autonome qui va au-delà de l'AMP. Elle dépasse également les normes plancher établies dans la loi fédérale du 8 octobre 1999 sur les conditions minimales de travail et de salaire applicables aux travailleurs détachés en Suisse et sur les mesures d'accompagnement (loi sur les travailleurs détachés; RS 823.20). Cette norme a pour but d'éviter un dumping salarial indésirable.

Pour les soumissionnaires ayant un siège ou une filiale en Suisse, c'est le principe du lieu de provenance qui s'applique. La réglementation du marché intérieur selon l'art. 3 de la loi fédérale du 6 octobre 1995 sur le marché intérieur (LMI; RS 943.02) est réservée. La réglementation du marché intérieur par les cantons s'étend ainsi à la Confédération.

#### *Art. 26 Exclusion en cas de jugement passé en force*

##### *Al. 1*

S'agissant des infractions mentionnées dans cet article, il est justifié de tenir compte des jugements prononcés par le passé. Le soumissionnaire concerné peut bien entendu s'amender.

Let. b et c: contrairement aux exigences légales selon l'art. 25, al. 1, il s'agit ici toutefois d'une obligation d'abstention. Or un soumissionnaire serait bien en peine d'apporter la preuve qu'il n'a soudoyé personne ni passé aucun accord illicite affectant la concurrence, raison pour laquelle un jugement passé en force est un motif d'exclusion.

Comme dans le cas de l'art. 25, le soumissionnaire doit prendre en charge les agissements de ses organes, de ses employés ainsi que de ses sous-traitants, indépendamment du fait qu'ils travaillent encore pour lui ou non au moment de la décision.

##### *Al. 2*

La loi fédérale concernant des mesures en matière de lutte contre le travail au noir (LTN, RS 822.41), entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 2008, revêt une signification particulière : lorsqu'un soumissionnaire est exclu juridiquement des futurs marchés

publics par une autorité cantonale (art. 13, al. 1, LTN), l'adjudicateur doit aussi tenir compte de cette décision pour toute la durée prévue en vertu de l'art. 13 LTN. Un éventuel amendement du soumissionnaire tel qu'évoqué à l'art. 26, al. 1, ne donne pas lieu à une diminution de la durée d'exclusion selon l'art. 13, al. 1, LTN. Le SECO tient une liste des employeurs faisant l'objet d'une décision entrée en force d'exclusion; cette liste est accessible au public (art. 13, al. 3, LTN).

Par ailleurs, tout adjudicateur peut tenir une «liste noire» des soumissionnaires qui, selon l'al. 1, doivent être impérativement exclus, dans la mesure où il ne figurent pas dans la liste du SECO, selon l'art. 13, al. 3, LTN. L'adjudicateur peut aussi, par exemple, dresser une liste des soumissionnaires condamnés pour corruption ou pour entente contraire au droit des cartels. Ces listes n'ont qu'un caractère «déclaratif» et ne justifient pas des droits ou des obligations. L'adjudicateur peut aussi tenir des listes permanentes des soumissionnaires contre lesquels il n'y a pas de motif d'exclusion («liste blanche», cf. art. 49).

#### *Art. 27 Motifs d'exclusion*

L'adjudicateur doit exclure un soumissionnaire de la procédure lorsque des motifs très sérieux laissent apparaître que ledit soumissionnaire n'est pas indiqué pour exécuter la prestation demandée. L'adjudicateur est obligé d'agir dans la mesure où le motif d'exclusion existe au préalable avec une certaine précision et que l'exclusion ne résulte pas d'un formalisme excessif.

Il peut prendre la décision immédiatement ou attendre jusqu'à la prochaine décision sujette à recours (art. 69, al. 1, let. b, et al. 2).

Concernant la let. a: le non-respect du délai imparti peut déjà constituer un vice de forme lorsqu'une offre est déposée avec un jour de retard (cf. décision de la Commission fédérale de recours en matière de marchés publics du 13 août 1998, CRM 001/97, consid. 3). Lorsque le retard est exclusivement imputable à l'adjudicateur, une demande de participation ou une offre en retard peut également être prise en compte (art. XV:2 AMP rév.).

Concernant la let. b: l'adjudicateur doit examiner la qualification au plus tard au moment de l'adjudication.

Concernant la let. c: l'adjudicateur doit procéder à l'exclusion sans attendre un jugement passé en force lorsqu'il apparaît avec suffisamment de clarté qu'un soumissionnaire a influencé l'adjudication par la corruption. Cette mesure permet d'empêcher les pratiques frauduleuses (cf. art. V:4, let. c, AMP rév.).

Concernant la let. d: les cas de récusation relèvent en partie du droit de procédure administrative. Il incombe en principe à la Confédération et aux cantons de les régler dans leurs domaines de compétences respectifs, tout en respectant les conditions-cadres d'ordre général (art. V:4, let. b, AMP rév., art. 29 Cst.). Cependant, on propose ici de régler de manière définitive mais nouvelle la question de la récusation en cas de concours pour la Confédération et les cantons. Il est apparu dans la pratique que l'obligation de l'anonymat pouvait conduire parfois à devoir changer la composition du jury à un stade avancé de la procédure, une fois l'anonymat levé. Or qu'il s'agisse des soumissionnaires concernés ou de l'adjudicateur, personne n'apprécie ce genre de changement. De leur côté, les concurrents qui ont renoncé à participer en raison de la composition du jury ne souhaitent pas non plus que cette

dernière soit modifiée après coup. C'est pourquoi il ne faut pas que le membre du jury concerné doive se récuser, mais au contraire que l'adjudicateur exclue les soumissionnaires dont la participation justifierait un motif d'exclusion pour un membre du jury.

#### *Art. 28 Exclusion pour préimplication*

##### *Al. 1*

Le principe de l'égalité de traitement exige que l'adjudicateur n'accorde aucun avantage à certains soumissionnaires par rapport aux autres. Il exclut par conséquent un soumissionnaire s'il apparaît objectivement que ce dernier a obtenu avant le marché des informations qui lui ont conféré un avantage concurrentiel vis-à-vis de ses concurrents. Cela se produit en règle générale lorsqu'un soumissionnaire a participé de manière prépondérante à la préparation du marché, par exemple en rédigeant les documents d'appel d'offres (art. X:5 AMP rév.). Dans des cas exceptionnels, un soumissionnaire peut aussi bénéficier d'un avantage concurrentiel non autorisé parce qu'il a précédemment participé à un marché similaire (p. ex. connaissances géologiques spécifiques résultant de la réalisation du premier tronçon d'un tunnel) et avoir ainsi acquis un avantage pour la procédure en cours.

##### *Al. 2*

Les marchés sont souvent réalisés en plusieurs étapes successives (p. ex. études, puis réalisation). Seule une solution flexible au moment de la préimplication permet d'éviter une structuration du marché dans certains segments spécialisés. L'adjudicateur peut renoncer à l'exclusion s'il est en mesure de compenser l'avantage concurrentiel d'un soumissionnaire acquis dans le cadre de la préimplication.

Il peut par exemple compenser cet avantage concurrentiel en fournissant avec les documents d'appel d'offres tous les documents à la source de cet avantage et procurer ainsi les mêmes connaissances aux concurrents du soumissionnaire préimpliqué. Il établit les délais de remise des offres de manière à donner suffisamment de temps aux concurrents pour se procurer le savoir requis. Le soumissionnaire préimpliqué n'a pas droit à cette compensation pour éviter une exclusion.

Lorsqu'un soumissionnaire est préimpliqué, un concurrent ne peut pas attendre bras croisés jusqu'à la décision sujette à recours suivante. Il doit réclamer immédiatement auprès de l'adjudicateur et prouver que le soumissionnaire en question a participé à la préparation du marché, bénéficiant ainsi de connaissances supplémentaires. Il en résulte le soupçon d'un avantage concurrentiel. Il incombe en revanche à l'adjudicateur de prouver que les connaissances supplémentaires du soumissionnaire concerné ont été compensées. Celui qui a bénéficié de la préimplication est soumis à une obligation de collaborer d'ordre général.

#### *Art. 29 Autres motifs d'exclusion*

##### *Al. 1*

D'autres motifs mentionnés de façon non exhaustive peuvent justifier l'exclusion d'un soumissionnaire. Le fait d'exclure effectivement un soumissionnaire de la passation de marché est laissé à l'appréciation de l'adjudicateur (motifs d'exclusion

facultatifs). Ce dernier détermine de cas en cas si l'exclusion est opportune et non discriminatoire.

L'adjudicateur peut exclure un soumissionnaire qui ne respecte pas certaines conditions de travail non fixées par l'Etat (art. 25, al. 1, let. b), mais figurant par exemple dans des conventions collectives de travail (non déclarées de force obligatoire) (let. a). En l'absence de telles conventions, la non-observation de conditions de travail usuelles dans la localité ou la profession ou de contrats-types de travail ne prévoyant pas de salaires minimaux (cf. art. 360a CO) peut également entraîner une exclusion. Là encore, les soumissionnaires ayant leur siège ou une filiale en Suisse doivent respecter le principe du lieu de provenance, sous réserve de l'art. 3 LMI (cf. art. 25, al. 3).

Constitutionnellement, la Confédération n'a pas la compétence de fixer comme motif d'exclusion contraignant le fait de ne pas payer d'impôts cantonaux (let. b) ou de fournir de fausses indications à l'adjudicateur cantonal (let. c). De même, elle ne peut guère obliger un adjudicateur à exclure un soumissionnaire qui a de graves difficultés financières, mais pour lequel aucune procédure de faillite n'a été ouverte.

#### *Al. 2*

Le fait d'autoriser les communautés de soumissionnaires a pour effet d'encourager la concurrence et d'accroître les chances des PME sur des marchés importants. Les communautés de soumissionnaires sont par conséquent autorisées en principe. Les adjudicateurs peuvent toutefois limiter les conditions de cette autorisation dans le cadre de l'appel d'offres. Ce principe vaut également pour les adjudicateurs cantonaux, raison pour laquelle la réglementation constitutionnelle des compétences reste acquise.<sup>55</sup>

#### *Al. 3*

L'adjudicateur peut exiger qu'un soumissionnaire satisfasse à certaines obligations légales (p. ex. constitution d'une forme juridique, présentation de certaines autorisations) (art. VIII:1 AMP rév.). Ces obligations doivent être remplies au moment de l'adjudication uniquement, car s'y conformer nécessite parfois des démarches qui prennent du temps.

#### *Al. 4*

L'AMP est régi par le principe de la réciprocité. Les soumissionnaires étrangers ne peuvent se référer à la législation sur les marchés publics pour exiger l'égalité de traitement avec les soumissionnaires suisses que si le pays où se situe leur siège offre à ces derniers un accès équivalent à son propre marché. Font exception les marchés réalisés dans le cadre de l'arrêté sur le transit alpin (art. 13, RS 742.104).

L'adjudicateur n'a aucune obligation d'exclure les soumissionnaires étrangers d'Etats tiers n'accordant pas la réciprocité. Il peut adjuger le marché à un soumissionnaire provenant d'un tel pays, pour autant qu'il s'agisse de l'offre économiquement la plus avantageuse.

<sup>55</sup> Biaggini, Etude de droit constitutionnel, op.cit., p. 57.

## *Section 4: Critères d'évaluation*

### *Art. 30 En général*

Il n'y a pas de rapport à la prestation si les critères utilisés ou les caractéristiques prises en compte sont sans incidence sur la prestation à fournir concrètement. Les critères de qualification et d'adjudication ne doivent pas contenir de conditions étrangères à la prestation, et donc sans rapport direct avec le marché. Le cadre juridique (legal compliance, voir art. 25, 26 et 29) ne fait pas partie des critères d'évaluation et son respect demeure réservé.

Si des critères d'évaluation liés aux prestations ont parallèlement des retombées économiques, sociales ou environnementales positives (p. ex. création d'emplois, élargissement de l'assiette fiscale), ils sont les bienvenus. Ils ne sont toutefois applicables que s'ils sont pertinents pour le marché concret et n'affectent pas sa rentabilité ou l'égalité de traitement des soumissionnaires. Les critères motivés par des considérations de politique régionale ou structurelle, fiscale ou encore macroéconomique (p. ex. domicile de l'entreprise ou siège fiscal) discriminent les soumissionnaires étrangers, qui ne peuvent d'emblée remplir ces critères d'ordre national. Il est tout autant inadmissible de tenir compte des itinéraires d'accès ou de transport si cela contribue à favoriser le marché local (voir ATF 2P.241/1999 du 31 mai 2000, consid. 4a). L'adjudicateur ne peut s'appuyer sur l'implantation géographique ou la provenance des soumissionnaires que s'il existe des raisons impérieuses dans le cas d'espèce (décision de la Commission fédérale de recours en matière de marchés publics du 8 octobre 1998, consid. 6c, CRMP 1998-003). Par exemple, le critère des connaissances locales ne peut être retenu que si des raisons objectives l'exigent (p. ex. obstacles topographiques ou géographiques) et si ce critère n'est pas un simple prétexte pour protéger les candidats locaux (ATF 2P.46/2005 et 2P.47/2005 du 16 septembre 2005, consid. 5.1; importance des connaissances locales pour une amélioration intégrale).

L'adjudicateur doit fixer les critères de façon claire et compréhensible et, si c'est nécessaire pour qu'ils restent vérifiables, les décrire ou les rendre concrets à l'aide de sous-critères. Ce principe vaut notamment pour les critères qui seront examinés de manière subjective (p. ex. esthétique). L'adjudicateur est tenu d'adapter son choix de critères au marché concerné, pour éviter une surcharge administrative injustifiée aux soumissionnaires ou pour ne pas renchérir inutilement la procédure.

### *Art. 31 Critères de qualification*

#### *Al. 1:*

Si un soumissionnaire possède les capacités requises, il sera considéré comme apte à l'exécution du marché. En principe, il faut impérativement satisfaire aux critères de qualification fixés. Si l'adjudicateur a limité par avance le nombre de soumissionnaires qui peuvent présenter une offre (art. 33, al. 1), les critères de qualification peuvent également être de nature valorisante. Le cas échéant, les critères de qualification apparaîtront dans l'appel d'offres par ordre d'importance (annexe 1, ch. 5). La qualification peut être contrôlée sous divers aspects. L'adjudicateur n'est toutefois pas autorisé à fixer les critères d'adéquation dans l'optique d'exclure d'emblée certains soumissionnaires. Il est tenu d'évaluer les capacités des soumissionnaires sur la base de leur activité commerciale déployée tant en Suisse qu'à l'étranger (art. VIII:2, let. a, AMP rév.).



*Al. 2 et 3:*

L'annexe 2 de la loi énumère aussi bien des critères que les preuves correspondantes. La liste figurant à l'annexe 2 n'a rien d'exhaustif. Les preuves attestent de la présence de la qualification exigée. L'adjudicateur ne doit exiger que les preuves requises pour attester de cette capacité, afin de limiter les frais administratifs des soumissionnaires. Il pourra se limiter à exiger d'eux, dans un premier temps, une attestation ou une déclaration sur l'honneur de leur aptitude à fournir certaines preuves de qualification. Au cas où il aurait déjà évalué l'adjudicataire potentiel, il ne pourra plus ensuite exiger de fait que de lui la production des preuves utiles. Cette façon de procéder limite les charges de toutes les parties à la procédure. Les expériences antérieures (p. ex. références) peuvent être évaluées dans la mesure où elles sont pertinentes pour la prestation concrète à exécuter. Il en va de même des expériences que l'adjudicateur a réalisées lui-même avec un soumissionnaire, pour autant que les autres soumissionnaires n'en soient pas avantagés. A contrario, l'appréciation de ses expériences ne doit pas conduire l'adjudicateur à discriminer les soumissionnaires n'ayant jamais collaboré avec lui. Le critère voulant qu'un soumissionnaire ait déjà obtenu dans le passé un marché de l'adjudicateur serait d'ailleurs illicite. En revanche, en cas d'impact environnemental marqué, il est permis d'exiger la présence d'un système de gestion environnementale.

#### *Art. 32 Critères d'adjudication*

*Al. 1:*

Afin d'être en mesure de sélectionner l'offre la plus avantageuse économiquement, ou la meilleur marché s'il s'agit de prestations normalisées (cf. art. 39), l'adjudicateur prend en compte des critères d'adjudication qu'il aura rendus publics auparavant. Chaque marché implique de fixer de nouveaux critères prépondérants.

*Al. 2:*

La liste des critères d'adjudication monétaires ainsi que des critères non monétaires n'est qu'un exemple nullement exhaustif.

Concernant les critères d'adjudication monétaires: dans plusieurs procédures d'achats de biens ou de services de construction, les coûts d'acquisition (le «prix») ne sont pas décisifs à eux seuls d'un point de vue économique, contrairement aux coûts totaux (coûts calculés sur la durée de vie) résultant de l'entretien, du développement éventuel et de l'élimination. Les frais d'exploitation et d'entretien peuvent représenter un multiple des simples coûts d'acquisition. Le prix n'est donc qu'un critère d'adjudication parmi d'autres.

Concernant les critères d'adjudication non monétaires: l'impact sur l'environnement implique p. ex. un taux réduit de produits toxiques, l'élimination, le ménagement des ressources, la possibilité de réparer le produit, etc. L'avantage économique d'une offre et le critère de la compatibilité environnementale sont souvent ressentis comme antagonistes. Pourtant, la prise en compte des aspects environnementaux ne va pas forcément à l'encontre de l'avantage économique. C'est ainsi que la durée de vie, la consommation d'énergie ou les coûts d'élimination d'un bien peuvent justifier des prix plus élevés. S'il s'agit de services, l'expérience et la compétence des collaborateurs intervenant concrètement peuvent parfaitement constituer un critère d'adjudication non monétaire.

Al. 3:

La jurisprudence relative au droit en vigueur stipule déjà que l'adjudicateur doit publier les critères d'adjudication dans leur ordre de priorité et aussi par principe les pondérer (décision de la Commission fédérale de recours en matière de marchés publics du 22 juillet 1999, consid. 2f). Cette prescription vise à la transparence de la passation du marché (cf. art. 2, let. a). En outre, comme il incombe au législateur fédéral de définir sur le plan suisse les exigences de transparence de la passation des marchés publics, cette réglementation vaut également pour les marchés publics cantonaux.

Al. 4:

Si le marché public porte sur des solutions ou des procédés, il serait peu réaliste d'exiger de l'adjudicateur une pondération préalable des critères d'adjudication. La spécificité de tels marchés est précisément que l'adjudicateur n'indique que l'objectif, ne connaissant pas le moyen qui y conduira ou ne voulant pas l'imposer. L'incertitude quant aux contenus potentiels des offres fait qu'il est exclu de pondérer consciencieusement les critères d'adjudication par avance. L'adjudicateur doit cependant ordonner les critères et prouver qu'il peut reconstituer leur pondération (art. 71).

#### *Art. 33 Limitation du nombre de soumissionnaires*

Al. 1:

En procédure d'appel d'offres sélective, l'adjudicateur choisit sur la base des critères de qualification les soumissionnaires qui peuvent présenter une offre (art. 10, al. 2). Il tient compte d'éventuels motifs d'exclusion (art. 25 ss.). Les intéressés présentant les qualifications requises ont en principe tous le droit de présenter une offre. L'adjudicateur peut limiter le nombre des entités autorisées à présenter une offre, en indiquant un minimum ou un maximum (p. ex. au moins trois soumissionnaires) ou un ordre de grandeur (p. ex. entre cinq et sept soumissionnaires). On a renoncé à indiquer un nombre minimal de portée générale étant donné que l'accès au marché est garanti d'emblée par l'appel d'offres.

Al. 2:

Il faut respecter les objectifs de cette loi même lorsque l'adjudicateur fait usage de ce privilège de limitation (art. 2): ceux-ci impliquent en premier lieu que l'adjudicateur indique dans l'appel d'offres le genre et la portée de la limitation. Une limitation non annoncée et intervenant après coup n'est conforme en matière de droit des marchés publics que si l'adjudicateur se trouve confronté à un nombre important de soumissionnaires dépassant objectivement ses attentes (cf. décision de la Commission fédérale de recours en matière de marchés publics du 2 mai 1997, CRM 1996-007, consid. 3). Deuxièmement, l'adjudicateur effectue la sélection de manière correcte et non discriminatoire, en appliquant les critères de qualification valorisants (p. ex. l'expérience). Dans ce cas, il doit exceptionnellement pondérer ces critères selon leur ordre d'importance (annexe 1, ch. 5). Troisièmement, la limitation du nombre des soumissionnaires ne doit pas empêcher une concurrence efficace. Il s'avère notamment justifié de restreindre à un petit cercle le nombre des soumissionnaires lorsqu'il faudrait sinon compter avec des retards disproportionnés ou des surcoûts. Enfin, quatrièmement, il faut tenir compte de l'utilisation économique des fonds publics, en veillant à ce que l'adjudicateur se base sur une

pesée des intérêts pour décider du nombre des entités appelées à présenter une offre: la complexité de l'achat et éventuellement les coûts inhérents à l'offre doivent être mis en balance avec la valeur de la prestation à acquérir et les frais et le temps liés à l'examen des offres.

*Art. 34 Ouverture des demandes de participation à une procédure d'appel d'offres sélective*

L'adjudicateur indique aux participants le délai prévu pour l'ouverture au plus tard en transmettant les documents d'appel d'offres (art. 19, al. 1, let. e). Il inscrit dans le procès-verbal notamment quels sont les intéressés qui ont remis des demandes de participation et si ces demandes ont été remises dans les délais.

*Art. 35 Limitation du nombre d'offres*

A la faveur de tours de sélection («Short-List»), l'adjudicateur peut limiter le nombre d'offres à examiner alors que la procédure d'appel d'offres court. Une réduction progressive, combinée, le cas échéant, à une élaboration toujours plus détaillée des offres par les soumissionnaires restant dans la course, s'avère adéquate essentiellement pour des achats impliquant des coûts élevés au niveau des offres (p. ex. études de systèmes informatiques). Cette réduction se fait en fonction des critères d'adjudication, dans le cadre de l'appréciation intermédiaire ou de l'analyse des résultats intermédiaires (p. ex. planification globale). L'adjudicateur peut exclure un soumissionnaire s'il s'avère que, suite à cette appréciation intermédiaire, ce dernier n'a vraisemblablement plus aucune chance pour l'adjudication. Grâce à cette décision anticipée, les soumissionnaires non retenus peuvent ainsi disposer à nouveau plus rapidement de leurs capacités et réduire leurs coûts de procédure. L'adjudicateur peut exclure le soumissionnaire dans une décision unique, sujette à recours de manière autonome (art. 69, al. 1, let. c) ou notifier implicitement l'exclusion avec l'adjudication (art. 69, al. 2).

*Section 5 Ouverture des offres et adjudication*

*Art. 36 Ouverture des offres*

Pour des raisons de transparence, il est justifié de fixer des critères minimaux pour cette étape de la procédure qui peut être entachée de corruption; ce point est réglé par la compétence constitutionnelle.<sup>56</sup>

*Al. 1:*

L'ouverture des offres doit se faire à l'heure et au lieu indiqués dans les documents d'appel d'offres. Si le comportement de l'adjudicateur entraîne un retard pour une offre, il ne doit pas en résulter un inconvénient pour les soumissionnaires (art. XV:2 AMP rév.).

*Al. 2 :*

Les formalités entourant l'ouverture des offres doivent garantir qu'il n'y a pas discrimination de certains soumissionnaires (art. XV:1 AMP rév.).

<sup>56</sup> Concernant les minimaux, cf. Biaggini, Etude de droit constitutionnel, allemand, p. 36.

*Al. 3 :*

L'adjudicateur doit tenir un procès-verbal répondant à des critères minimaux précis et attestant d'une ouverture conforme des offres. Cette obligation de procès-verbal est valable pour tous les marchés publics faisant l'objet d'appels d'offres, indépendamment du type de prestation à fournir.

L'adjudicateur doit garantir un droit de consultation du procès-verbal à tous les soumissionnaires qui le demandent, au plus tard après l'adjudication ou après l'interruption de la procédure. Ce faisant, l'adjudicateur veillera à respecter le principe de confidentialité (art. 13), notamment concernant les prix (cf. annexe 4, ch. 6).

*Al. 4 :*

Des ouvertures des offres publiques accroissent la transparence. Elles entraînent cependant des frais et augmentent le risque d'entente entre les soumissionnaires lorsque, à l'issue de l'ouverture, des tractations ont encore lieu avec ces derniers. Il incombe donc à l'adjudicateur de décider d'ouvrir les offres en public ou non.

### *Art. 37 Rectification des offres*

*Al. 1:*

La rectification des offres a pour objectif de permettre une comparaison des offres, notamment en tenant compte des indications se rapportant au rapport prix-prestation. L'adjudicateur prépare les offres de façon qu'elles puissent être comparées. Cette procédure ne doit pas induire une modification des offres.

*Al. 2:*

Parfois, l'adjudicateur ne peut pas procéder à la rectification des offres sans demander des explications aux soumissionnaires. Cette prise de contact est plutôt délicate dans une optique d'égalité de traitement et de transparence; c'est pourquoi, elle ne doit se faire qu'en respectant des prescriptions formelles précises. Cependant rien n'oblige l'adjudicateur de demander les explications manquantes au soumissionnaire ou de remplacer celles-ci par les siennes. S'il n'est pas possible de rectifier les offres reçues, seules des négociations peuvent y remédier, pour autant que la procédure l'autorise concrètement. L'adjudicateur peut cependant permettre au soumissionnaire de rectifier les fautes involontaires de forme entre l'ouverture des offres et l'adjudication, pour autant que cette possibilité soit donnée à tous les participants à la procédure (Art. XV:3 AMP rév.).

*Al. 3:*

Parfois, une offre surprend car elle propose la prestation demandée à un prix anormalement inférieur aux autres («sous-offre» ou «dumping»). Cela n'empêche pas l'adjudicateur de retenir cette offre. Il peut cependant demander des explications afin de s'assurer qu'il n'existe pas de motifs d'exclusion conformément aux art. 25 et 26 et que le soumissionnaire respecte les modalités permettant d'exécuter la prestation (Art. XV:6 AMP rév.). S'il apparaît que, pour atteindre le prix le plus bas, le soumissionnaire a dissimulé qu'il ne possédait pas les qualités requises ou ne respecterait pas les conditions de travail prescrites par l'Etat, l'adjudicateur doit alors impérativement révoquer l'adjudication (art. 25, al. 1, let. b). En outre, l'offre peut être assimilée à une sous-offre au sens de la loi fédérale du 19 décembre 1986

contre la concurrence déloyale (LCD; RS 241). Toutefois, ce n'est pas à l'adjudicateur de rechercher des preuves de déloyauté, mais aux concurrents qui doivent le faire valoir en se référant à la LCD ou à la loi fédérale du 6 octobre 1995 sur les cartels et autres restrictions à la concurrence (loi sur les cartels, LCart; RS 251).

*Art. 38 Modification des exigences relatives à la prestation et des critères d'évaluation*

*Al. 1:*

Le soumissionnaire dispose d'un intérêt digne de protection en vertu duquel l'adjudicateur n'est pas autorisé à modifier unilatéralement en cours de procédure les indications fournies au préalable concernant la prestation ou les critères d'appréciation («règles du jeu»). Cependant, certaines modifications sont autorisées dans la mesure où l'égalité de traitement et la transparence sont garanties (Art. X:11 AMP rév.). Cette souplesse permet à l'adjudicateur d'intégrer de nouveaux renseignements en cours de procédure («courbe d'apprentissage»). Il va de soi que cela n'est possible qu'en garantissant le caractère confidentiel de toutes les informations fournies par les soumissionnaires (cf. art. 13, al. 1).

*Al. 2:*

Si les modifications sont importantes, l'adjudicateur ne peut éviter d'interrompre la procédure et au besoin la répéter (art. 57). Autrement, il y a risque de léser des soumissionnaires qui, n'ayant pas participé jusque là mais, sachant que la situation initiale était différente, auraient sinon soumis des offres. Une modification est considérée comme importante lorsqu'elle élargit le cercle des soumissionnaires potentiels ou donne à nouveau leurs chances à des soumissionnaires qui avaient déjà abandonné la procédure.

*Al. 3:*

Par souci de transparence, les modifications doivent être communiquées à tous les participants à la procédure. Ceux-ci doivent pouvoir réagir et remanier leurs offres en fonction des modifications intervenues, ceci dans un délai identique pour tous. L'adjudicateur ne peut y renoncer que pour des motifs dûment justifiés, p. ex. dans le cas où la modification serait si minime qu'elle n'entraîne objectivement aucune modification des offres.

*Art. 39 Adjudication*

*Al. 1:*

L'adjudicateur ne peut octroyer l'adjudication qu'à un soumissionnaire qualifié qui remplit les exigences légales prévues à l'art. 25 s. et n'a pas été déjà exclu de la procédure.

*Al. 2:*

Concernant l'offre, l'AMP laisse à l'adjudicateur le choix d'adjuger le marché au soumissionnaire ayant présenté l'offre économiquement la plus avantageuse ou celle présentant le prix le plus bas (art. XV:5 AMP rév.). Durant les travaux ayant abouti à la LMP en vigueur, cette liberté de choix a été reprise avant d'être à nouveau restreinte par le Parlement. Selon le droit fédéral, une adjudication ne doit être faite

selon le critère du prix le plus bas que s'il s'agit de biens normalisés. Concrètement, rien ne justifie qu'il faille déroger à cette restriction.

*Al. 3:*

Le véritable sens de la procédure d'adjudication est de trouver l'offre présentant le meilleur rapport prix-prestation en tenant compte de tous les critères d'adjudication. L'adjudicateur jouit d'une grande marge de manœuvre pour choisir sa méthode d'évaluation; il peut notamment recourir au «système des deux enveloppes». Ce faisant, ce sont d'abord les aspects non monétaires d'une offre qui sont pris en compte, puis les coûts chiffrés contenus dans la seconde enveloppe. Cette évaluation échelonnée évite que les coûts, donc le prix, influencent de facto l'évaluation des éléments non monétaires.

L'adjudicateur est aussi libre de définir des exigences minimales fonctionnelles pour la prestation à exécuter («Fit for Purpose»). Il examine tout d'abord si ces exigences minimales sont satisfaites puis, parmi les offres retenues, octroie le marché à celle dont le prix est le plus bas. Cette procédure est souvent utilisée dans l'économie privée et son emploi est encouragé par le Contrôle parlementaire de l'administration (dans le cadre du rapport du 18 octobre 2007 concernant l'acquisition d'armement au DDPS, p. 63).

*Al. 4:*

L'adjudication à l'offre la meilleur marché peut se faire uniquement si les propriétés des prestations à acquérir sont détaillées voire standardisées, de sorte que les offres ne se différencient pratiquement que par le prix.

*Al. 5:*

Si deux offres sont équivalentes et que les soumissionnaires ont leur siège ou une filiale en Suisse, il s'agira d'octroyer le marché à celui des deux qui offre des places de formation et assume ainsi une responsabilité économique. Par équivalentes, on entend des offres comptant le même nombre de points. Pour évaluer l'offre de formation, l'adjudicateur peut se baser sur le rapport entre le nombre de places de formation et les effectifs totaux, afin d'éviter de léser les petites entreprises.

La prise en compte du nombre de places de formation offertes ne peut pas être considérée comme un critère de qualification ni d'adjudication, sinon des critères de qualification et d'adjudication liés et non liés à la prestation seraient associés (cf. art. 30 à 32). Un tel amalgame entraverait la concurrence et altérerait l'étape consistant à trouver l'offre économiquement la plus avantageuse. La prise en compte des places de formation va par ailleurs à l'encontre de l'égalité de traitement des Etats tiers (principe ancré dans le droit international des marchés publics), qui n'ont pas de systèmes de formation comparables à celui de la Suisse (cf. réponse du Conseil fédéral à la motion Galladé; ch. 7). Les cantons peuvent déroger à ce principe dans le cadre du droit international supérieur (cf. art. 41).

#### *Art. 40 Cas particuliers*

*Al. 1:*

L'adjudicateur indique préalablement les exigences auxquelles la prestation doit impérativement satisfaire (art. 21, al. 3). Si elles ne sont pas remplies, le

soumissionnaire n'est pas pris en considération. L'art. 40, al. 1, permet à l'adjudicateur d'adopter une démarche différenciée: il ne demande pas simplement que certaines exigences soient remplies, mais évalue le degré de conformité aux exigences dans le cadre de l'adjudication (nombre de points p. ex. pour le critère «Expérience»). L'adjudicateur communique à l'avance le nombre de point minimal qu'il exige (clause «guillotine») et interrompt l'évaluation d'une offre si celle-ci n'atteint pas le nombre de points requis (p. ex. 300 points pour les critères non monétaires). Le soumissionnaire n'a pas droit à une évaluation globale, même si son offre apparaît globalement comme l'offre probablement la plus avantageuse sur le plan économique (p. ex. compensation de la mauvaise qualité par des prix bas).

*Al. 2:*

La qualification se réfère au soumissionnaire et l'adjudication à son offre. Il y a lieu de séparer clairement les critères de qualification de ceux d'adjudication. Cependant certains critères peuvent être utilisés aussi bien comme critères de qualification que d'adjudication (p. ex. expérience de l'entreprise en tant que telle et des collaborateurs qui interviendront concrètement).

L'adjudicateur ne doit pas mélanger les procédures d'examen des qualifications et d'examen des offres. Il peut cependant tenir compte d'un «surcroît de qualification» dans le cadre de l'examen de l'adjudication, afin de favoriser des entreprises jeunes ou petites. Si, au lieu de cela, l'adjudicateur pose des exigences très élevées concernant la qualification minimale à remplir impérativement (p. ex. expérience) et que les soumissionnaires ne peuvent compenser le manque d'expérience en proposant des offres très avantageuses, les entreprises jeunes ou petites obtiennent rarement le marché. C'est pourquoi on accepte de prendre en compte un surcroît de qualification dans le cadre de l'évaluation de l'adjudication jusqu'à un niveau dûment justifié. Lorsque l'adjudicateur entend faire usage de cette possibilité, il doit le mentionner auparavant, en indiquant en plus le rang ou la pondération de ce critère de qualification. Cette manière de faire garantit la transparence et l'égalité de traitement.

En revanche, dans la suite de la procédure, l'adjudicateur ne peut pas sans raison retirer à un soumissionnaire la qualification décernée dans la phase de préqualification (cf. Décision de la Commission fédérale de recours en matière de marchés publics du 7 décembre 2005, consid. 2 f, CRM 2005-007).

*Al. 3:*

L'achat de solutions ou de procédés se caractérise par une procédure d'évaluation répétitive typique. Notamment lors de concours, on ne procède pas à une évaluation mathématique basée sur les critères d'adjudication, mais bien plus à une appréciation générale des travaux. Pour des questions de transparence, l'adjudicateur doit alors au moins répertorier dans l'appel d'offres de ces marchés les critères selon leur ordre d'importance.

Etant donné que, généralement, cette phase initiale génère un important effet de levier sur les coûts globaux d'une acquisition, il ne faut pas surévaluer les aspects monétaires car sinon, dans l'optique des coûts calculés sur la durée de vie (art. 32, al. 2, let. a), les fonds publics ne sont pas utilisés de manière rationnelle (art. 2, let. d).

*Al. 4:*

Si l'adjudicateur a indiqué que le marché est divisé en plusieurs lots ou qu'il accepte des offres partielles (art. 23), il peut adjuger plusieurs, voire tous les lots à un seul soumissionnaire, dans la mesure où celui-ci a présenté l'offre la plus avantageuse économiquement. Il peut cependant également répartir le marché entre plusieurs soumissionnaires, notamment s'il entend réduire sa dépendance par rapport à certains soumissionnaires.

Dans le cas où un soumissionnaire n'a présenté qu'une offre globale, il n'est pas obligé d'accepter de collaborer avec un autre soumissionnaire. L'adjudicateur peut renoncer à demander des offres globales dans l'appel d'offres et éviter de devoir ainsi évaluer simultanément des offres partielles et des offres globales.

*Art. 41 Dispositions cantonales dérogatoires*

Compte tenu de l'art. 95 Cst. et de l'autonomie des cantons, la réglementation fédérale donne la possibilité aux cantons de se référer au critère du prix même pour des prestations qui ne sont pas largement normalisées. A cet égard, il s'agit essentiellement de questions liées à la politique suivie en matière de marchés publics, qui relèvent des cantons, et non de la garantie d'un espace économique uniforme.<sup>57</sup>

*Art. 42 Publication obligatoire*

*Al. 1*

La transparence est surtout essentielle au début et à la fin d'une procédure. C'est pourquoi, dans une procédure ouverte ou sélective, non seulement l'appel d'offres mais aussi l'adjudication sont publiés dans l'organe de publication officiel (art. 55). La décision d'adjudication peut être notifiée à l'avance directement aux intervenants.

*Al. 2*

Le délai pour la publication commence à courir à l'adjudication et non pas seulement à sa notification.

*Al. 3*

L'adjudicateur doit en particulier indiquer le prix de l'offre retenue, à moins que cela ne viole le secret des affaires. Tel serait par exemple le cas s'il était possible d'en tirer des conclusions quant aux bases de calcul de l'offre. La motivation sommaire de la décision d'adjudication peut notamment indiquer les caractéristiques et les avantages de l'offre retenue. Si l'adjudicateur retire l'effet suspensif à un recours éventuel, il doit également le motiver sommairement dans la publication de l'adjudication (annexe 4, chiffre 8).

*Al. 4*

L'adjudicateur peut, uniquement dans certains cas déterminés énumérés de façon exhaustive, renoncer à la publication et notifier directement l'adjudication (cf. art. III AMP).

<sup>57</sup> Cf. Biaggini, p. 34.



L'ordre et la sécurité publics (let. a) seraient par exemple menacés si la publication d'une adjudication donnait lieu, selon toute vraisemblance, à des achats de panique de certains médicaments.

L'obligation de publier l'adjudication ne dépend pas du choix de la procédure mais du seuil. Si l'offre retenue atteint les seuils déterminants pour la procédure d'appel d'offres, l'adjudicateur publie l'adjudication même si le marché a été passé selon une procédure invitant à soumissionner ou de gré à gré. Si l'offre retenue n'atteint pas les seuils déterminants pour la procédure d'appel d'offres, l'adjudicateur peut renoncer à la publication de l'adjudication même si la procédure s'est déroulée selon un mode ouvert ou sélectif (let. b).

#### *Art. 43 Moment de la conclusion du contrat*

##### *Al. 1*

L'adjudicateur ne peut conclure le contrat avec le soumissionnaire que lorsque la question de l'effet suspensif ne se pose plus. Il doit donc attendre l'expiration du délai de recours. Ce délai court à dater de la notification formellement correcte de l'adjudication. Si la notification est omise, le contrat est considéré comme prématuré jusqu'à ce que le droit de recours soit échu (art. 78, al. 2).

Concernant la let. a: la Confédération et les cantons peuvent fixer dans la loi les conditions dans lesquelles un recours n'a jamais d'effet suspensif (cf. art. 6, al. 2). L'adjudicateur de la Confédération peut conclure le contrat dès la notification de l'adjudication si le marché porte sur un ouvrage public ou une tâche de la Confédération figurant dans la liste publiée par la Confédération dans une ordonnance (art. 76, al. 4).

Concernant la let. b: si, dans un autre cas, un recours est déposé, l'adjudicateur est en droit de conclure le contrat si le recours est retiré, si le tribunal compétent n'est pas entré en matière sur le recours par un jugement passé en force ou si le recours est définitivement rejeté.

##### *Al. 2*

Sous certaines conditions, l'adjudicateur peut retirer au préalable l'effet suspensif au recours. Pour les marchés de la Confédération, l'art. 76, al. 1, en rel. avec l'art. 55, al. 2, PA est applicable. Les raisons pour un intérêt public prépondérant justifiant le retrait peuvent être des conséquences financières élevées, la mise en danger de la sécurité publique ou des retards qui pourraient empêcher l'achèvement d'un projet (cf. explications relatives à l'art. 76). Dans ce cas, l'adjudicateur attend l'expiration du délai de recours avant de conclure le contrat.

Concernant la let. a: si la partie recourante n'a déposé aucune demande de restitution de l'effet suspensif durant le délai de recours, l'adjudicateur peut conclure le contrat immédiatement.

Concernant la let. b: si la partie recourante a demandé la restitution de l'effet suspensif et si l'autorité de recours s'est prononcé dans les 30 jours, la distinction suivante doit être faite: si la demande de restitution du délai est approuvée, l'adjudicateur doit attendre avant de conclure le contrat. Sous certaines conditions, il peut aussi porter cette décision devant le Tribunal fédéral (cf. explications relatives à l'art. 76). Si, en revanche, la demande de restitution est rejetée, le contrat peut en principe être conclu, à moins que, de son côté, la partie recourante forme recours

contre cette décision devant le Tribunal fédéral.

Si l'autorité de recours omet de se prononcer durant ces 30 jours, l'adjudicateur peut aussi conclure le contrat. Cette façon de procéder ne désavantage pas la partie recourante de façon inadéquate. Une accélération de la procédure ne serait possible sinon que si le recours perdait entièrement son effet suspensif. Ainsi, la partie recourante devrait en règle générale être renvoyée à la voie des dommages-intérêts (protection juridique secondaire, cf. également l'art. 77, al. 2), ce qui conduit rarement à l'objectif qu'elle vise (protection juridique primaire, donc adjudication). Pour l'adjudicateur, l'extension éventuelle de la protection secondaire devrait augmenter les coûts du marché (voir à ce sujet les explications relatives à l'art. 76). Si la réglementation proposée devait provoquer un surcroît de travail pour les tribunaux, il faudrait leur accorder des ressources supplémentaires, ce qui éviterait au soumissionnaire et à l'adjudicateur d'avoir à supporter des frais élevés dus aux retards.

La conclusion «prématurée» d'un contrat n'empêche pas le tribunal de révoquer l'adjudication attaquée. Autrement, l'adjudicateur qui conclut le contrat avant terme pourrait contourner les limites posées par le droit des marchés (cf. décision de la Commission fédérale de recours en matière de marchés publics du 15 juillet 1997, consid. 2), et les règles du droit des marchés publics ne pourraient être appliquées efficacement.

Même lorsque l'adjudicateur est en droit de conclure le contrat, il peut attendre afin d'écarter, dans l'intérêt public, un éventuel versement de dommages-intérêts. Si l'adjudicateur conclut un contrat en dépit d'une procédure de recours en suspens, il doit en informer l'autorité de recours, étant donné que cet élément peut influencer sur le type de décision (simple décision en constatation) en cas de bien-fondé du recours.

*Variante (art. 43a supplémentaire):*

*Art. 43a Contrat sans effet*

*Al. 1*

Le projet de loi ne se prononce pas sur les conséquences juridiques pour le contrat si ce dernier est conclu de manière prématurée. On peut critiquer dans cette solution le fait que l'insécurité juridique qui en découle nuit à tous les participants à la procédure. Par exemple, la décision d'adjudication renouvelée peut être retardée par l'adjudicateur jusqu'au moment où les rapports avec le premier bénéficiaire de l'adjudication sont clarifiés et au besoin annulés. C'est pourquoi le projet propose une variante à débattre, qui règle par voie légale le devenir d'un tel contrat. Dans ce cas, il faut enregistrer de manière systématique tous les cas potentiels de contrats contraires au droit des marchés publics.

Le droit suisse connaît des dispositions qui prévoient, comme conséquence juridique de la violation des prescriptions de droit public portant sur la forme, la nullité des actes juridiques s'y référant (cf. art. 70 de la loi fédérale du 4 octobre 1991 sur le droit foncier rural, LDFR; RS 211.412). De son côté, l'UE exige depuis peu des Etats-membres qu'un contrat conclu soit considéré comme nul s'il contrevient à

certaines dispositions du droit des marchés publics<sup>58</sup>. Certains Etats membres connaissent déjà ce type de règlement. C'est ainsi que selon la loi autrichienne sur les marchés publics, des adjudications qui ont été effectuées durant une certaine période de statu quo sont totalement frappées de nullité (§ 132 Vergaberechtsgesetz 2006, BVerG 2006 [loi sur les marchés publics]). Une telle réglementation est justifiée par le fait que le bénéficiaire de l'adjudication ne doit se procurer aucun avantage économique d'un contrat conclu de manière non autorisée. Il serait toutefois envisageable d'atténuer les conséquences de la nullité dans la mesure où aucun recours n'a été déposé contre la décision ou qu'un tel recours a été définitivement rejeté.

Let. a: lorsqu'un contrat est conclu de manière prématurée, les deux parties n'ont généralement pas intérêt à l'attaquer. Le recourant doit donc avoir la possibilité d'annuler le contrat de son côté, ce qui justifie la nullité comme conséquence juridique.

Let. b: le contrat doit contenir les éléments essentiels de l'adjudication. S'il diverge manifestement du contenu de l'offre retenue, il est frappé de nullité et peut être attaqué par les autres concurrents en particulier.

#### *Al. 2*

S'il existe un motif de révocation, p. ex. lorsqu'un soumissionnaire perd sa qualification après l'adjudication (art. 27, let. b), un contrat déjà conclu ne peut empêcher que l'adjudication soit révoquée. Si la révocation devient définitive, cela entraîne l'invalidité du contrat. La nullité serait disproportionnée dans ces cas. En outre, l'adjudicateur peut renoncer à une révocation (cf. explications relatives à l'art. 56, al. 3) sous certaines conditions.

En conséquence logique de cette variante, il faut aussi adapter l'art. 77, al. 2.

### *Section 6 Eléments particuliers de la procédure d'appel d'offres*

#### *Art. 44 Annonce obligatoire*

En raison de la liberté de conception laissée à l'adjudicateur, chaque marché peut se dérouler différemment. Bien que la liste des procédures possibles (art. 9) garantisse une transparence minimale, l'adjudicateur dispose d'une large marge de manœuvre. L'insécurité qui en résulte pour les participants à la procédure requiert des exigences de transparence accrues. C'est pourquoi l'adjudicateur doit déjà annoncer dans l'appel d'offres le type de procédure qu'il entend utiliser: concours, dialogue, négociations, enchères électroniques ou autres. En fonction de la formulation de la réserve, l'adjudicateur est libre de recourir effectivement à l'outil réservé. Les soumissionnaires potentiels peuvent ainsi orienter leur offre dès le début.

Afin de traiter de manière égale les soumissionnaires, l'adjudicateur doit indiquer dans les documents d'appel d'offres de quelle manière la procédure se déroulera concrètement (art. 19, al. 1, let. e). Si aucun document d'appel d'offres n'est établi,

<sup>58</sup> Directive 2007/66/CE du Parlement européen et du Conseil du 11 décembre 2007 modifiant les directives 89/665/CEE et 92/13/CEE du Conseil en ce qui concerne l'amélioration de l'efficacité des procédures de recours en matière de passation des marchés publics, JO L 335 du 20.12.2007, p. 31 ss.

les participants à la procédure peuvent également être informés sous une autre forme adéquate.

#### *Art. 45 Concours*

##### *Al. 1:*

Lorsque l'adjudicateur connaît ses besoins mais non les moyens permettant d'y répondre au mieux, le concours, qui existe déjà dans le droit actuel, s'avère être la solution la plus utile. Dans la pratique, des concours sont souvent organisés lorsqu'une grande marge de création existe. Les adjudicateurs y recourent avant tout dans le secteur de la construction pour acquérir des prestations d'étude. Les concours obtiennent généralement de bons résultats et sont dès lors largement acceptés dans la pratique.

Le concours n'est pas un type de procédure autonome, mais davantage l'assemblage de prescriptions spécifiques à appliquer indépendamment du type de procédure. Des concours sont organisés dans le cadre de procédures d'appel d'offres ouvertes, sélectives ou invitant à soumissionner. L'adjudicateur décide s'il entend organiser un concours. Les soumissionnaires sont invités à proposer des solutions ou du moins à montrer comment procéder au mieux pour atteindre l'objectif voulu. Contrairement aux autres marchés, les participants aux concours doivent d'emblée, avant l'adjudication proprement dite, fournir des prestations d'études ou autres, qui dépassent souvent les offres classiques. Souvent, la prestation elle-même est fournie par la remise des travaux au concours. Les participants sont soumis à un pouvoir d'appréciation de l'adjudicateur plus important que pour d'autres marchés. Afin de tenir compte de ces particularités et d'éviter toute discrimination, certaines exigences supplémentaires sont posées au processus.

##### *Al. 2:*

Cette disposition met en application les principes de l'égalité de traitement et de la transparence pour les concours. L'adjudicateur ne devant choisir le gagnant que sur la base des travaux remis, ceux-ci doivent donc être rendus de façon anonyme. Il ne faut pas limiter la pratique existant dans le droit actuel qui n'exige l'anonymat dans la procédure d'appel d'offres qu'après la préqualification. De même, les concours au cours desquels l'anonymat est levé durant une phase de remaniement demeurent conformes au droit. Ce procédé est choisi pour clarifier des questions non résolues avec les différents participants. L'adjudicateur annonce le déroulement de la procédure dans les documents d'appel d'offres, également appelés programme du concours (art. 19, al. 1, let. e).

##### *Al. 3:*

Un jury est formé en majorité de personnes indépendantes lorsque la majorité de ses membres n'est pas assujettie au pouvoir d'instruction de l'adjudicateur. «Spécialisé» signifie que le jury se compose de spécialistes reconnus des secteurs concernés au premier plan par le concours. Dans la mesure du possible, ces spécialistes devraient au moins disposer des qualifications demandées aux participants.

##### *Al. 4:*

Tous les participants distingués par le jury conformément au règlement du concours ont droit à un prix en espèces approprié. Il faut différencier ce prix d'éventuelles

demandes d'indemnité présentées par le vainqueur. Lorsque les droits aux indemnités sont compensés par le prix en espèces, l'adjudicateur doit le signaler auparavant. L'adjudicateur peut ensuite adjuger de gré à gré les prestations subséquentes au vainqueur d'un concours pour autant que les conditions de l'art. 66 soient respectées.

*Al. 5:*

Jusqu'à présent, le concours n'était réglé au plan fédéral qu'au niveau de l'ordonnance (chap. 4 de l'OMP), sur la base d'une délégation des compétences (art. 13, al. 3, LMP). En inscrivant cet instrument novateur dans la loi, on cherche à le promouvoir au-delà du secteur de la construction. Le législateur se contente de définir les éléments constitutifs du concours. Les cantons sont libres de maintenir ou de développer d'autres sortes de concours (p. ex. pour des idées, des projets ou concours portant sur les études et la réalisation). S'agissant des marchés de la Confédération, le Conseil fédéral règle les modalités, notamment en ce qui concerne la composition et les tâches du jury. Il peut également concrétiser les notions de spécialité et d'indépendance (cf. en outre art. 27, al. 1, let. d). Il est en outre prévu que l'adjudicateur puisse se référer plus ou moins partiellement aux dispositions en la matière des associations professionnelles, pour autant qu'elles ne soient pas en contradiction avec les principes du droit des marchés publics.

*Art. 46 Dialogue*

Il arrive souvent qu'un concours placé sous le sceau de l'anonymat ne réponde pas aux besoins de l'adjudicateur, car les solutions ou les procédés possibles doivent être abordés dès le début dans le cadre d'un dialogue entre le soumissionnaire et l'adjudicateur, puis développés en commun. Il s'agit d'un processus d'apprentissage comprenant plusieurs étapes et conduisant à des améliorations continues. Cet élément permet d'éviter des interruptions puis des répétitions subséquentes, coûteuses en temps et en argent. Le soumissionnaire ne doit pas élaborer son offre dans le moindre détail dès le début car il peut sans cesse l'améliorer à la faveur d'un processus continu. Si l'adjudicateur l'a annoncé dans l'appel d'offres, il peut ainsi réduire le nombre de soumissionnaires à chaque tour de sélection («short list», cf. art. 29, al. 1). Les frais incombant non seulement au soumissionnaire mais aussi à l'adjudicateur s'en trouvent diminués.

Contrairement à la réglementation en vigueur dans la Communauté européenne, on a renoncé à introduire un procédé autonome pour le dialogue. L'avant-projet ne limite pas non plus le dialogue à des prestations dites «complexes». Le dialogue est au contraire compris comme un instrument à utiliser dans tous les genres de procédure. Son champ d'application n'est décrit qu'à titre d'exemple. C'est à l'utilisation que l'on verra dans quelles procédures le dialogue interviendra. Compte tenu des frais de procédure élevés, des éventuels droits sur les biens immatériels des soumissionnaires et des possibles obligations d'indemnisation de ces derniers, l'adjudicateur ne recourra vraisemblablement au dialogue que dans de rares cas. Au cours d'un dialogue, l'adjudicateur assure la confidentialité des informations fournies par le soumissionnaire (art. 13). Concernant les marchés de la Confédération, le Conseil fédéral devra, en conformité avec les principes de cette loi, spécifier en outre les informations qu'il sera impératif de fournir en prévision d'un dialogue et les prescriptions de forme à respecter (art. 45, al. 1).

## Art. 47 *Négociation*

### Al. 1:

L'adjudicateur quitte la procédure de révision et d'examen des offres (art. 37, al. 1) et commence de négocier lorsqu'il entre en contact avec un soumissionnaire pour obtenir une offre qui lui sera plus favorable. L'AMP actuellement en vigueur (art. XIV) et sa version révisée (art. XII) prévoient que des négociations peuvent être menées. Aussi bien le droit fédéral en vigueur que le concordat intercantonal révisé ont repris cette possibilité de négociations. Contrairement au droit fédéral, le concordat interdit toutefois les négociations sur le prix (rounds de négociation) (art. 11, let. c, AIMP rév.). Les cantons ont donné suite à cette interdiction dans leurs dispositions de mise en œuvre, tout en admettant, pour bon nombre d'entre eux, des négociations sur les prix lors de la procédure de gré à gré.

L'interdiction des négociations sur les prix est justifiée par le fait que les soumissionnaires aménageraient dès le début dans leurs offres une marge de négociation, ce qui renchérirait le marché. Par ailleurs, les négociations sur le prix renforcent le risque de corruption et le danger d'une utilisation abusive du pouvoir d'achat. On peut opposer à cet argument le fait que les soumissionnaires n'aménageront guère de réserves substantielles en vue de la négociation. L'adjudicateur n'est en effet pas tenu de procéder concrètement aux négociations dont le droit est réservé. S'il craint que ces négociations nuisent à un marché, il peut y renoncer par avance de manière explicite. Plutôt qu'interdire de manière générale les négociations, on peut éviter le danger potentiel élevé de corruption en faisant appel à des mesures internes, telles que règlements stricts des compétences, principe des quatre yeux, rotation et systèmes de rapports et de contrôle. Concernant l'argument qui veut que les négociations sur les prix accroissent le danger d'une utilisation abusive du pouvoir d'achat, on peut objecter que la loi sur les cartels offre déjà une protection suffisante à ce niveau. La révision partielle de cette loi, entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> avril 2004, assujettit le pouvoir d'achat du secteur public aux règles normales prévalant en matière de droit de la concurrence.

Plusieurs arguments justifient d'autoriser les négociations sur les prix. Celles-ci sont courantes dans plusieurs secteurs de l'économie privée et on ne voit pas pourquoi il faudrait y renoncer dans le secteur public. Par ailleurs, il est souvent difficile en pratique de délimiter les négociations sur les prix des autres négociations, étant donné que ces processus se répercutent pratiquement toujours au niveau du rapport prix-prestation. Dans les procédures au cours desquelles seul l'objectif du marché est indiqué, des négociations sur l'ensemble des éléments de la prestation, dont le prix, sont inévitables. Enfin, les négociations sur les prix sont utiles pour empêcher ou casser d'éventuelles ententes sur les prix. Sans la possibilité de négocier les prix, l'adjudicateur devrait interrompre et répéter la procédure le cas échéant. Beaucoup de temps peut s'écouler jusqu'à la décision définitive attestant d'une entente sur le prix, et la légitimité de l'interruption peut en conséquence longtemps rester incertaine. L'interdiction de véritables négociations sur les prix implique le risque qu'elles soient malgré tout menées, mais de manière cachée, sous l'appellation de «rectification des offres». Une pratique qui, à nouveau, est contraire au principe de la transparence et accroît le risque de corruption faute de prescriptions spécifiques portant sur la forme. Pour finir, la présente loi ne comprend pas de normes qui interdisent d'emblée des solutions souples. C'est pourquoi on souhaite aussi à

l'avenir conserver la possibilité de négociations globales. Il s'agit de tirer profit de toute la marge de manœuvre laissée par l'AMP. Le risque accru d'inégalité de traitement entre les soumissionnaires doit être contré par des exigences accrues en matière de transparence. Outre le principe de confidentialité de portée générale (art. 13) et l'obligation de décrire auparavant le déroulement prévu de la procédure (art. 19, al. 1, let. e), des prescriptions portant sur la forme peuvent garantir la traçabilité du déroulement et du contenu des négociations. Dans le cadre de leur compétence, les cantons qui ne limitent ou n'interdisent pas complètement (art. 45, al. 2) les négociations, en particulier sur les prix, peuvent définir eux-mêmes lesdites prescriptions en matière de forme. Concernant les marchés de la Confédération, il incombe au Conseil fédéral de définir avec quels soumissionnaires et sur quels contenus des négociations peuvent être menées et quelles seront les exigences formelles qu'il s'agira alors de respecter.

Al. 2:

L'AMP définit les conditions autorisant des négociations (art. XII). En principe, l'adjudicateur doit annoncer les négociations à l'avance (cf. art. 19 ainsi qu'annexe 1, ch. 4). Ce n'est que dans le cas où aucune offre n'a été jugée comme la plus avantageuse économiquement à l'aide des critères d'adjudication que des négociations peuvent être menées sans avoir été annoncées préalablement. L'adjudicateur est naturellement libre de renoncer totalement aux négociations sur les prix ou de s'en réserver la possibilité pour le cas où aucune offre ne serait la plus avantageuse économiquement (cf. recommandation n° 9 de la DSN FF 2007 3635).

L'adjudicateur ne doit écarter un soumissionnaire d'une négociation qu'en conformité avec les critères d'adjudication connus. Une fois les négociations achevées, il doit octroyer le même délai à tous les participants restants pour soumettre de nouvelles offres ou des offres remaniées (art. XVII:2 AMP rév.)

#### *Art. 48 Enchère électronique*

Au sein de l'UE, les enchères électroniques sont autorisées depuis plusieurs années (art. 54 de la directive 2004/18/CE; cf. 1.2.2). Dans sa version révisée, l'AMP autorise explicitement les enchères électroniques: il prévoit des prescriptions minimales (art. XIV) et définit la notion d'enchère électronique (art. I, let. f, AMP rév.). La Suisse connaît déjà de telles enchères pour les marchés privés et publics, notamment dans certains secteurs. Cette possibilité demeure. Les enchères électroniques encouragent les marchés électroniques. Elles doivent demeurer possibles tant que la transparence et l'égalité de traitement restent garanties.

Al. 1:

Si l'adjudicateur entend mener une enchère électronique, il doit s'en réserver la possibilité auparavant (art. 44). Toutes les offres de l'enchère électronique sont évaluées de manière complète. Leur évaluation permet à l'adjudicateur de mieux apprécier le cas échéant les parties de l'offre (p. ex. prix, durée de réalisation) sur lesquelles il entend mener une enchère ou s'il souhaite éventuellement y renoncer. Avant l'enchère, l'adjudicateur indique aux soumissionnaires concernés les parties de l'offre qu'il pense mettre précisément à l'enchère et les informe de leur appréciation. Le soumissionnaire dispose ainsi d'un temps suffisant pour se préparer et connaît ses chances ou ses «handicaps». Cette mesure réduit le risque d'une éventuelle flambée des prix lors de l'enchère.

*Al. 2:*

Une enchère électronique est un processus répétitif durant lequel les soumissionnaires peuvent renchérir ou sous-enchérir mutuellement (cf. art. I, let. f, AMP rév.). Outre le prix, d'autres parties de l'offre peuvent faire l'objet des offres d'enchères. Il est ainsi envisageable que les soumissionnaires obtiennent des points supplémentaires dans l'évaluation de leurs offres grâce au critère de la durée de réalisation, pour autant qu'ils s'engagent à fournir plus rapidement une prestation (p. ex. délai de livraison plus court).

Concernant les marchés de la Confédération, le Conseil fédéral édicte des prescriptions détaillées qui indiquent notamment quand il y a lieu de publier des indications minimales et quand commence et finit une enchère. Concernant les marchés cantonaux et compte tenu des prescriptions internationales, cette compétence revient aux cantons. Dès lors, ceux-ci peuvent limiter l'autorisation d'enchères électroniques, voire les interdire totalement (art. 50, al. 2). L'adjudicateur ne peut intervenir sur l'issue du processus d'enchère tant que celui-ci court, ce qui garantit l'égalité de traitement des soumissionnaires.

*Al. 3:*

L'anonymat complique les ententes entre les participants à l'enchère.

*Al. 4:*

En général, les enchères électroniques sont menées pour des biens largement normalisés. L'exigence d'un classement automatique au moyen d'une formule mathématique montre clairement que les enchères électroniques ne conviennent pas à tous les marchés, et notamment aux prestations qui doivent être évaluées en fonction de critères d'adjudication subjectifs (p. ex. prestations d'études ou de planification).

*Al. 5:*

Si seule une partie de l'offre fait l'objet de l'enchère, l'adjudicateur doit intégrer les résultats de cette dernière dans l'évaluation globale, dans le cadre du critère d'adjudication concerné. A cet égard, il tient compte de la pondération des critères d'adjudication (art. 32, al. 3) indiquée dans l'appel d'offres.

#### *Art. 49 Listes permanentes*

*Al. 1:*

L'adjudicateur peut également examiner les motifs d'exclusion selon les art. 25 et 26 ou la qualification de manière systématique et indépendamment d'un marché concret. Le résultat en est une liste permanente qui peut être utilisée pour plusieurs marchés. Des listes de ce genre peuvent être créées pour tout type de marché, même si elles sont avant tout appropriées pour les biens normalisés. L'AMP révisé définit ces listes «à utilisations multiples» (art. 1, let. i) et en fixe les prescriptions minimales (art. IX:7).

*Al. 2:*

Les intervenants sur le marché peuvent à tout moment demander à être inscrits sur la liste. Si l'adjudicateur estime que les conditions d'inscription ne sont pas remplies, les intervenants refusés peuvent naturellement recourir contre cette décision, de



même s'ils sont radiés ultérieurement de la liste (art. 69, al. 1, let. g).

*Al. 3:*

Pour des questions de transparence, l'adjudicateur annonce l'établissement d'une liste permanente dans l'organe de publication officiel. En application des prescriptions internationales (art. IX:8 AMP), cette publication comprend certaines indications minimales énumérées à l'annexe 3. Il s'agit notamment des conditions à remplir pour une inscription dans la liste permanente, y compris les méthodes de contrôle, la durée de validité et les formalités de mise à jour.

*Al. 4 et 5:*

La tenue d'une liste ne dispense pas l'adjudicateur de l'obligation de faire, par la suite, un appel d'offres pour une prestation concrète. L'adjudicateur ne peut exclure d'emblée un soumissionnaire d'une procédure de marché public au seul motif qu'il n'est pas inscrit dans une liste.

Les listes permanentes réduisent les dépenses de l'adjudicateur en matière d'examen lors de nombreux marchés puisqu'il peut admettre qu'en étant inscrits, les intervenants remplissent les conditions requises. Quant aux soumissionnaires, cela leur épargne des dépenses, puisqu'ils ne doivent fournir les preuves qu'une seule fois (p. ex. extrait du registre des poursuites).

Les cantons sont libres de restreindre la tenue de listes permanentes, voire de les interdire totalement (art. 50, al. 2). Différents cantons ont déjà introduit la possibilité de tenir des listes permanentes et ont fait des expériences positives en la matière (p. ex. les cantons du Valais et de Thurgovie).

*Art. 50 Eléments particuliers et dérogations*

La Confédération ne détient pas la compétence constitutionnelle de prescrire aux cantons comment utiliser de manière rentable leurs ressources. C'est pourquoi les cantons sont libres de limiter ou d'interdire totalement dans leurs domaines de compétences, des instruments qui servent à ce but. Le présent projet de loi se contente de fixer des règles de principe afin de garantir la transparence et l'égalité de traitement. Le Conseil fédéral et les cantons sont donc autonomes pour édicter, dans leurs domaines de compétences respectifs, des dispositions d'exécution qui doivent concrétiser techniquement ces principes au niveau de la procédure.

*Section 8: Délais, forme et organe de publication*

*Art. 51 Délais*

*al. 1:*

L'adjudicateur fixe les délais de la procédure et en garantit le respect. Il doit le faire à chaque fois de manière équilibrée (Art. XI AMP rév.). Suivant le type de marché, il accordera aux soumissionnaires de plus longs délais que les minima fixés (p. ex. pour les prestations d'études liées à des projets de construction ou d'informatique complexes). Cela vaut particulièrement pour les délais de remise des demandes de participation et des offres, mais aussi pour d'autres délais en cours de procédure (p. ex. pour répondre à des questions). Ces délais et leur éventuelle prolongation doivent être identiques pour tous les soumissionnaires.

*al. 2:*

Les délais sont déterminés compte tenu non seulement de la nature et de la complexité du marché mais aussi, par exemple, du nombre de prestations que le soumissionnaire devra confier vraisemblablement à des tiers (sous-traitants p. ex.). L'adjudicateur tient aussi compte du temps de transmission des offres par la poste à l'intérieur du pays ou depuis l'étranger, dans la mesure où les moyens de transmission électroniques ne sont pas utilisés.

*al. 3:*

Le droit de procédure administrative utilisé dans chaque cas règle dans quelles conditions les délais sont respectés ou peuvent être prolongés (art. 8). Il en va de même pour leur restitution.

#### *Art. 52 Délais minimaux*

Pour la procédure avec appel d'offres, l'AMP indique certains délais minimaux et les conditions applicables à leur raccourcissement (art. XI AMP rév.). Le délai minimal pour présenter les offres dans les deux procédures est de 40 jours. Seule différence entre la procédure ouverte et la procédure sélective: la date retenue pour le début.

Aucun délai minimal n'est prescrit pour la procédure invitant à soumissionner et la procédure de gré à gré. Le Conseil fédéral et les cantons peuvent veiller, dans leur domaine de compétence respectif, à ce que les délais ne soient pas trop courts dans ces types de procédure, pour éviter de restreindre l'accès au marché de manière excessive.

#### *Art. 53 Raccourcissement*

L'AMP prévoit des raisons de raccourcir les délais, et les adjudicateurs doivent aussi en bénéficier en Suisse. Seules deux raisons avancées par l'AMP n'ont pas été retenues: (i) des réglementations spéciales applicables à l'achat de biens et prestations commerciaux n'ont pas été reprises afin de favoriser la sécurité juridique (Art. XI:7 AMP rév.); (ii) on a aussi renoncé à la possibilité de convenir contractuellement avec les soumissionnaires de raccourcir les délais minimaux, étant donné que cela ne serait applicable qu'à certains adjudicateurs (art. XI:8 AMP rév.).

*al. 1:*

L'AMP révisé prévoit pour des achats effectués par voie électronique la possibilité de réduire jusqu'à 25 jours le délai de présentation des offres sous certaines conditions, le raccourcissement intervenant à trois niveaux (art. XI:5 AMP rév.).

*al. 2:*

L'adjudicateur peut à l'avance annoncer qu'il envisage de procéder à un achat. Sur la base de cette information, les soumissionnaires peuvent se préparer et planifier leurs capacités en temps et personnel à long terme, ce qui arrange particulièrement les petites et moyennes entreprises. Le raccourcissement jusqu'à 10 jours ne réduit guère l'accès au marché tout en permettant à l'adjudicateur, par exemple dès qu'il dispose de la promesse de crédit définitive, d'accélérer notablement un achat.

L'adjudicateur peut utiliser cette réduction à 10 jours au plus s'il a mentionné le raccourcissement possible du délai pour les achats ultérieurs (art. 14) dans le premier

appel d'offres pour des prestations périodiques (art. 14).

Un raccourcissement non annoncé au préalable pourrait en revanche compliquer l'accès au marché de certains soumissionnaires, voire les en empêcher totalement; c'est pourquoi un tel raccourcissement n'est juridiquement conforme qu'en cas d'urgence. Cette dernière doit être dûment motivée et justifier en outre le raccourcissement (éboulement p. ex.). Si l'urgence résulte du comportement de l'adjudicateur ou d'autres raisons, ce n'est pas une raison valable pour raccourcir le délai.

#### *Art. 54 Forme*

##### *al. 1:*

Des prescriptions portant sur la forme servent avant tout à la transparence et à l'égalité de traitement des soumissionnaires, tout en pouvant aussi entraîner des coûts pour ces derniers. C'est pourquoi et afin de disposer d'une réglementation souple, on n'exige plus de manière contraignante la forme écrite, mais simplement une forme reconnue dans les échanges commerciaux.

##### *al. 2:*

Il faut promouvoir la dématérialisation du droit des marchés, raison pour laquelle les formes de transmission électronique sont aussi autorisées, pour autant que l'égalité de traitement soit garantie. Suivant le type de transaction, on peut à la rigueur renoncer à une signature qualifiée (art. 13, al. 2).

##### *al. 3:*

L'adjudicateur peut être intéressé à préférer certaines exigences plus sévères en matière de forme, par exemple lorsqu'il s'agit de plans ou de documents volumineux. Ces exigences peuvent aussi se limiter à certains documents (p. ex. contrats). L'adjudicateur doit annoncer ces exigences dans l'appel d'offres.

#### *Art. 55 Organe de publication officiel*

##### *al. 1 et 2*

Selon l'AMP, la publication doit se faire dans un organe de publication largement diffusé et facilement accessible durant toute la durée de publication annoncée. Concernant les marchés de la Confédération, on exige un organe de publication électronique centralisé qui doit être consultable gratuitement (art. VII:1 let. a, AMP rév.). Dans le cadre de la révision de l'AMP, appendice III, la Suisse entend s'engager à publier de manière électronique toutes les publications liées à des marchés de la Confédération dans la Feuille officielle suisse du commerce (FOSC). L'adjudicateur est libre de publier en outre les mêmes informations dans d'autres organes, plus spécifiquement dans la presse spécialisée ou les organes de publication cantonaux. La Confédération et les cantons peuvent aussi exploiter ensemble un organe de publication supplémentaire (p. ex. [www.simap.ch](http://www.simap.ch)).

##### *al. 3*

Un émoulement peut être réclamé pour la publication d'un appel d'offres. De son côté, l'adjudicateur peut réclamer aux soumissionnaires un émoulement pour le document d'appel d'offres.

*al. 4*

Les cantons définissent eux-mêmes l'organe de publication pour leurs domaines de compétences mais ils peuvent aussi désigner l'organe de la Confédération comme faisant autorité pour leurs publications. L'AMP invite les cantons à promouvoir les publications électroniques. Les publications doivent être téléchargeables à partir d'une plate-forme commune, via des liens, et être accessibles gratuitement (art. VII:1, let. B, AMP rév.).

### *Section 9: Révocation de l'adjudication et interruption de la procédure*

#### *Art. 56 Révocation de l'adjudication*

*al. 1:*

Les mêmes raisons exigeant ou justifiant une exclusion entraînent aussi la révocation de l'adjudication si l'adjudicateur ne s'en rend compte qu'ultérieurement.

*al. 2:*

Une révocation peut avoir des conséquences parfois disproportionnées si les prestations sont presque toutes déjà exécutées. Plutôt que la révocation, l'adjudicateur peut recourir à d'autres sanctions. La convention de peines conventionnelles sévères en cas de non-respect des exigences légales ou de critères de qualification pourrait être utile.

*al. 3:*

Si l'adjudicateur révoque l'adjudication, il ne doit pas répéter l'ensemble de l'évaluation, mais peut se limiter à attribuer le marché au soumissionnaire classé en 2<sup>e</sup> position s'il répond aux exigences des art. 25 et 26. Si l'offre du prochain soumissionnaire n'est pas maintenue, l'adjudicateur peut s'adresser au soumissionnaire suivant. Ce faisant, il tient compte de l'influence de cette exclusion sur le classement des participants restants. Il ne doit procéder à aucune modification importante des exigences liées à la prestation ou des critères de qualification et d'adjudication (art. 38).

#### *Art. 57 Interruption de la procédure*

*al. 1:*

L'adjudicateur ne peut interrompre une procédure à la légère, à moins que l'intérêt public ne le justifie (Art. XV:5 AMP rév.). L'interruption peut autrement être attaquée avec succès et l'adjudicateur peut être forcé de poursuivre la procédure ou de payer des dommages-intérêts. Dans la mesure où la Délégation de surveillance de la NLFA, dans sa recommandation n°12 (FF 2007 3391), propose de simplifier les conditions d'interruption de la procédure, on rappellera la marge de manœuvre limitée conférée par l'AMP (existence d'un intérêt public). L'adjudicateur dispose toutefois d'une large marge d'appréciation entre ces limites.

Il y a intérêt public lorsque l'adjudicateur acquiert de nouvelles connaissances en cours de procédure (p. ex. nouvelles techniques sur le marché) ou si aucune offre acceptable ou supposée concertée n'a été déposée. L'adjudicateur peut aussi interrompre la procédure si ses objectifs changent (p. ex. une nouvelle direction exigeant de nouvelles priorités, votation populaire), si des erreurs de procédure sont

décélées (p. ex. mauvais choix de la procédure) ou si les exigences concernant la prestation doivent être modifiées sur certains points importants (p. ex. parce que les offres reçues dépassent clairement les coûts évalués).

En revanche, une interruption ne saurait relever de l'intérêt public lorsque l'adjudicateur en tire profit pour exclure un bénéficiaire potentiel afin de favoriser un concurrent (traitement discriminatoire).

Concernant la question de la conformité au droit, il n'est pas nécessaire de trouver un équilibre entre l'intérêt public d'un adjudicateur à interrompre la procédure et l'intérêt privé à poursuivre celle-ci.

Le Conseil fédéral et les cantons peuvent vérifier, dans leur domaine de compétence, s'ils souhaitent obliger l'adjudicateur de procéder à une annonce à la Commission de la concurrence en cas de soupçons fondés sur un comportement contraire à la législation sur les cartels.

*al. 2:*

Lorsque l'interruption publiée devient exécutoire, l'adjudicateur a plusieurs possibilités : il peut renoncer à une nouvelle procédure, ne souhaitant simplement plus réaliser le projet ou peut également exécuter les prestations lui-même, voire les faire exécuter à l'interne (art. 3, al. 2, let. b). S'il maintient ses intentions, il peut répéter la procédure. Ce faisant, il peut s'en tenir au marché prévu ou en modifier certains points (art. 38). Il peut même changer de type de procédure, pour autant que les conditions requises soient remplies. Ce faisant, il ne doit pas violer les droits des précédents soumissionnaires (p. ex. droits d'auteur). Il doit par ailleurs respecter les règles de bonne foi dont la violation peut entraîner l'obligation d'indemniser les soumissionnaires.

#### *Chapitre 4: Procédure sans appel d'offres*

Des circonstances particulières peuvent justifier que certains marchés ne doivent pas faire l'objet d'appel d'offres si les seuils déterminants pour les procédures ouvertes ou sélectives ne sont pas atteints. Par contre, si les seuils sont atteints voire dépassés, il faut des circonstances particulières pour que le marché ne doive pas faire l'objet d'un appel d'offres. L'AMP contient une liste exhaustive, à interpréter étroitement, des conditions permettant une exception (art. III:2 AMP rév.) ou une adjudication de gré à gré (art. XIII AMP rév.).

##### *Section 1: Procédure invitant à soumissionner*

###### *Art. 58 Conditions*

*al. 1:*

Dans le cas où un marché est indispensable à la sécurité nationale et la défense et que l'appel d'offres violerait ces objectifs de protection, l'adjudicateur peut renoncer à l'adjudication (art. III:1 AMP rév.). Il recourra à une procédure invitant à soumissionner qui garantit une certaine concurrence et évite la corruption. L'adjudication ne doit pas être publiée (art. 42, al. 4, let. a).

*al. 2:*

Le Conseil fédéral peut faire figurer sur la liste des biens à usage militaire (art. III:1 AMP rév.) et des biens qui peuvent être utilisés aussi bien à des fins civiles que militaires (biens dits «dual-use», cf. annexe 1 AMP). Le Conseil fédéral ne peut faire figurer sur la liste des biens à usage militaire que des biens «dual-use» qui ne sont pas soumis à appel d'offres par des engagements internationaux (annexe 1 AMP).

Le Conseil fédéral peut raccourcir cette liste et soumettre ainsi des biens à l'obligation de l'appel d'offres. Cette extension n'entraîne toutefois aucune protection juridique pour les soumissionnaires sans siège ni filiale en Suisse, sauf si leur pays accorde la réciprocité aux soumissionnaires suisses (art. 73, al. 2).

#### *Art. 59 Dispositions applicables*

*al. 1:*

L'adjudicateur n'est pas obligé de publier l'adjudication si la procédure invitant à soumissionner concerne un marché inférieur aux seuils pour la procédure d'appel d'offres ou si la marché n'est pas soumis à l'obligation de publication (art. 42, al. 2).

*al. 2:*

Comme plusieurs soumissionnaires sont en concurrence dans la procédure invitant à soumissionner, il convient de respecter les dispositions de traitement égalitaire des soumissionnaires invités à soumissionner, les motifs d'exclusion (art. 25-29) et l'adjudication (art. 39 et 40).

### *Section 2: Procédure de gré à gré*

#### *Art. 60 Conditions générales*

L'adjudicateur peut conclure un contrat avec un soumissionnaire de son choix dans les cas expressément mentionnés dans la loi.

*al. 1:*

Si des biens à protéger sont en danger mais que celui-ci n'est pas imminent (p. ex. minage de parois de rocher friables, renforcement de digues car pronostics d'intempéries prolongées), il convient de vérifier si une procédure invitant à soumissionner ou une procédure d'appel d'offres avec délais raccourcis ne conviendraient pas aussi (protection garantie).

*al. 2:*

La procédure de gré doit également être appliquée lorsqu'elle est nécessaire à la protection de l'ordre et de la sécurité publics. Dans un tel cas, l'adjudicateur doit adjuger la prestation à un soumissionnaire capable de garantir la qualité et la fiabilité et, en particulier, une discrétion absolue. Pour des raisons de maintien du secret, un appel d'offres ou une procédure invitant à soumissionner n'entre pas en ligne de compte pour de tels cas.

## *Art. 61 Absence de concurrence*

### *al. 1:*

Aucune concurrence n'est possible lorsque aucune offre satisfaisante n'a été reçue par l'adjudicateur. Cependant, ce dernier ne doit pas provoquer une procédure de gré à gré en modifiant notablement les exigences des documents d'appel d'offres (art. XIII:1, let. a, AMP rév.).

### *al. 2:*

Il ne suffit pas qu'un seul soumissionnaire soit en mesure de fournir la prestation demandée (art. XIII:1, let. b, AMP rév.). Il ne doit rester aucune autre solution adéquate (p. ex. matériel équivalent). Finalement, la prestation ne doit pas être interchangeable (p. ex. génériques, copies conformes à la loi comme prestation de remplacement).

### *al. 3:*

En l'absence de concurrence sur un marché, l'adjudicateur peut demander au soumissionnaire de présenter ses bases de calcul à partir d'un montant de un million de francs. Le droit fédéral en vigueur (art. 5 OMP) connaît déjà cette disposition, qui vise l'usage économique des moyens.

## *Art. 62 Prestations additionnelles*

Les raisons techniques d'une procédure de gré à gré peuvent être par exemple le manque d'interchangeabilité ou de capacité opérationnelle liée à l'équipement, aux logiciels, aux prestations existantes ou à des installations acquises au cours de la première procédure (art. XIII:1, let. c, AMP rév.). En revanche, il est insuffisant d'invoquer simplement la «protection des investissements», c'est-à-dire la protection des coûts investis auparavant à moins que le changement de soumissionnaire entraîne une hausse des coûts disproportionnés.

Le volume de la prestation additionnelle n'est pas limité. Il existe alors le risque que des situations de quasi-monopole surgissent et entraînent une dépendance envers certains soumissionnaires ou un renchérissement du marché. Parfois, le marché subséquent de gré à gré engendre cependant des économies à court terme. Dans certains cas, l'achat d'un nouveau produit ou d'une nouvelle prestation peut s'avérer meilleur marché à long terme. Un adjudicateur prudent devrait donc tenir compte d'emblée d'éventuels coûts de rénovation et de conservation.

## *Art. 63 Urgence*

Compte tenu de la définition de l'urgence (art. XIII:1, let. d, AMP rév.), l'adjudicateur peut procéder de gré à gré si l'intérêt à une réalisation rapide est plus important que les réflexions en matière de concurrence. Si c'est un événement objectivement prévisible qui cause l'urgence de l'achat, l'adjudicateur peut tout au plus raccourcir les délais de la procédure d'appel d'offres (art. 53, al. 2).

## *Art. 64 Bourse de commerce et prototypes*

### *al. 1:*

Lorsque des biens sont vendus dans des bourses de commerce (p. ex. tulipes), les mécanismes de la bourse assurent par nature la transparence et l'égalité de traitement nécessaires (art. XIII:1, let. e, AMP rév.).

*al. 2:*

Le développement d'un prototype peut aussi impliquer la fabrication d'une quantité importante mais définie, afin de traiter et présenter les résultats des essais ainsi que pour montrer qu'une production en série est possible avec des normes de qualité acceptables. En revanche, la fabrication en série visant à démontrer la capacité commerciale ou à récupérer les coûts de recherche et de développement est soumise à l'appel d'offres. Il en va de même de la production en série (Art. XIII:1, let. f, AMP rév.).

#### *Art. 65 Circonstances particulières*

Des conditions d'achats ponctuelles et extraordinairement avantageuses justifient également une procédure de gré à gré. Il en va de même de manière générale des achats effectués dans le cadre de liquidations de fortunes commerciales ou de faillites. En revanche, les achats de routine ne bénéficient pas de cette clause (Art. XIII:1, let. h, AMP rév.).

#### *Art. 66 Prestation subséquente*

Si, à la suite d'une première procédure, les offres ont été appréciées par un groupe d'évaluation majoritairement indépendant de l'adjudicateur, des prestations subséquentes (p. ex. études plus poussées) mais également la coordination de ces études (p. ex. direction des travaux) peuvent être acquises de gré à gré. Ceci cependant uniquement dans la mesure où l'on a fait entrevoir auparavant ces prestations. Les offres retenues en première procédure ne doivent pas être remises de manière anonyme. Il n'y a pas qu'un concours qui réponde à ces exigences, mais aussi un mandat d'études évalué par un groupe d'évaluation majoritairement indépendant, par exemple.

#### *Art. 67 Dispositions applicables*

En principe, l'adjudication d'une procédure de gré à gré doit être publiée si un achat atteint le seuil de la procédure ouverte ou sélective (art. 42, al. 2). Si un soumissionnaire non retenu recourt contre cette adjudication, il ne peut faire valoir que le fait que l'adjudicateur a choisi illicitement la procédure de gré à gré.

*al. 2:*

Les motifs d'exclusions des art. 25 et 26 sont concernés en premier lieu. Le Conseil fédéral et les cantons peuvent aussi réclamer, dans leur domaine de compétence, que les adjudicateurs justifient les motifs de choix de la procédure de gré à gré envers les organes de surveillance compétents (se reporter aussi au chiffre 6.1).

### *Titre 3: Voies de droit et dommages-intérêts pour les marchés publics de la Confédération*

#### *Chapitre 1: Dispositions générales*

#### *Art. 68 Principe*

*al. 1*

Comme dans le droit fédéral actuel, on a renoncé, au-delà des exigences de l'AMP, à introduire une procédure de recours lorsque les seuils ne sont pas atteints. Le secteur



des marchés publics ne comptant pas au nombre des activités de souveraineté typiques de l'administration, il est indiqué de tenir compte de considérations économiques d'ordre administratif lors de l'appréciation des demandes de voies de droit à accorder. Les frais administratifs résultant d'une procédure de recours étendue ne se justifient pas par l'application des voies de droit lorsque les achats se situent en dessous des seuils déterminants. Le droit de recours n'est d'ailleurs pas le seul moyen de garantir une application correcte du droit des marchés publics. Une surveillance élargie et efficace (titre 4) permet d'atteindre le même résultat.

#### *Art. 69 Décisions sujettes à recours*

##### *al. 1:*

La loi désigne de manière exhaustive les décisions sujettes à recours.

Par rapport au droit fédéral en vigueur, elle cite dorénavant la décision portant sur le choix des offres à ne pas examiner de manière plus approfondie (let. d). Une telle décision est par exemple prise lorsque l'adjudicateur n'examine de manière plus approfondie et ne fait développer que certaines offres (art. 35, al. 2) ou lorsqu'il ne mène un dialogue (art. 46) ou des négociations (art. 47) ou encore lorsqu'il admet des enchères électroniques (art. 48) que pour certaines offres reçues.

Il n'y pas que la révocation de l'adjudication qui peut faire l'objet d'un recours, mais aussi la révocation d'une décision sujette à recours (let. d), comme le demande le principe du parallélisme des formes.

Des recours peuvent également être déposés lorsque l'adjudicateur n'a pas notifié ces décisions de manière indue (p. ex. appel d'offres omis en raison d'un choix erroné de la procédure). Les documents d'appel d'offres, les informations écrites en général ou l'invitation liée à la procédure invitant à soumissionner ne doivent pas obligatoirement être conçus comme des décisions sujettes à recours. Une éventuelle illégalité (p. ex. spécifications techniques discriminatoires) peut être invoquée par recours contre la décision subséquente attaquable (p. ex. adjudication).

Ce règlement prévaut sur les dispositions des art. 25 (procédure en constatation) et 25a PA<sup>59</sup> (décision relative à des actes matériels).

##### *al. 2:*

L'adjudicateur peut notifier des décisions implicitement avec la décision sujette à recours suivante. Le cas échéant, il peut par exemple exclure immédiatement certains soumissionnaires en procédure ouverte ou attendre jusqu'à l'adjudication.

##### *al. 3:*

Toutes les décisions sujettes à recours selon l'al. 1 doivent pouvoir en principe être attaquées séparément afin de ne pas retarder une procédure de manière indue (économie de la procédure). La possibilité de recourir dans une phase ultérieure reste réservée lorsqu'une décision contient des dispositions dont il est encore difficile d'évaluer clairement et unilatéralement, même de manière objective, les pleines signification et portée, celles-ci ne s'imposant formellement aux yeux des intéressés que par la suite de la procédure (Décision de la Commission fédérale de recours en matière de marchés publics du 16 novembre 2001, consid. 2f.)

<sup>59</sup> RS 172.021.

*al. 4:*

Cette disposition vise une meilleure efficacité de la procédure et prévaut sur les art. 30 (audition préalable), 30a (procédure spéciale) et 31 (audition de la partie adverse) PA (RS 172.021).

#### *Art. 70 Langue*

*al. 1:*

L'adjudicateur publie ses décisions sujettes à recours dans l'une des trois langues nationales. Libre à lui de les faire traduire en d'autres langues (p. ex. anglais), ce qui peut s'avérer fort adéquat pour les appels d'offres.

Cette disposition prévaut sur l'art. 6 de la loi sur les langues (FF 2007 6557 ss.; délai référendaire échu le 24 janvier 2008).

*al. 2:*

L'AMP révisé exige que l'appel d'offres, ou du moins un résumé, soit publié dans une des trois langues officielles de l'OMC (anglais, français ou espagnol; art. VII:3). Si l'adjudication se fait en français, il n'est donc pas nécessaire d'en publier un résumé dans une autre langue officielle de l'OMC.

Cette disposition prévaut sur l'art. 33a (langue de la procédure) PA.

#### *Art. 71 Obligation de motiver*

La confidentialité requise pendant une procédure (art. 13) est progressivement relâchée en cas de décision sujette à recours. Dans une première phase, il suffit de motiver sommairement la décision (al. 1), et de la motiver dans le détail sur demande (al. 2). Ce devoir de motiver progressif tient compte du travail administratif induit pour l'adjudicateur.

*al. 1*

L'adjudicateur motive sommairement ses décisions et l'éventuelle suppression de l'effet suspensif d'un recours. Si l'adjudicateur devait d'emblée motiver précisément et complètement sa décision envers chaque soumissionnaire non retenu, cela entraînerait une charge de travail disproportionnée. L'adjudicateur qui motive une adjudication devrait au moins publier les avantages de l'offre retenue (art. XVI:1 AMP rév.). Les motivations alibis (p. ex. «l'offre la plus avantageuse a été retenue») peuvent justifier un report des coûts du procès différent de l'issue du procès.

*al. 2*

Les soumissionnaires non retenus peuvent exiger des informations plus approfondies après la notification de la décision. Celles-ci doivent être fournies par l'adjudicateur de manière qu'un recours suffisamment étayé puisse être déposé dans les délais impartis. Des décisions motivées et notifiées en temps utile évitent des recours. Dans la pratique, des entretiens individuels postérieurs («debriefings») organisés dans les dix jours après la décision ont fait leurs preuves.

On a renoncé à établir une liste des informations minimales pour la motivation détaillée. Elles peuvent différer en fonction de la décision (p. ex. interruption), de la complexité du marché ou du nombre de soumissionnaires restants. Pour l'adjudication, l'adjudicateur doit au moins exposer les caractéristiques et avantages

de l'offre retenue par rapport à celles des autres soumissionnaires. L'évaluation des offres doit être compréhensibles pour des tiers.

*al. 3*

L'adjudicateur n'est pas tenu de divulguer des informations confidentielles si cela porte atteinte à des intérêts économiques justifiés, y compris aux droits de protection immatériels des autres soumissionnaires, ou que cela pourrait entraver la concurrence loyale entre eux. Il en va de même lorsque la publication pourrait compromettre des intérêts publics ou entraver l'application du droit (art. XVII:3 AMP rév.).

## *Chapitre 2: Recours*

### *Art. 72 Autorité de recours*

*al. 1*

La Commission fédérale de recours en matière de marchés publics a été remplacée en date du 1<sup>er</sup> janvier 2007 par le Tribunal administratif fédéral.<sup>60</sup> Celui-ci statue sur les recours contre les décisions des adjudicateurs fédéraux, y compris du Tribunal pénal fédéral ou des autorités judiciaires. En revanche, il n'est pas compétent pour les recours contre les décisions des adjudicateurs cantonaux et communaux. Sur plainte, le Tribunal fédéral statue comme instance unique sur les conflits de compétence entre autorités fédérales et autorités cantonales (art. 120, al. 1, let. a, LTF).

Le Tribunal administratif fédéral ne statue pas de manière définitive sauf dans le cas d'un recours auprès d'une autorité, selon l'art. 83. Sous certaines conditions, son jugement peut être porté devant le Tribunal fédéral pour les dossiers de droit public (art. 83, let. f, et 85 LTF). Ces recours au Tribunal fédéral n'ont en principe aucun effet suspensif (art. 103 LTF). Le délai de recours est de 30 jours (art. 100, al. 1, LTF). Le recours administratif au Conseil fédéral est exclu (art. 74 PA).

*al. 2:*

Etant donné qu'un tribunal ne doit pas juger les recours visant ses propres décisions, on a introduit, comme dans la loi du 24 mars 2000 sur le personnel de la Confédération (LPers; RS 172.220.1, cf. art. 36, al. 1), des compétences croisées avec le Tribunal pénal fédéral.

*al. 3:*

En revanche, il n'y a pas de possibilité de compétences croisées pour les recours contre des décisions du Tribunal fédéral concernant des achats. C'est pourquoi, dans ce cas et à nouveau selon l'exemple de la loi sur le personnel de la Confédération, une commission de recours a été instituée (cf. art. 36, al. 2, LPers).

### *Art. 73 Qualité pour recourir*

*Al. 1 et 2:*

L'AMP est régi par le principe de la réciprocité. C'est pourquoi l'accès aux voies de

<sup>60</sup> cf. annexe chap. 11 du loi du 17 juin 2005 sur le Tribunal administratif fédéral (LTAF; 173.32).

droit peut être refusé à un soumissionnaire qui n'a pas de siège ou de succursale en Suisse lorsque son Etat n'accorde pas la réciprocité aux soumissionnaires ayant leur siège ou leur succursale en Suisse. Cela vaut même s'il a participé à la procédure de passation de marchés publics jusqu'à la décision contestée et n'a pas été exclu par l'adjudicateur.

*Al. 3:*

Conformément à la loi sur le Tribunal fédéral, une autre loi fédérale peut prévoir que les services ou autres personnes, organisations et autorités subordonnés à la Chancellerie fédérale ou aux Départements obtiennent le droit de recourir dans des affaires de droit public (art. 89, al. 2, let. a et d, LTF). Sur cette base, les adjudicateurs de la Confédération sont habilités à porter les décisions du Tribunal administratif fédéral qui les concernent devant le Tribunal fédéral, dans la mesure où les autres conditions fixées par la loi sur le Tribunal fédéral sont remplies.

*Art. 74 Motifs de recours*

*Al. 1: f*

Si le recours vise une adjudication qui a été passée au-dessus des seuils de la procédure d'appel d'offres dans une procédure invitant à soumissionner ou dans une procédure de gré à gré, l'autorité de recours ne peut examiner que la question de savoir si les conditions préalables au choix de cette procédure étaient remplies au moment de l'adjudication ou s'il était légitime de renoncer à publier l'adjudication (cf. décision de la Commission de recours en matière de marchés publics du 19 juillet 1999, CRM 1999-005, consid. 1 b/bb). Si l'adjudicateur choisit de son plein gré une procédure de rang supérieur, l'habilitation de l'autorité de recours à examiner les motifs de recours n'est pas étendue de ce fait.

*Al. 2:*

L'examen de l'opportunité empiéterait de manière excessive sur la compétence de l'adjudicateur doté d'un savoir-faire particulier. Une grande marge d'appréciation est dévolue aux adjudicateurs en particulier pour déterminer l'objet du marché public et pour évaluer la qualification ainsi que l'offre économiquement la plus avantageuse.

*Art. 75 Délai de recours*

*Al. 1, 3 et 4:*

Une procédure de passation de marchés publics doit pouvoir être réalisée en occasionnant aussi peu de retards que possible. Plus elle dure, plus elle devient coûteuse pour tous les participants. C'est pourquoi il est justifié de maintenir à 20 jours le délai de recours conformément à l'ancien droit fédéral et en dérogation à l'art. 50, al. 1, PA. Un raccourcissement supplémentaire ramenant ce délai au délai minimum de 10 jours autorisé par l'AMP (art. XVIII:3, AMP rév.) semble disproportionné vu que les décisions sont sujettes à recours de manière autonome (art. 69, al. 3), que les délais continuent à courir pendant les vacances judiciaires et qu'ils ne peuvent pas plus être restitués, en dérogation à l'art. 24 PA.

Le délai commence à courir à la première notification de la décision motivée, assortie d'une indication des voies de recours. Si par exemple une adjudication est publiée, mais aussi notifiée directement, avant la publication ou par la suite, les

délais commencent à courir à la première de ces dates.

#### *Al. 2*

Les motifs pour lesquels l'adjudicateur commet un acte illicite en s'abstenant exceptionnellement de notifier peuvent être multiples. Il se peut par exemple que l'adjudicateur ne publie pas d'appel d'offres parce qu'il suppose à tort qu'il existe une raison justifiant une procédure invitant à soumissionner ou une procédure de gré à gré (p. ex. urgence). Il se peut aussi que l'adjudicateur renonce à publier l'adjudication parce qu'il suppose à tort qu'il n'y a pas eu de marché public (p. ex. rapports de travail) ou que les seuils déterminants ne sont pas atteints.

Dans ces cas, le délai de recours de 20 jours commence au moment où l'occasion du recours est connue du soumissionnaire ou devrait raisonnablement l'être (cf. art. XVIII:3 AMP rév.). Cette voie de droit évite de contourner le contrôle judiciaire par le choix de la procédure (cf. décision de la Commission de recours en matière de marchés publics du 19 juillet 1999, CRM 1999-005, consid. 1 b/bb).

Si le recours s'avère fondé, la décision contestée peut être annulée. Un contrat déjà conclu serait alors considéré comme prématuré en raison de l'absence de notification formellement correcte de l'adjudication (cf. art. 43 et 43a, al. 1, let. a).

La question de l'effet suspensif du recours est tranchée par l'art. 76. Il n'est pas déterminant de savoir si une notification a été omise d'une manière manifestement illicite. L'illicéité manifeste d'une notification omise est tout au plus prise en compte pour déterminer s'il existe un droit à une indemnisation appropriée (art. 78, al. 2).

L'intérêt des soumissionnaires à disposer de voies de droit trouve ses limites là où l'intérêt à la sécurité juridique est prépondérant. C'est pourquoi le droit aux voies de recours (y compris aux dommages-intérêts) se prescrit conformément à la présente loi par six mois après que la décision contestée a été rendue. Cette durée est suffisamment longue pour prévenir le contournement du droit des marchés publics, et suffisamment courte pour ne pas empêcher indûment la conclusion de transactions commerciales.

#### *Al. 5*

L'AMP prévoit que l'adjudicateur et les soumissionnaires doivent être invités à régler leurs différends dans le cadre de consultations (art. XVIII:2 AMP rév.). Le projet de loi renonce à introduire une procédure formelle d'opposition ou de médiation, afin d'éviter les retards dans la procédure de passation de marchés ou de recours. L'adjudicateur est chaque fois informé du dépôt d'un recours et peut ainsi envisager de reconsidérer sa décision pendant la procédure de recours (art. 58 PA).

#### *Art. 76 Effet suspensif*

L'AMP exige que les Etats signataires prévoient des voies de droit par lesquelles un soumissionnaire puisse invoquer la violation de l'accord. La procédure correspondante doit être rapide, efficace, transparente et non discriminatoire (art. XVIII:1 AMP rév.). Les Etats signataires doivent prévoir des mesures préventives rapides afin que le soumissionnaire continue à avoir la possibilité de participer à la procédure de marché public. L'AMP laisse au droit national le soin de régler si ces mesures préventives doivent avoir un effet suspensif, tout comme la question de savoir s'il convient de tenir également compte à cet égard d'éventuels

intérêts contraires, en particulier l'intérêt public (cf. art. XVIII:7 AMP rév.).

Contrairement à la PA, le droit actuel des marchés publics ôte au recours l'effet suspensif automatique. Le recourant peut cependant demander l'effet suspensif du recours. Les tribunaux ont interprété cette disposition dans la jurisprudence comme voulant dire qu'il convient de statuer dans chaque cas d'espèce sur l'effet suspensif d'un recours sur la base d'une pesée des intérêts. En l'occurrence, l'intérêt public ne doit pas revêtir a priori un poids plus élevé. Au contraire, le point de départ de la pesée des intérêts est l'octroi d'une voie de droit efficace, et il convient d'éviter les situations qui rendent le recours illusoire (cf. décision du Tribunal administratif fédéral du 3 décembre 2007, consid. 2.2). Cette jurisprudence a été critiquée, et la délégation de surveillance de la NLFA (DSN) a recommandé d'examiner comment l'octroi de l'effet suspensif pourrait être appliqué de manière plus restrictive (FF 2007 3603).

Des intérêts publics importants, notamment des considérations pratiques, militent contre l'effet suspensif: celui-ci empêche de conclure un contrat conforme au droit des marchés publics jusqu'au moment où la décision passe en force (cf. art. 43). Ainsi, il existe un risque de retards et de coûts supplémentaires considérables pour les marchés publics. Les arguments en faveur de l'effet suspensif sont les suivants: la décision illicite (en particulier l'adjudication) peut être annulée, et le recourant n'est pas simplement renvoyé à la voie des dommages-intérêts. En règle générale, le recourant a un plus grand intérêt à continuer à participer à la procédure de marché et le cas échéant à exécuter la prestation qu'à être purement dédommagé financièrement. L'adjudicateur peut aussi avoir un intérêt à ce qu'une décision soit annulée et à ce que la procédure soit répétée. Dans une nouvelle décision, il peut prendre en compte le soumissionnaire mieux qualifié ou l'offre économiquement la plus avantageuse et ne doit pas payer des dommages-intérêts au recourant.

*Al. 1:*

Le projet de loi propose de réintroduire la règle généralement valable en droit administratif, selon laquelle un recours a fondamentalement un effet suspensif. L'adjudicateur peut cependant retirer à un éventuel recours l'effet suspensif (cf. art. 55, al. 2, PA). Il doit motiver sommairement ce retrait avec la notification de la décision (annexe 4, ch. 8). Il est dans l'intérêt de l'adjudicateur d'assurer le droit de consulter le dossier requis à cet effet. Le recourant peut, en liaison avec le recours, déposer une demande en rétablissement de l'effet suspensif. Cela permet ainsi à l'autorité de recours de statuer rapidement et *prima facie*, à l'aide de la décision de l'adjudicateur et du recours, sur le rétablissement de l'effet suspensif éventuellement demandé.

Si un recours est déposé contre le retrait de l'effet suspensif, et si des chances de succès sont reconnues à ce recours ou tout au moins s'il existe des doutes à cet égard, l'autorité de recours doit statuer sur la demande en rétablissement de l'effet suspensif sur la base d'une pesée des intérêts. Les motifs d'un intérêt public prépondérant justifiant le retrait peuvent être, par exemple, des conséquences élevées au niveau des coûts, la mise en danger de la sécurité publique ou bien des retards empêchant de mener un projet à bien.

Si le rétablissement de l'effet suspensif est accordé dans les 30 jours, l'adjudicateur doit attendre avant de conclure le contrat (art. 43, al. 2, let. b, ch. 1). Si la demande

en rétablissement est rejetée, il doit attendre les 30 jours du délai de recours pour porter l'affaire devant le Tribunal fédéral. La décision intermédiaire ne peut être portée que devant le Tribunal fédéral lorsqu'elle pose une question d'importance fondamentale et que la violation de droits constitutionnels est invoquée (art. 98 LTF). Au vu du grand poids de l'effet suspensif dans le droit des marchés publics et des conditions rigoureuses imposées au recours devant le Tribunal fédéral, il ne serait pas opportun de restreindre cette possibilité de porter la question devant le Tribunal fédéral.

*Al. 2 et 3:*

Le risque d'un retard dû à l'effet suspensif et les coûts supplémentaires exceptionnellement élevés qu'il entraîne justifient qu'il soit prévu une exception à l'effet suspensif pour certains marchés publics d'importance nationale. Dans ces cas, l'autorité de recours ne procède à aucune pesée d'intérêts, mais se contente d'examiner si les conditions nécessaires à une telle exception sont remplies. Si tel est le cas, elle rejette la demande de rétablissement de l'effet suspensif (voir aussi l'art. 43. al. 2, let. b, ch. 1).

*Al. 4:*

Le Conseil fédéral peut, par voie d'ordonnance, déterminer les marchés publics qui relèvent de la réglementation d'exception de l'al. 2 (p. ex. contournement ouest de Zurich, liaison France-Suisse jusqu'à Porrentruy, tunnel du Seelisberg, aménagement intégral de Roveredo, tunnel du Belchen). Pour ces marchés, l'autorité de recours n'a pas le droit d'examiner la question du rétablissement de l'effet suspensif, et le recourant est dès le début renvoyé à la voie des dommages-intérêts. Le contrat peut alors être conclu dès la décision d'adjudication (cf. art. 43).

*Art. 77 Conséquences en cas d'acceptation du recours*

*Al. 1*

Si l'autorité de recours renvoie la décision contestée de l'adjudicateur à ce dernier, elle peut lui imposer des instructions contraignantes. Le renvoi n'est pas un cas d'exception (*lex specialis*, qui prime l'art. 61, al. 1, PA). Il entre surtout en ligne de compte lorsque les faits ne sont pas intégralement établis, qu'une large marge d'appréciation incombe à l'adjudicateur ou qu'une nouvelle évaluation des offres doit être effectuée.

En cas de renvoi, l'adjudicateur n'est pas tenu de répéter l'ensemble de la procédure. Dans une procédure sélective, cela peut par exemple signifier que l'appel d'offres et la pré-qualification ne doivent pas être répétés lorsque seule l'adjudication a été contestée avec succès. Si une procédure doit être répétée (en partie), l'adjudicateur n'implique que les participants à la procédure de recours, puisque les autres soumissionnaires se sont accommodés de la décision d'adjudication en ne faisant pas recours.

De même, si l'autorité de recours rend une décision quant au fond, le marché ne peut être adjugé qu'à un soumissionnaire participant encore à la procédure de recours.

*Al. 2*

Les voies de droit concernant les marchés publics visent principalement à rétablir l'état licite (protection juridique dite «primaire»). Si la décision contestée ne peut

plus être annulée ou corrigée en raison d'un contrat, la prétention à des dommages-intérêts intervient (protection juridique dite «secondaire»). Si un contrat a été conclu d'une manière conforme à la loi, donc non prématurée, son exécution ne doit pas être indûment entravée. Le recourant qui a fait constater l'illicéité ne peut donc invoquer que des dommages-intérêts (cf. art. 79). Si un soumissionnaire non retenu renonce à recourir, ou si seule une protection primaire lui a été accordée, il ne peut pas invoquer (en plus) des dommages-intérêts en vertu de la présente loi.

*A propos de la variante:*

Le texte différent est en rapport avec la variante au sens de l'art. 43a.

### *3e chapitre: Dommages-intérêts*

#### *Art. 78 Etendue de la réparation due au soumissionnaire*

*Al. 1:*

Peut réclamer des dommages et intérêts celui qui a subi un préjudice en raison d'une décision contraire à la loi. Le recourant doit apporter la preuve qu'il existe un rapport de causalité adéquat entre la décision illicite et le préjudice. Il lui suffit de prouver qu'il aurait très vraisemblablement obtenu le marché si l'adjudicateur s'était comporté de manière conforme au droit. En règle générale, un seul soumissionnaire qui faisait partie de la sélection finale pour l'adjudication réussira à apporter cette preuve.

L'AMP laisse aux Etats signataires une grande marge de manoeuvre pour fixer les dommages-intérêts (art. XVIII:7, let. c, AMP rév.): l'étendue des dommages-intérêts peut être limitée aux frais du recourant pour la préparation de l'offre ou pour la procédure de recours. Cette norme minimale est dépassée lorsque tous les coûts attestés en liaison avec la procédure de passation du marché et de recours doivent être indemnisés. Cela inclut également les coûts d'une éventuelle procédure en dommages-intérêts non contentieuse (art 81, al. 1). Le manque à gagner n'est pas indemnisé. Les principes généraux du droit des dommages-intérêts (droit des obligations), par exemple l'obligation de réduire le dommage, doivent être respectés.

*Al. 2:*

Si l'adjudicateur omet illicitement un appel d'offres, il prive un participant au marché de la possibilité de déposer une offre. Ce soumissionnaire potentiel peut tout au plus subir un préjudice en raison des coûts de la procédure lorsqu'il recourt contre l'adjudicateur. Dans ce cas particulier, le recourant, en dérogation aux dispositions ci-dessus sur les dommages-intérêts, doit se voir verser une indemnité forfaitaire.

#### *Art. 79 Responsabilité de l'Etat*

Les règles juridiques relatives aux dommages-intérêts en matière de marchés publics, contrairement à celles de la loi sur la responsabilité, ne présupposent pas de violation qualifiée de devoirs de fonctions essentiels en cas de préjudice purement pécuniaire. L'illicéité constatée de manière exécutoire par l'autorité de recours suffit (lex specialis relative à l'art. 3, al. 1, LRCF). S'il existe en outre une illicéité qualifiée au sens d'une violation grave des devoirs de fonctions (p. ex. corruption passive), la loi sur la responsabilité est applicable de manière supplétive. Cette



dernière s'applique en outre aux cas qui ne sont pas régis par le droit des marchés publics (p. ex. action récursoire contre des particuliers fautifs conformément aux art. 7 ss. LRCF).

#### *Art. 80 Procédure en dommages-intérêts*

##### *Al. 1*

Dans les six mois qui suivent la décision définitive portant sur l'illicéité et rendue par l'autorité de recours compétente (art. 72), le recourant peut déposer sa demande de dommages-intérêts auprès du Département fédéral des finances ou de l'Administration fédérale des douanes (cf. art. 22 Org-OMP; RS 172.056.15). Il s'agit là d'un délai de péremption. Il représente une dérogation à l'art. 20 de la loi sur la responsabilité. Les parties concernées ont déjà suivi une procédure de recours, de sorte qu'il convient d'éviter les retards superflus.

##### *Al. 2*

L'autorité de recours compétente peut directement statuer sur les dommages-intérêts du droit des marchés publics lorsque les parties l'ont demandé et que la procédure d'administration des preuves a été réalisée. Elle peut déterminer d'office si les parties sont intéressées à une telle décision.

#### *Art. 81 Dommages-intérêts de l'adjudicateur*

##### *Al. 1*

Les soumissionnaires non retenus ont la possibilité, par le biais du droit de recours, de faire contrôler la conformité à la loi de l'application par les adjudicateurs. Ce droit de recours ne doit cependant pas être utilisé abusivement, par exemple pour retarder délibérément la passation d'un marché. La possibilité pour l'autorité de recours d'infliger une amende d'ordre pouvant atteindre plusieurs milliers de francs en cas de mauvaise foi ou de procédés téméraires est déjà connue dans la loi fédérale sur la procédure administrative (Art. 60 PA). Le temps limité caractérisant les procédures de marché public justifie une responsabilité plus large. Au-delà de la pure discipline de procédure, le recourant doit également couvrir les coûts subséquents élevés de l'adjudicateur, provoqués par son recours, à condition que celui-ci soit manifestement infondé. Si l'effet suspensif du recours est contesté, le Tribunal administratif fédéral examine d'office si le recours est manifestement infondé. Cette condition préalable qualifiante vise à éviter que les soumissionnaires renoncent de facto à faire valoir leurs prétentions légitimes.

##### *Al. 2*

L'autorité de recours peut, aux mêmes conditions, statuer sur une requête en dommages-intérêts de l'adjudicateur, comme pour les demandes en dommages-intérêts des soumissionnaires non retenus (art. 81, al. 2).

#### *4e titre: Surveillance, coordination et statistique*

#### *Art. 82 Surveillance*

##### *Al. 1:*

Compte tenu de la réglementation constitutionnelle des compétences, la Confédération et les cantons sont chargés d'assurer la surveillance dans leur

domaine de compétence. Ils veillent non seulement à la surveillance en tant que telle, mais aussi à son efficacité.

*Al. 2:*

Le respect des prescriptions légales doit être surveillé pour tous les marchés relevant du champ d'application de la présente loi. La surveillance revêt un rôle important, surtout pour les marchés publics pour lesquels il n'existe pas de voies de droit.

*Al. 3:*

Une surveillance efficace présuppose que les organes compétents soient dotés des compétences nécessaires. Ces compétences sont par exemple le droit de contrôler si les réglementations en matière de signature sont respectées ou le droit de réaliser des contrôles par sondage. Pour les marchés publics fédéraux, ce sont les Départements et la Chancellerie fédérale qui sont responsables de la surveillance de l'exécution conformément à l'ordonnance sur l'organisation des marchés publics de la Confédération (Org-OMP).

### *Art. 83 Recours des autorités contre l'appel d'offres*

*Al. 1:*

La Commission de la concurrence peut faire recours afin de faire constater que le contenu d'un appel d'offres restreint indûment l'accès au marché. Elle peut également faire constater qu'un appel d'offres a été omis de manière illicite. Le droit de recours déjà existant de la Commission de la concurrence pour les marchés publics cantonaux (art. 9, al. 2bis, de la loi fédérale sur le marché intérieur) est étendu aux marchés publics fédéraux à des fins d'harmonisation, mais la contestation est simultanément limitée à l'objet de l'appel d'offres. Cette restriction est justifiée parce qu'il incombe fondamentalement aux soumissionnaires non retenus de faire valoir la conformité juridique d'une procédure par le biais d'un recours. Dans les faits, ces derniers déposent rarement un recours contre un appel d'offres parce qu'ils ne veulent pas réduire leurs chances d'obtenir l'adjudication. La Commission de recours peut faire contrôler l'appel d'offres et ainsi exercer une influence sur la qualité de l'ensemble de la procédure de marché public. Elle ne peut pas porter la décision du Tribunal administratif fédéral devant le Tribunal fédéral.

*Al. 2:*

Dans le cadre de leurs tâches, le Conseil fédéral et les cantons peuvent accorder un droit de recours tant à la Commission en vertu de l'article 85 qu'aux organes de surveillance internes compétents.

### *Art. 84 Evaluation*

*Al. 1:*

Dans son art. 170, la Constitution fédérale exige que l'Assemblée fédérale contrôle l'efficacité des mesures de la Confédération. Cette analyse dans le domaine des marchés publics peut fondamentalement aussi inclure les domaines qui ne relèvent pas de la compétence législative de la Confédération. En raison du caractère de la matière à contrôler, ce n'est pas le Parlement, mais la Commission de la concurrence qui est chargée de procéder à cette analyse d'efficacité. L'objet de son examen est en particulier la différence entre la situation théorique et la situation réelle dans

l'exécution des contraintes légales. La Commission de la concurrence reste libre de choisir les intervalles auxquels elle souhaite procéder à ces examens périodiques. La présente loi propose une collaboration en partenariat entre la Commission de la concurrence et les organes de surveillance de la Confédération et des cantons et prend en compte à cet égard l'autonomie cantonale et l'autonomie d'organisation des cantons<sup>61</sup>.

*Al. 2:*

Les rapports s'adressent globalement à la Confédération et aux cantons, étant donné que les marchés publics sont étudiés par les adjudicateurs de tous les niveaux du fédéralisme et que cette communication sert à l'harmonisation de l'exécution. La Commission de la concurrence peut quant à elle remettre aux adjudicateurs concernés des recommandations pour la mise en œuvre des contraintes légales en tenant compte des constatations faites.

*Al. 3:*

La Commission de la concurrence ne peut s'acquitter de sa mission que si les adjudicateurs sont tenus de fournir toutes les informations nécessaires. Demeurent réservées les données dont la fourniture porte atteinte à des secrets commerciaux et de fabrication ou à un intérêt public supérieur (p. ex. la sécurité).

#### *Art. 85 Commission suisse des marchés publics*

La coordination d'informations relatives à l'application du droit est confiée à une commission composée paritairement de représentants de la Confédération et des cantons. Celle-ci assure l'échange de connaissances et d'expériences et peut élaborer des recommandations en vue de l'application uniforme de la loi. Le cas échéant, elle émet également des recommandations sur des questions de droit des marchés publics d'importance fondamentale, afin de tendre indirectement à une plus large harmonisation du droit des marchés publics. Il s'agit d'une commission interne à l'administration. Néanmoins, cette commission est autorisée à prendre en considération des connaissances techniques venant du secteur privé. Elle est rattachée au DFE, où se trouve actuellement la commission chargée de la mise en œuvre et de la surveillance des engagements internationaux de la Suisse dans le domaine des marchés publics (Commission des marchés publics Confédération-cantons, CMCC). Composée paritairement de représentants de la Confédération et des cantons, cette commission est chargée de surveiller les engagements internationaux de la Suisse dans le domaine des marchés publics (cf. art. 68a ss. OMP). Il est proposé de compléter ses compétences en y ajoutant les nouvelles tâches prévues à l'art. 85. La Commission suisse des marchés publics remplacera l'actuelle CMCC et en assumera les tâches (cf. art. 68b OMP), auxquelles d'autres, qui découleront de l'harmonisation du droit fédéral et du droit cantonal (art. 85, al. 3, let. a), seront ajoutées. La prescription de cette commission dans la nouvelle loi n'est pas contraire au projet du Conseil fédéral relatif aux commissions extra-parlementaires (cf. le projet 07.071, FF 2007 6641).

<sup>61</sup> Cf. Biaggini, Etude de droit constitutionnel, en allemand, voir p. 59.

## *Art. 86 Statistiques des marchés publics*

### *Al. 1:*

L'AMP oblige les Etats-membres à tenir des statistiques contenant certaines indications minimales (art. XVI:4 AMP rév.). En outre, ces statistiques peuvent fournir des données sur l'exécution de l'ouverture du marché intérieur (marchés publics inférieurs aux seuils internationaux). Le ou les services compétents sont libres de déterminer les informations à recenser sur le plan statistique en sus des données exigées par l'AMP.

### *Al. 2:*

La nouvelle Constitution fédérale accorde à la Confédération la compétence législative dans le domaine de la statistique (art. 65 Cst.). Cela permettrait au législateur fédéral de procéder au recensement des données statistiques requises dans le domaine des marchés publics.<sup>62</sup> Une centralisation de la compétence en matière de statistique pour tous les marchés publics ne s'impose pas pour des raisons pratiques et d'efficacité, tant que la Confédération et les cantons n'exploitent pas un organe de publication officiel commun. Les cantons peuvent adhérer volontairement au recensement statistique de la Confédération.

## *5e titre: Dispositions finales*

### *Art. 87 Abrogation et modification du droit en vigueur*

La présente loi régit la compétence pour juger les recours contre des décisions relatives aux marchés publics rendues par des tribunaux nationaux (art. 72, al. 2 et 3). Par conséquent, les lois spéciales concernées doivent être adaptées.

La présente loi se propose non seulement de mettre en œuvre des accords internationaux, mais aussi d'assurer le marché intérieur. Les dispositions de la loi sur le marché intérieur se rapportant aux marchés publics ont donc été intégrées au présent projet de loi et peuvent être supprimées de la loi sur le marché intérieur. Par conséquent, la voie de droit réclamée jusqu'ici par la loi sur le marché intérieur pour les marchés publics d'envergure des cantons et des communes ainsi que des autres organismes chargés de tâches cantonales ou communales disparaît. A la place, le projet introduit une réglementation de surveillance. Les cantons peuvent en outre prévoir de leur propre compétence une voie de droit (art. 6, al. 2).

### *Art. 88 Dispositions transitoires*

#### *Al. 1:*

Une procédure de passation de marchés publics s'étend sur une longue période. Pour des raisons pratiques, il convient de ne pas modifier le droit applicable à la procédure de passation de marchés publics en cours au moment de l'entrée en vigueur de la loi. Le moment de référence pour la détermination du droit applicable est celui de la première décision rendue dans une procédure (cf. art. 69). En conséquence, l'ancien droit doit toujours rester applicable aux étapes de procédure ultérieures lorsque la première décision contestée dans une procédure de marchés publics a déjà été rendue avant l'entrée en vigueur de la nouvelle loi. En revanche, le

<sup>62</sup> Cf. Biaggini, Etude de droit constitutionnel, en allemand, voir p. 59.

nouveau droit constitue la base des procédures pour lesquelles la première décision contestée a été rendue après son entrée en vigueur.

Dans les procédures d'appel d'offres, l'appel d'offres est considéré comme la première décision sujette à contestation. Par conséquent, le moment déterminant pour définir le droit applicable est celui de l'appel d'offres. Dans les procédures sans appel d'offres, l'adjudication constitue en règle générale le moment de référence pour déterminer le droit applicable. Dans une procédure sans appel d'offres où une première décision d'exclusion ou d'interruption sujette à contestation a été rendue à titre exceptionnel avant l'adjudication, celle-ci constitue la base déterminant le droit applicable. La question de savoir si cette décision a été correctement notifiée sur le plan formel n'a pas d'incidence sur celle du droit applicable.

*Al. 2:*

Une demande d'inscription dans une liste peut être formée à tout moment et indépendamment d'un marché public concret. Par conséquent, les décisions à cet égard (cf. art. 69, al. 1, let. g) ne dépendent qu'indirectement d'une procédure concrète de passation de marché public. C'est pourquoi une telle décision rendue selon l'ancien droit ne doit avoir aucune incidence directe sur le droit applicable à une procédure de marchés publics.

*Art. 89 Référendum et entrée en vigueur*

*Al. 1:*

La présente loi respecte la répartition des compétences entre la Confédération et les cantons prévue dans la Constitution. Elle est sujette au référendum facultatif.

*Al. 2:*

Les négociations de révision de l'AMP seront devraient s'achever en 2008. En règle générale, les accords internationaux doivent être mis en œuvre dans le droit national dans les 12 mois, mais au plus tard dans les 18 mois qui suivent. En conséquence, l'entrée en vigueur du présent projet de loi est prévue pour le 1<sup>er</sup> janvier 2010.

Date de l'entrée en vigueur:

## **9 Conséquences**

### **9.1 Conséquences pour la Confédération, les cantons et les communes**

#### **9.1.1 Conséquences financières: fort potentiel de réduction des coûts**

L'uniformisation partielle des marchés publics grâce à une loi fédérale permettrait, selon l'étude<sup>63</sup> demandée par la Confédération et les cantons, de dégager: (a) un *potentiel de réduction des coûts supérieur à 400 millions de francs par année* à l'échelle du pays. Si, par ailleurs, on tient compte de l'apport des nouvelles technologies de l'information, plus spécialement d'une plate-forme groupant les appels d'offres de toute la Suisse et des possibilités d'enchères, on doit s'attendre à (b) un *potentiel de réduction des coûts pouvant s'élever à 1,2 milliard de francs par*

<sup>63</sup> Ecoplan, Potenzialschätzung Teilvereinheitlichung, note de bas de page 23, cf. note 23.

*année* pour tout le pays. Ce potentiel est calculé sur la base des effets de prix à court terme et sur celle des conséquences à moyen et long terme en matière d'innovation et d'adaptation dans l'économie. Ce potentiel résulte d'une transparence et d'une efficacité accrues ainsi que d'une concurrence fonctionnant mieux, même sur le marché intérieur.

Le potentiel dégagé par une uniformisation partielle des marchés publics peut être décomposé de la manière suivante (a):

- effet de prix en raison d'une pression concurrentielle accrue sur les soumissionnaires (potentiel d'économies d'environ 430 millions de francs);
- effet de l'innovation (p. ex. via des variantes): non quantifiable, pas encore pris en compte dans les 430 millions de francs.

Autres conséquences possibles (b):

- baisse des coûts de transaction des adjudicateurs en raison de l'introduction des achats électroniques (potentiel d'économies supplémentaire de 350 millions de francs)
- effet de prix (regroupement de la demande dans le secteur situé au-dessous des seuils, centralisation des achats des cantons): potentiel d'économies supplémentaire de 420 millions de francs.

Au nombre des éléments permettant d'obtenir un potentiel d'économies de 430 millions de francs (a), l'étude indique que l'uniformisation partielle devrait être strictement mise en oeuvre, qu'il faudrait édicter des règles simples et faire participer toutes les collectivités locales et institutions de droit public au projet. En outre, les publications devraient impérativement se faire via une plate-forme d'adjudication électronique.

Si l'on veut que l'effet de l'innovation non quantifiable se dégage, il faudrait également veiller à une stricte mise en oeuvre de l'uniformisation partielle. En outre, il faudrait accepter les variantes ou ne les exclure que pour de motifs concrets.

Pour abaisser les coûts de transaction des adjudicateurs de 350 millions de francs (b), il faudrait aussi veiller à une stricte application de l'uniformisation partielle et disposer de règles simples. Cette mise en application devrait être centralisée, en y faisant participer toutes les collectivités locales et institutions de droit public. Les volumes devraient être mieux regroupés au sein des administrations et les appels d'offres devraient systématiquement se dérouler par voie électronique.

Enfin pour obtenir l'effet de prix désiré concernant les achats effectués en dessous des seuils (420 millions de francs), il faudrait globalement recourir à des catalogues électroniques et à des concentrations de volumes. Les conditions mentionnées au point (a) devraient être également remplies.

Par ailleurs, une uniformisation partielle du droit des marchés publics stimule la concurrence, contribuant également à mieux profiler les entreprises au plan international. En revanche, un certain protectionnisme national conduit à un frein aux innovations et à des prix élevés. Agir de la sorte en matière de droit des marchés publics dénote une réflexion à court terme, même dans l'optique de la promotion de l'économie locale.

## 9.1.2 Conséquences sur le personnel

On ne peut avancer de chiffres précis concernant les conséquences sur les effectifs de personnel de la Confédération, des cantons et des communes. Toutefois, elles devraient être limitées étant donné que chaque échelon continuera d'appliquer lui-même la loi. Par ailleurs, les nouveaux outils que sont les enchères ou les appels d'offres définitifs laissent envisager que les ressources en personnel des adjudicateurs pourraient même baisser à terme. Là où des systèmes de contrôle seront instaurés, les conséquences au niveau du personnel et des finances dépendront avant tout des mécanismes mis en jeu. Quant au SECO, il annonce qu'il faudra un poste de spécialiste à 100% et un poste administratif à 40% pour diriger le secrétariat de la Commission suisse des marchés publics (cf. art. 85, al. 6, AP-LMP).

## 9.2 Conséquences pour l'économie

La révision du droit des marchés publics revêt une grande importance pour l'économie. C'est pourquoi elle fait partie intégrante des mesures arrêtées par le Conseil fédéral pour promouvoir la croissance économique en Suisse et peut contribuer à l'améliorer notablement.

Le droit des marchés publics régit un segment important de l'économie suisse. Au total, communes, cantons et Confédération dépensent quelque 34 milliards de francs par année pour acquérir des prestations de construction, des biens et des services, ce qui représente 25% des dépenses étatiques totales ou 8% du produit national brut (2004).

L'aménagement du droit des marchés publics représente un facteur important pour la place économique suisse:

- L'amélioration de la sécurité juridique pour les soumissionnaires et l'harmonisation du droit des marchés publics entraîneront une réduction des coûts pour les entreprises lors de la recherche d'informations et réduiront les obstacles à la libre concurrence.
- L'accroissement de la transparence facilitera l'accès aux marchés publics et favorisera la concurrence.
- Le déroulement de tout le processus d'achat par voie électronique, dans une approche globale, de l'annonce des besoins à la facturation, entraînera d'importants potentiels d'économies aussi bien au sein des entreprises que pour l'économie.
- L'utilisation juridiquement étayée des technologies modernes de l'information dans le secteur des marchés publics représentera parallèlement une mesure indirecte d'encouragement technologique.

L'uniformisation partielle englobe en outre un fort potentiel d'économies (cf. ch. 9.1.1).

L'un des objectifs de la loi fédérale sur les marchés publics est de libéraliser les marchés publics (préambule à l'AMP rév.). Le projet consolide les fondements de l'ordre économique.

En principe, chaque projet de loi doit être analysé selon une grille comptant cinq

points (cf. ch. 9.2.1. ss), portant sur ses conséquences économiques<sup>64</sup>. Sur la base des résultats de l'étude déjà mentionnée, ces cinq points ont été examinés.

### **9.2.1 Point à examiner 1: nécessité et possibilité d'une intervention de l'Etat**

La nécessité d'une intervention de l'Etat exige déjà comme conséquence des accords relevant du droit international supérieur (notamment en vue de mettre en oeuvre l'accord OMC). Les différentes possibilités de mise en oeuvre des objectifs de la révision et, plus particulièrement, de l'harmonisation ont été brièvement présentées aux ch. 1.3.5 et 9.1.1. Par rapport à d'autres possibilités examinées, l'impulsion donnée par ce projet à une uniformisation partielle du droit suisse des marchés publics fournit de meilleurs résultats dans une optique d'économie nationale et globale. Or justement l'approche économique a été déterminante pour choisir la forme de mise en application. Une uniformisation partielle moins poussée aurait pour conséquences de réduire le potentiel d'économies.

### **9.2.2 Point à examiner 2: impact du projet sur les différents groupes de la société**

Le recours aux nouvelles techniques de l'information contribuera à réduire encore plus les obstacles concurrentiels, à accroître la transparence et à limiter chez les *soumissionnaires* les coûts d'acquisition de l'information (cf. p. ex. enchère électronique, art. 48 et organe de publication officiel, art. 55, al. 2, AP-LMP)<sup>65</sup>.

La flexibilité accrue en matière d'appels d'offres permettra aux *petites et moyennes entreprises (PMU)* d'accéder plus facilement à d'importants marchés publics. En divisant le marché en plusieurs lots, l'adjudicateur leur permettra d'y participer plus facilement (art. 23 AP-LMP). En principe, les communautés de soumissionnaires sont admises (art. 29, al. 2, AP-LMP). En fixant les critères de qualification et d'adjudication, l'adjudicateur tiendra également compte de la nature et de la complexité du marché (art. 30 AP-LMP). Lorsque des preuves sont demandées pour justifier la qualification (p. ex. références, garanties bancaires), l'adjudicateur se limite à celles qui sont nécessaires (art. 31, al. 3, AP-LMP). Enfin, le marché peut tenir compte des PMU en ce sens qu'il amortit l'examen de la qualification et prend en considération le «surcroît de qualification» dans l'adjudication (art. 40 al. 2 AP-LMP). Cette flexibilité permet d'ajuster les appels d'offres de sorte que de *jeunes entreprises* aient également des chances d'obtenir le marché.

L'uniformisation partielle des marchés publics supprime la complexité et le flou qui régnaient en Suisse concernant les bases en la matière, tout en créant la sécurité juridique souhaitée par de larges secteurs de l'*économie* (cf. p. ex. art. 1 et 6 AP-LMP).

Par ailleurs, si les offres sont équivalentes, la préférence sera accordée à l'entreprise qui offre des places de formation, donc forme des *apprentis* et assume ainsi une responsabilité économique (cf. art. 39, al. 5, AP-LMP).

Dorénavant, en excluant impérativement du marché toute entreprise qui viole les

<sup>64</sup> FF 2000 986, Directives du Conseil fédéral du 15 septembre 1999 sur l'exposé des conséquences économiques des projets d'actes législatifs fédéraux.

<sup>65</sup> Ecoplan, Potenzialschätzung Teilvereinheitlichung, p. 21 s, 34 s, cf. note de bas de page 23.



exigences légales pertinentes, on contribue à mieux faire respecter la *protection des travailleurs*, les *acquis sociaux* ainsi que la *législation en matière de protection de l'environnement* (cf. art. 25 ss. et 56 AP-LMP).

Les critères d'adjudication monétaires et non monétaires définissent des conditions-cadres pour la demande de l'Etat en prestations qui répondent à des exigences économiques, sociales et écologiques élevées. On peut ainsi promouvoir des prestations et des produits, voire des processus de production qui ont de faibles répercussions sur l'*environnement* et consomment le moins possible de ressources naturelles tout au long de la durée de vie du produit (cf. art. 32 AP-LMP).

### **9.2.3 Point à examiner 3: implications pour l'économie dans son ensemble**

La révision du droit des marchés publics renforce la *concurrence*: la sécurité juridique consolidée pour les soumissionnaires et l'harmonisation du droit des marchés publics entraînent une réduction des coûts pour les entreprises lors de la recherche d'informations et réduisent les obstacles à la libre concurrence. Celle-ci est aussi favorisée par la transparence accrue qui par ailleurs facilite l'accès aux marchés publics.

Des principes et règlements régissant le droit des marchés de manière uniforme et cela à l'échelon du pays sont proposés dans l'optique d'un *marché intérieur* qui fonctionne. La LMP doit relayer les dispositions de la loi sur le marché intérieur.

La révision du droit des marchés publics offre d'importants *potentiels d'économies* aussi bien au sein des entreprises que pour l'économie nationale: juridiquement, il devient possible de mener tout le processus d'acquisition par voie électronique dans une approche globale, de l'annonce des besoins à la facturation, et de bénéficier d'une option stratégique pour les marchés publics.

La révision du droit des marchés publics encourage le recours aux technologies de l'information modernes dans le secteur des marchés publics. Des éléments de la procédure offrant une certaine flexibilité permettent de concevoir des *solutions novatrices* (p. ex. dialogue, art. 46 AP-LMP). Cette révision contribuera ainsi grandement à améliorer la *croissance économique* de la Suisse.

### **9.2.4 Point à examiner 4: autres réglementations**

Des réglementations, ne présentant cependant que peu d'avantages économiques, ont été présentées aux ch. 1.3.5 et 9.1.1. D'autres réglementations qui auraient un impact plus marqué impliqueraient de créer une base constitutionnelle supplémentaire.

### **9.2.5 Point à examiner 5: aspects pratiques de l'exécution**

L'application du droit des marchés publics sera plus simple en raison de la révision, se caractérisant par davantage de clarté. Les adjudicateurs disposeront d'un instrumentaire plus souple, avec lequel ils pourront effectuer les achats de manière adéquate, l'adaptant chaque fois à l'objet à acquérir.

## 10 Programme de législation

Le projet a été annoncé dans le message sur le programme de législation 2007–2011 (FF 2008 669) comme objet des lignes directrices.

## 11. Aspects juridiques

### 11.1 Droit international supérieur

En matière de règlement, les impératifs du droit international supérieur limitent la marge de manoeuvre pour mettre en oeuvre les quatre principaux objectifs de la révision (modernisation, clarification, flexibilisation et harmonisation). Dans le secteur des marchés publics, la Suisse a notamment ratifié l'AMP et l'accord entre la Confédération suisse et la Communauté européenne sur certains aspects relatifs aux marchés publics<sup>66</sup>. L'AMP est actuellement en cours de révision et doit être renégocié, les travaux devant s'achever durant l'année 2008. Il devrait entrer en vigueur dans les 12 à 18 mois suivants, sous réserve de ratification. La présente révision en concrétise déjà les dispositions existantes et prochaines, pour autant qu'elles soient connues.

Dans sa version actuelle, l'AMP, en vigueur pour la Confédération et les cantons, fixe les principes de la libéralisation des marchés publics: concurrence encouragée, transparence, non-discrimination et utilisation rationnelle des fonds publics. Par ailleurs, l'accord contient des dispositions sur la procédure de marché (procédure d'adjudication, qualification des soumissionnaires, appel d'offres, délais pour les offres, négociations, adjudication, procédure de recours, règlement des différends, etc.) et les seuils. L'*Accord OMC révisé* se réfère à l'AMP actuel. Les nouveautés proposées consistent notamment dans l'extension du champ d'application personnel et pratique ainsi que dans l'introduction de dispositions-cadres pour les achats électroniques.

L'*Accord entre la Confédération suisse et la Communauté européenne* élargit le champ d'application de l'AMP en Suisse aux autorités et services publics des districts et des communes. Y sont en outre subordonnés les achats effectués dans les secteurs du trafic ferroviaire, de la télécommunication et de l'approvisionnement en gaz et eau, ainsi que les achats effectués par des entreprises privées dans les secteurs de l'approvisionnement en eau et en électricité et des transports.

L'objectif commun de ces accords internationaux est une application uniforme au plan international des procédures de marché. Ces accords fixent eux-mêmes les principes, processus et définitions desdites procédures. Pour l'essentiel, la révision consiste à concrétiser le tout dans le droit national, donc à harmoniser la mise en oeuvre de ce droit. Le projet de révision accorde par conséquent une attention soutenue à la compatibilité avec ces accords internationaux. Quant à la marge de manoeuvre restante dans le cas particulier pour le droit national autonome, elle est précisée dans les explications ayant trait aux dispositions de la loi.

<sup>66</sup> RS 0.172.052.68.

## 11.2 Constitutionnalité

### 11.2.1 Marchés de la Confédération

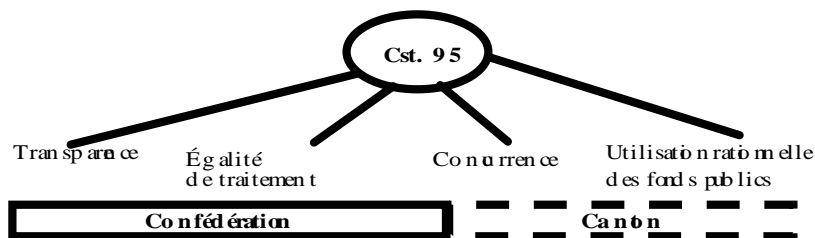
La Constitution fédérale ne contient aucune norme spécifique concernant le droit des marchés publics. La *compétence de légiférer de la Confédération* dans le secteur des marchés publics découle de plusieurs bases constitutionnelles. Pour les autorités fédérales et les entreprises publiques de la Confédération, la compétence d'édicter des normes en la matière découle de la *compétence en matière d'organisation* (art. 164, al. 1, let. g, Cst.). Sur certains points, il existe en outre une compétence de la Confédération réglée explicitement (p. ex. statistique des achats concernant toute la Suisse, découlant de l'art. 65 Cst.).

### 11.2.2 Marchés des cantons

La souveraineté des cantons en matière de droit des marchés publics n'est en principe pas restreinte (art. 3 Cst.). *Confédération et cantons règlent de manière indépendante les achats relevant de leurs attributions*. Toutefois, la Constitution attribue à la Confédération la compétence d'édicter ponctuellement des prescriptions concernant les achats qui relèvent du droit cantonal. Tel est notamment le cas dans le secteur du marché intérieur (art. 95 Cst.), de la politique suivie en matière de concurrence (art. 96 Cst.) ou de la protection en matière de travail (art. 110, al. 1, let. a, b et d, Cst.). On notera aussi que la compétence de la Confédération en matière de marché intérieur a été élargie suite à l'entrée en vigueur de la LMP actuelle et que la Confédération doit veiller à un «espace économique suisse unique» (art. 95. al. 2, Cst.)<sup>67</sup>. Sur cette base, la Confédération peut légiférer globalement en matière de transparence et d'égalité de traitement. L'encouragement de la concurrence s'avère être un cas limite dans une optique de droit des compétences. En matière d'«utilisation rationnelle des fonds publics», la Confédération peut édicter des dispositions-cadres, afin de garantir la transparence et l'égalité de traitement<sup>68</sup>. En résumé, la situation concernant les compétences de la Confédération à légiférer à l'échelon du pays dans le secteur des marchés publics se présente ainsi:



#### Art. 95. al.2 Cst.



<sup>67</sup> Diaggini, *Étude de droit constitutionnel*, op. cit., p. 18 ss.

### 11.2.3 Constitutionnalité de l'uniformisation partielle

On a opté pour le modèle de l'uniformisation partielle du droit des marchés publics, qui se fonde sur la compétence de la Confédération en matière de marché intérieur. Selon l'art. 95, al. 2, Cst., la Confédération est chargée de veiller à créer un espace économique suisse unique. Il s'agit en premier lieu de garantir l'égalité de traitement et d'éviter un traitement discriminatoire des soumissionnaires de l'espace économique suisse.

S'agissant de la question de la constitutionnalité de l'uniformisation partielle, on se réfère à l'étude de droit constitutionnel déjà mentionnée portant sur la Constitution. On a tenu compte de ses explications concernant la répartition des compétences entre la Confédération et les cantons dans le domaine des marchés publics, à une exception cependant près: concernant la question de savoir à quel moment un achat peut être considéré comme intéressant le marché intérieur, l'auteur fournit les arguments suivants: lorsqu'une acquisition relève du secteur des «traités internationaux», cela indique qu'elle concerne tout l'espace économique suisse. En délimitant des seuils pour les appels d'offres, le législateur fédéral montre qu'il considère certains marchés (situés en dessous de ces seuils) comme n'étant pas importants pour le marché intérieur. S'il souhaitait englober davantage les achats de moindre volume, il pourrait, afin d'élargir le marché intérieur, abaisser le seuil pour les appels d'offres publics<sup>69</sup>. L'auteur semble mettre ainsi au même niveau les seuils fixés notamment dans les accords internationaux pour les appels d'offres publics avec ce qui est important pour le marché intérieur. Ce faisant, il oublie qu'il peut y avoir des affaires importantes pour le marché intérieur qui se situent sous les seuils fixés dans les accords internationaux pour les appels d'offres publics. Actuellement déjà, la loi sur le marché intérieur stipule que les restrictions à la liberté d'accès au marché, en particulier en matière de marchés publics, doivent faire l'objet de décisions sujettes à recours (art. 9, al. 1, LMI). Il est incontestable qu'il n'y a pas lieu de garantir des voies de droit formelles selon la LMI dans la procédure de gré à gré (ATF 137 I 137). En effet, une procédure invitant à soumissionner génère déjà une situation de concurrence; les adjudicateurs doivent comparer plusieurs offres et finalement procéder à la sélection conformément au droit des marchés publics. C'est pourquoi la pertinence du marché intérieur apparaît déjà grâce au seuil déterminant pour la procédure invitant à soumissionner et non pas grâce au seuil déterminant pour les procédures d'appel d'offres. La décision de procéder en invitant à soumissionner ou via un appel d'offres public a en revanche moins à faire avec la pertinence pour le marché intérieur que les coûts élevés que les soumissionnaires et les adjudicateurs doivent assumer en cas d'appel d'offres public. C'est pourquoi de nombreux intervenants sur le marché sont favorables à un relèvement des seuils pour les appels d'offres publics, sans pour autant vouloir restreindre le marché intérieur. Cependant, ce relèvement n'est possible qu'en modifiant les accords.

En résumé, l'art. 95, al. 2, 1<sup>re</sup> phrase, Cst. offre certes une base pour régler les aspects les plus variés du droit des marchés publics, mais il ne permet en aucune manière de régler à l'échelle de la Suisse et de manière uniforme toutes les questions. Il s'agit d'examiner point par point dans quelle mesure l'ensemble des

<sup>69</sup> Biaggini, Etude de droit constitutionnel, en allemand, op. cit., p. 28.

règles actuelles contribue aux objectifs du marché intérieur conformément à l'art. 95 Cst. Le législateur fédéral n'est pas réduit à énoncer de «simples» principes mais peut aussi édicter des prescriptions plus détaillées, à condition cependant que cela serve aux objectifs définis par l'art. 95 Cst.

Le principe de subsidiarité et l'autonomie en matière de procédure et d'organisation des cantons représentent la «contre-partie» fédéraliste à la compétence pour le marché intérieur. Quant aux cantons, ils peuvent gérer librement leurs propres finances<sup>70</sup>.

Enfin, concernant la question de la constitutionnalité, on se référera aux commentaires concernant les différents articles, ainsi qu'aux ch. 1.3.5 et 2.4.

## **Annexes**

### **Annexe I: liste des principaux accords internationaux**

Accord du 15 avril 1994 sur les marchés publics (AMP; RS 0.632.231.422).

Accord du nn mmmm 2008 sur les marchés publics (AMP rév.).

Accord du 21 juin 1999 entre la Confédération suisse et la Communauté européenne sur certains aspects relatifs aux marchés publics (RS 0.172.052.68).

Convention du 4 janvier 1960 instituant l'Association européenne de Libre-Echange (AELE; RS 0.632.31).

### **Annexe II: liste des textes législatifs fédéraux en relation directe ou indirecte avec les marchés publics**

Loi fédérale du 16 décembre 1994 sur les marchés publics (LMP, RS 172.056.1).

Ordonnance du 11 décembre 1995 sur les marchés publics (OMP, RS 172.056.11).

Ordonnance du 14 décembre 1998 concernant la gestion de l'immobilier et la logistique de la Confédération (OILC, RS 172.010.21).

Ordonnance du 22 novembre 2006 sur l'organisation des marchés publics de la Confédération (Org-OMP, RS 172.056.15).

Ordonnance du DFE du 26 novembre 2007 sur l'adaptation des valeurs seuils des marchés publics pour l'année 2008 (RS 172.056.12).

Ordonnance du DETEC du 18 juillet 2002 sur l'exemption du droit des marchés

<sup>70</sup> Base constitutionnelle: Biaggini, Etude de droit constitutionnel, op. cit., p. 8 ss.

publics (RS 172.056.111).

Loi fédérale du 17 juin 2005 concernant des mesures en matière de lutte contre le travail au noir (Loi sur le travail au noir, LTN; RS 822.41).

Loi fédérale du 8 mars 1960 sur les routes nationales (LRN; RS 725.11).

Ordonnance du 7 novembre 2007 sur les routes nationales (ORN; RS 725.111).

Arrêté fédéral du 4 octobre 1991 relatif à la construction de la ligne ferroviaire suisse à travers les Alpes (Arrêté sur le transit alpin, RS 742.104)

Ordonnance du 28 février 2001 sur la construction de la ligne ferroviaire suisse à travers les Alpes (Ordonnance sur le transit alpin, Otransa; RS 742.104.1).

Loi fédérale du 19 décembre 1986 contre la concurrence déloyale (LCD ; RS 241).

Loi fédérale du 20 décembre 1968 sur la procédure administrative (PA; RS 172.021).

Loi fédérale du 6 octobre 1995 sur le marché intérieur (LMI ; RS 943.02).

Loi fédérale du 6 octobre 1995 sur les entraves techniques au commerce (LETC ; RS 946.51).

Loi fédérale du 6 octobre 1995 sur les cartels et autres restrictions à la concurrence (Loi sur les cartels, LCart; RS 251).

Loi du 7 octobre 2005 sur les finances de la Confédération (Loi sur les finances, LFC; RS 611.0).

Loi fédérale du 20 décembre 1957 sur les chemins de fer (LCdF ; RS 742.101).

Loi du 21 mars 1997 sur l'organisation du gouvernement et de l'administration (LOGA ; RS 172.010).

Ordonnance du 25 novembre 1998 sur l'organisation du gouvernement et de l'administration (OLOGA ; RS 172.010.1).

Ordonnance du 18 décembre 1995 sur les indemnités, les prêts et les aides financières selon la loi sur les chemins de fer (Ordonnance sur les indemnités, OIPAF; RS 742.101.1).

### **Annexe III: liste des règlements cantonaux concernant les marchés publics**

Etat au 30 avril 2008.

**AG** Interkantonale Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen (IVöB) vom 15. März 2001 (SAR 150.950).

Submissionsdekret (SubmD) vom 26. November 1996 (SAR 150.910).

**AI** Interkantonale Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen (IVöB) vom 15 März 2001 (SR AI 726.910).

Gesetz über das öffentliche Beschaffungswesen (GöB) vom 29. April 2001 (SR AI 726.000).

Verordnung über das öffentliche Beschaffungswesen (VoeB) vom 1. Oktober 2001 (SR AI 726.010).

**AR** Interkantonale Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen (IVöB), vom 15 März 2001 (bGS 712.2).

Gesetz über das öffentliche Beschaffungswesen vom 24. September 2000 (bGS 712.1).

Verordnung über das öffentliche Beschaffungswesen vom 13. September 2004 (bGS 712.11).

**BE** Loi sur les marchés publics (LCMP) du 11 juin 2002 (RSB 731.2).

Ordonnance sur les marchés publics (OCMP) 16 octobre 2002 (RSB 731.21).

**BL** Interkantonale Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen vom 15. März 2001 (SGS BL 420.12).

Gesetz über öffentliche Beschaffungen (Beschaffungsgesetz) vom 3. Juni 1999 (SGS BL 420).

Verordnung zum Beschaffungsgesetz (Beschaffungsverordnung) vom 25. Januar 2000 (SGS BL 420.11).

**BS** Beschluss des Regierungsrates betreffend Zustimmung zur Änderung der Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen vom 25. November 1994, vom 22. Oktober 2002 (SR BS 914.501).

Grossratsbeschluss betreffend Beitritt des Kantons Basel-Stadt zur Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen vom 25. November 1994, vom 20. November 1996 (SR BS 914.500).

Gesetz über öffentliche Beschaffungen (Beschaffungsgesetz) vom 20. Mai 1999 (SR BS 914.100).

Verordnung zum Gesetz über öffentliche Beschaffungen (Beschaffungsverordnung, VöB) vom 11. April 2000 (SR BS 914.110).

**FR** Accord intercantonal du 25 novembre 1994 sur les marchés publics, (BDLF 122.91.2).

Loi du 11 février 1998 sur les marchés publics (BDLF 122.91.1).

Règlement du 28 avril 1998 sur les marchés publics (RMP) (BDLF 122.91.11).

**GE** Accord intercantonal sur les marchés publics du 25 novembre 1994 (AIMP), état au 4 septembre (RSG L 6 05).

Règlement sur la passation des marchés publics en matière de construction du 19 novembre 1997 (RSG L6 05.01).

Règlement sur la passation des marchés publics en matière de fournitures et de services du 23 août 1999 (RSG L6 05.03).

**GL** Interkantonale Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen vom 25. November 1994 (SR GL II G/1/2).

Interkantonale Vereinbarung zum Abbau technischer Handelshemmnisse (IVTH) vom 23. Oktober 1998 (SR GL II G/1/4).

Kantonales Submissionsgesetz vom 4. Mai 1997 (SR GL II G/2/1).

Submissionsverordnung vom 17. Dezember 1997 (SR GL II G/2/2).

**GR** Interkantonale Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen (IVöB) vom 15. März 2001 (Bündner Rechtsbuch 803.410).

Beitritt des Kantons Graubünden zur Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen vom 15. März 2001, vom 10. Februar 2004 (Bündner Rechtsbuch 803.500).

Submissionsgesetz (SubG) vom 10. Februar 2004 (Bündner Rechtsbuch 803.300).

Submissionsverordnung (SubV) vom 25. Mai 2004 (Bündner Rechtsbuch 803.310).

**JU** Arrêté portant approbation de l'accord intercantonal sur les marchés publics du 9 septembre 1998 (JU SR 174.01).

Loi concernant les marchés publics du 21 octobre 1998 (JU SR 174.1).

Ordonnance concernant l'adjudication des marchés publics (OAMP) du 4 avril 2006 (JU-SR 174.11).

**LU** Interkantonale Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen vom 25. November 1994/15 März 2001 (SRL 733a).



Gesetz über die öffentlichen Beschaffungen vom 19. Oktober 1998 (SRL 733).

Verordnung zum Gesetz über die öffentlichen Beschaffungen vom 7. Dezember 1998 (SRL 734).

**NE** Loi portant adhésion à l'Accord intercantonal sur les marchés publics (LAIMP) du 26 juin 1996 (RSN 601.70).

Accord intercantonal sur les marchés publics (AIMP) du 25 novembre 1994 (RSN 601.71).

Loi cantonale sur les marchés publics (LCMP) du 23 mars 1999 (RSN 601.72).

Règlement d'exécution de la loi cantonale sur les marchés publics du 3 novembre 1999 (RELCMP), état au 24 mai 2006 (RSN 601.720).

**NW** Interkantonale Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen (IVöB) vom 25. November 1994/ 15. März 2001 (SR NW 612.2).

Gesetz über das öffentliche Beschaffungswesen (Submissionsgesetz) vom 7. Februar 2001 (SR NW 612.1).

Vollzugsverordnung zum Gesetz über das öffentliche Beschaffungswesen (Submissionsverordnung) vom 6. Juli 2004 (SR NW 612.11).

**OW** Interkantonale Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen (IVöB) vom 25. November 1994/15. März 2001 (GDB OW 975.61).

Gesetz über das öffentliche Beschaffungswesen (Submissionsgesetz) vom 27. November 2003 (GDB OW 975.6).

Ausführungsbestimmungen zum Submissionsgesetz vom 6. Januar 2004 (GDB OW 975.611).

Interkantonale Vereinbarung zum Abbau technischer Handelshemmnisse (IVTH) vom 23. Oktober 1998 (GDB OW 975.7).

Kantonsratbeschluss über einen Beitritt zur Interkantonalen Vereinbarung zum Abbau technischer Handelshemmnisse vom 27. Oktober 2000 (GDB OW 975.71).

**SG** Interkantonale Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen (rev. IVöB) vom 15. März 2001 (sGS 841.32).

Interkantonale Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen (IVöB) vom 25. November 1994 (sGS 841.31).

Grossratsbeschluss über den Beitritt zur Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen vom 15. März 2001 vom 7. Mai 2002 (sGS 841.4).

Grossratsbeschluss über den Beitritt zur Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen vom 27. November 1997 (sGS 841.3).

Einführungsgesetz zur Gesetzgebung über das öffentliche Beschaffungswesen vom 2. April 1998 (sGS 841.1).

Verordnung über das öffentliche Beschaffungswesen vom 21. April 1998 (sGS 841.11).

**SH** Interkantonale Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen (IVöB) vom 25. November 1994/ 15. März 2001 (SHR 172.510).

Verordnung zur Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen vom 25. November 1994/ 15. März 2001 (ViVöB), vom 15. April 2003 (SHR 172.511).

Vergaberichtlinien zur Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen vom 25. November 1994 / 15. März 2001 (VRöB), vom 15. April 2003 (SHR 172.512).

Einführungsgesetz zum Bundesgesetz über den Binnenmarkt vom 29. Juni 1998 (SHR 172.500).

**SO** Interkantonale Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen (rev. IVöB) vom 15. März 2001 (BGS 721.521).

Interkantonale Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen vom 25. November 1994 (IVöB) (BGS 721.52).

Interkantonale Vereinbarung über die Vergabe von Arbeiten und Lieferungen des Baugewerbes für die kantonale Verwaltung vom 8. April 1994 (BGS 721.51).

Beitritt zur interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen vom 25. November 1994 vom 22. September 1996 (BGS 721.53).

Genehmigung der Änderung der Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen vom 15. März 2001, KRB vom 3. September 2003 (BGS 721.531).

Gesetz über öffentliche Beschaffungen (Submissionsgesetz) vom 22. September 1996 (BGS 721.54).

Verordnung über öffentliche Beschaffungen (Submissionsverordnung) vom 17. Dezember 1996 (BGS 721.55).

Weisungen über die Anpassung von Honoraransätzen für Architektur- und Ingenieuraufträge per 1. Januar 1996, RRB vom 5. März 1996 (BGS 721.56).

**SZ** Interkantonale Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen vom 25. November 1994/ 15. März 2001, (SR SZ 430.120.1).

Kantonsratbeschluss über den Beitritt des Kantons Schwyz zur Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen vom 17. Dezember 2003 (SR SZ 430.120).

Verordnung zur Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen vom 15. Dezember 2004 (SR SZ 430.130).

**TG** Interkantonale Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen vom 25. November 1994/ 15. März 2001 (Thurgauer Rechtsbuch 720.1).

Gesetz über das öffentliche Beschaffungswesen vom 18. Dezember 1996 (Thurgauer Rechtsbuch 720.2).

Verordnung des Regierungsrates zum Gesetz über das öffentliche Beschaffungswesen vom 23. März 2004 (Thurgauer Rechtsbuch 720.21).

Weisung des Regierungsrates betreffend Zuständigkeiten und Ablauforganisation für das öffentliche Beschaffungswesen der Zentralverwaltung und der selbständigen kantonalen Anstalten vom 1. Juli 1997 (Thurgauer Rechtsbuch 720.211).

Gegenrechtserklärungen betreffend öffentliches Beschaffungswesen (Thurgauer Rechtsbuch 720.61).

**TI** Concordato intercantonale sugli appalti pubblici (CIAP) del 25 novembre 1994/ 15 marzo 2001 (RL 7.1.4.1.3).

Decreto legislativo concernente l'adesione del Cantone Ticino al Concordato intercantonale sugli appalti pubblici del 25 novembre 1994/ 15 marzo 2001, del 6 febbraio 1996/30 novembre 2004 (RL 7.1.4.1.4).

Legge sulle commesse pubbliche (LCPubb) del 20 febbraio 2001 (RL 7.1.4.1).

Regolamento di applicazione della Legge sulle commesse pubbliche (LCPubb) del 20 febbraio 2001 e del Concordato intercantonale sugli appalti pubblici (CIAP) del 15 marzo 2001, del 12 settembre 2006 (RL 7.1.4.1.6).

**UR** Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen (IVöB) vom 25. November 1994/ 15. März 2001 (Urner Rechtsbuch 3.3111).

Submissionsverordnung des Kantons Uri (SubV) vom 15. Februar 2006 (Urner Rechtsbuch 3.3112).

Reglement über die paritätische Kommission im öffentlichen Beschaffungswesen (Submissionsreglement) vom 27. August 1997 (Urner Rechtsbuch 3.3115).

**VD** Accord intercantonal sur les marchés publics (AIMP) du 25 novembre 1994, état 1 septembre 2004 (RSV 726.91).

Loi sur les marchés publics (LMP- VD) du 24 juin 1996 (RSV 726.01).

Règlement d'application de la Loi du 24 juin 1996 sur les marchés publics (RLMP- VD) du 7 juillet 2004 (RSV 726.01.1).

**VS** Loi concernant l'adhésion du canton du Valais à l'accord intercantonal sur les marchés publics du 8 mai 2003 (RS VS 726.1).

Ordonnance sur les marchés publics du 11 juin 2003 (RS VS 726.100).

Ordonnance concernant la tenue de listes permanentes du 11 juin 2003 (SR VS 726.101).

**ZG** Interkantonale Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen (IVöB) vom 15. Mai 2001 (BGS 721.52).

Submissionsgesetz (SubG) vom 2. Juni 2005 (BGS 721.51).

Submissionsverordnung (SubV) vom 20. Sept. 2005 (BGS 721.53).

**ZH** Gesetz über den Beitritt des Kantons Zürich zur revidierten Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen vom 15. März 2001, (Zürcher Gesetzessammlung 720.1).

Submissionsverordnung vom 23. Juli 2003 (Zürcher Gesetzessammlung 720.11).

#### **Annexe IV: liste des documents annexés**

Document I: projet de révision de la loi fédérale sur les marchés publics (LMP) en allemand

Document II: projet de révision de la loi fédérale sur les marchés publics (LMP) en français

Document III: Révision de l'Accord sur les marchés publics (AMP) en français (uniquement à titre d'information, ne fait pas l'objet de la présente consultation)