



17.019

Message concernant la révision totale de la loi fédérale sur les marchés publics

du 15 février 2017

Messieurs les Présidents,
Mesdames, Messieurs,

Par le présent message, nous vous soumettons le projet de révision totale de la loi fédérale sur les marchés publics, en vous proposant de l'adopter.

Nous vous proposons simultanément de classer les interventions parlementaires suivantes:

- | | | | |
|------|---|---------|---|
| 2012 | P | 12.3910 | Loi sur les marchés publics. Sus aux dysfonctionnements (N 14.12.12, Darbellay) |
| 2013 | M | 12.3739 | Appels d'offres de la Confédération. Équité entre les régions linguistiques (N 14.12.12, Hodgers; E 10.9.13) |
| 2014 | P | 14.3208 | Combattre la corruption dans l'attribution des marchés publics (E 17.6.14, Engler) |
| 2014 | M | 14.3045 | Transparence des marchés publics passés par la Confédération. Publication des informations clés concernant tous les marchés d'un montant de plus de 50 000 francs (N 20.6.14, Graf-Litscher; E 8.12.14) |
| 2015 | M | 12.3914 | Appels d'offres dans les trois langues officielles de la Confédération (N 16.9.14, de Buman; E 18.6.15) |
| 2015 | M | 14.3872 | Pour une utilisation conforme des langues officielles dans les appels d'offres publics des entreprises liées à la Confédération (N 12.12.14, Regazzi; E 18.6.15) |
| 2015 | M | 14.3886 | Respect du multilinguisme dans les procédures d'adjudication de marchés publics, même petits, dans l'intérêt de nos PME (N 12.12.14, Cassis; E 18.6.15) |

Nous vous prions d'agréer, Messieurs les Présidents, Mesdames, Messieurs,
l'assurance de notre haute considération.

15 février 2017

Au nom du Conseil fédéral suisse:

La présidente de la Confédération, Doris Leuthard
Le chancelier de la Confédération, Walter Thurnherr

Condensé

Le droit des marchés publics règle un segment important de l'économie suisse. Il est fondé sur l'accord de l'OMC sur les marchés publics (AMP), mis en œuvre par la loi fédérale sur les marchés publics et l'ordonnance sur les marchés publics au niveau de la Confédération et par l'accord intercantonal sur les marchés publics au niveau des cantons, ainsi que sur l'accord entre la Confédération suisse et la Communauté européenne sur certains aspects relatifs aux marchés publics. En raison de la révision de l'AMP, achevée en 2012, le droit suisse doit être modifié. Il s'agit par ailleurs d'harmoniser les législations fédérale et cantonales en matière de marchés publics lorsque cela est possible et pertinent.

Contexte

Formellement adopté le 30 mars 2012, l'accord révisé de l'OMC sur les marchés publics (AMP 2012) est entré en vigueur le 6 avril 2014, après que le quorum des États signataires eut été atteint. La révision de l'accord de 1994 (AMP 1994), auquel la Suisse a adhéré le 1^{er} janvier 1996, élargit le champ d'application de l'accord, simplifie et modernise le texte et régit l'utilisation de moyens électroniques. Tous les États parties à l'accord sont tenus de mettre en œuvre les modifications de ce dernier dans leur droit national. La Suisse ne ratifiera l'AMP 2012 qu'après avoir rempli cette obligation. Le 2 juillet 2014, le Conseil fédéral a chargé le Département fédéral des finances de réviser le droit fédéral des marchés publics en collaboration avec le Département fédéral de l'économie, de la formation et de la recherche, en l'harmonisant avec les législations cantonales en matière de marchés publics lorsque cela est possible et pertinent.

Pour la Suisse, l'intérêt de cette révision réside notamment dans le renforcement de la concurrence, la clarification de certaines questions liées à l'assujettissement à la loi, l'assouplissement de la procédure d'adjudication, l'adaptation aux nouveaux défis, tels que la passation des marchés par voie électronique, ainsi que dans l'amélioration de l'accès des entreprises suisses aux marchés des autres États membres de l'AMP.

La révision de l'AMP nécessite que l'on adapte aussi bien le droit fédéral que le droit cantonal. Différentes associations économiques suisses demandent depuis des années l'harmonisation des législations fédérale et cantonales. La Confédération et les cantons sont convenus de mettre parallèlement en œuvre les dispositions internationales dans le cadre de leurs compétences respectives. Les procédures législatives fédérale et cantonales sont menées séparément, mais reposent sur les propositions de réglementation émanant d'un groupe de travail paritaire composé de représentants de la Confédération et des cantons. À l'issue des négociations sur l'AMP, ce groupe de travail, dirigé par la Conférence des achats de la Confédération et par la Conférence suisse des directeurs cantonaux des travaux publics, de l'aménagement du territoire et de l'environnement, a élaboré le présent projet de loi ainsi que le projet d'accord intercantonal sur les marchés publics révisé.

Objectifs et contenu du projet

Au niveau de la Confédération, la révision de l'AMP 1994 a des incidences aussi bien sur la loi que sur l'ordonnance sur les marchés publics. Depuis leur entrée en vigueur, ces deux actes ont connu plusieurs révisions partielles. Les nouvelles règles n'ont cependant pas toujours été introduites au niveau (loi ou ordonnance) approprié. Il résulte de ces révisions partielles que les règles relatives aux marchés publics sont aujourd'hui relativement confuses et parfois peu lisibles.

Le projet vise à mettre l'AMP 2012 en œuvre à l'échelon de la Confédération ainsi qu'à harmoniser autant que possible, dans le respect de la répartition des compétences entre Confédération et cantons, les législations fédérale et cantonales en matière de marchés publics. Cette harmonisation constitue la principale nouveauté. La loi fédérale sur les marchés publics a été dotée d'une structure moderne et a été remaniée du point de vue linguistique. Les réglementations éprouvées ont été conservées, des définitions nouvelles ont été introduites et diverses dispositions figurant actuellement dans l'ordonnance, comme celles concernant les «autres marchés», ont été intégrées dans la loi. Pour l'essentiel, les modifications matérielles concernent les questions de l'assujettissement à la loi (par ex. l'assujettissement de la délégation de certaines tâches publiques et de l'octroi de certaines concessions), de l'éventail d'instruments disponibles, des marchés complémentaires, des négociations et des voies de droit. Afin de respecter le principe de la garantie de l'accès au juge, l'accès à la justice a été raisonnablement étendu, en veillant à ce que cela ne ralentisse pas indûment les procédures d'adjudication. Les valeurs seuils déterminantes sont maintenues.

S'appuyant sur les réglementations cantonales, le projet de loi fait une distinction entre «marchés soumis aux accords internationaux», c'est-à-dire les marchés soumis aux accords dont découlent les engagements internationaux de la Suisse en matière de marchés publics, et «marchés non soumis aux accords internationaux», c'est-à-dire les marchés qui sont régis exclusivement par le droit interne.

Portée économique de la révision

Le montant total des paiements effectués en relation avec les marchés publics conclus en Suisse est estimé à quelque 41 milliards de francs par année (qui se répartissent à raison de 20 % pour la Confédération et de 80 % pour les cantons et communes). En 2015, l'administration fédérale centrale a acquis à elle seule des travaux de construction, des marchandises et des services pour 5,65 milliards de francs.

Selon les estimations de l'OMC, la révision de l'AMP a ouvert de nouvelles possibilités de marchés à hauteur de 80 à 100 milliards de dollars par an. Il est dans l'intérêt de l'économie nationale que la Suisse mette en œuvre l'AMP 2012 le plus rapidement possible afin de pouvoir accéder à ces marchés supplémentaires. En Suisse également, l'application des règles de l'AMP renforcera la concurrence entre les soumissionnaires. Les adjudicateurs publics recevront un plus grand nombre d'offres. Cela permettra de réduire les coûts de l'administration auxiliaire.

Les améliorations en termes de simplicité d'utilisation, de clarté et de sécurité juridique constituent également un gage d'économies pour les soumissionnaires. Ces derniers devraient par ailleurs profiter considérablement de l'harmonisation des législations nationales en matière de marchés publics.

Table des matières

Condensé	1697
1 Présentation du projet	1702
1.1 Contexte	1702
1.1.1 Révision de l'accord de l'OMC sur les marchés publics	1702
1.1.2 Nécessité d'adapter le droit national	1704
1.1.3 Bases du droit suisse des marchés publics	1705
1.1.4 Échec des projets de révision	1706
1.1.5 Différences entre le droit fédéral et le droit cantonal	1708
1.1.6 Motifs de la révision	1709
1.2 Dispositif proposé	1710
1.2.1 Travaux préliminaires	1710
1.2.2 Objectifs du projet de révision de la loi sur les marchés publics	1711
1.2.3 Principales nouveautés	1715
1.2.4 Digression: prestations intellectuelles	1716
1.2.5 Digression: exigences linguistiques	1717
1.3 Résultats de la procédure de consultation	1718
1.4 Appréciation de la solution retenue	1722
1.5 Adéquation des moyens requis	1724
1.6 Comparaison avec le droit étranger, notamment européen	1725
1.7 Mise en œuvre	1726
1.8 Classement d'interventions parlementaires	1726
1.9 Recommandations de la Délégation des finances et de la Délégation de surveillance de la NLFA	1727
2 Commentaire des dispositions	1728
3 Conséquences	1840
3.1 Conséquences pour la Confédération	1840
3.1.1 Conséquences financières	1840
3.1.2 Conséquences sur l'état du personnel	1845
3.2 Conséquences pour les cantons et les communes	1845
3.3 Conséquences économiques	1846
3.4 Conséquences sociales et environnementales	1847
4 Relation avec le programme de la législature et avec les stratégies nationales du Conseil fédéral	1847
4.1 Relation avec le programme de la législature	1847
4.2 Relation avec les stratégies nationales du Conseil fédéral	1847

5 Aspects juridiques	1848
5.1 Constitutionnalité	1848
5.2 Compatibilité avec les obligations internationales	1848
5.3 Forme de l'acte à adopter	1848
5.4 Assujettissement au frein aux dépenses	1848
5.5 Respect des principes de subsidiarité et d'équivalence fiscale	1849
5.6 Délégation de compétences législatives	1849
5.7 Conformité à la législation sur la protection des données et relation avec la loi sur la transparence	1849
 Loi fédérale sur les marchés publics (LMP) (<i>Projet</i>)	 1851

Message

1 Présentation du projet

1.1 Contexte

1.1.1 Révision de l'accord de l'OMC sur les marchés publics

L'Accord du 15 avril 1994 sur les marchés publics¹ (AMP 1994) de l'Organisation mondiale du commerce (OMC) est entré en vigueur, notamment en Suisse, le 1^{er} janvier 1996. À ce jour, 47 membres de l'organisation ont adhéré à cet accord, parmi lesquels les 28 États actuellement membres de l'Union européenne (UE). Selon la terminologie de l'OMC, il s'agit d'un accord plurilatéral dans le sens qu'il engage non pas tous les États membres de l'organisation, mais uniquement ceux qui l'ont signé. La Suisse figure parmi les premiers États signataires.

L'AMP constitue le fondement juridique des dispositions relatives aux marchés publics figurant dans les accords de libre-échange de deuxième génération (Chili, Mexique, Colombie, Pérou, États du Golfe, Ukraine, Panama, Costa Rica, etc.), de l'accord entre la Suisse et l'UE sur les marchés publics (ci-après «accord entre la Suisse et l'UE»)² ainsi que de la convention de l'AELE³. Considéré comme un facteur essentiel de la libéralisation du commerce international, il règle l'accès aux marchés publics et fixe les principes de leur libéralisation, à savoir:

- la promotion de la concurrence;
- la transparence;
- la non-discrimination;
- l'utilisation économique des fonds publics.

L'AMP contient en outre des dispositions régissant les procédures d'acquisition (procédures d'adjudication, aptitude des soumissionnaires, appel d'offres, délais de présentation des offres, négociations, adjudication, règlement des différends, etc.) et les valeurs seuils.

Le fait que l'AMP a été négocié au sein de l'OMC n'est pas le fruit du hasard. Il constitue, avec les accords multilatéraux du Cycle d'Uruguay de négociations commerciales (GATT, AGCS et ADPIC), l'un des piliers du système de commerce mondial libéral. Ainsi qu'il ressort des préambules de l'AMP 1994 et de l'AMP révisé (AMP 2012), il entend créer les conditions d'une expansion et d'une libéralisation accrue du commerce international. Il pose également le principe selon lequel l'adoption et l'application des règles nationales de passation des marchés publics ne

¹ RS **0.632.231.422**

² 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**.

³ Convention du 4 janvier 1960 instituant l'Association européenne de libre-échange (AELE), RS **0.632.31**.

peuvent avoir pour but ou pour effet de protéger les soumissionnaires indigènes ou de discriminer les soumissionnaires étrangers.

Tant l'AMP que les législations nationales en matière de marchés publics concentrent bon nombre d'attentes publiques et privées. Il s'agit de protéger les besoins particuliers des pays en développement. Les exigences en matière de protection de l'environnement, de respect des normes sociales minimales ou de promotion des petites et moyennes entreprises (PME) ont également trouvé leur place dans le droit des marchés publics. Cela ne doit cependant pas occulter l'origine de l'AMP et sa fonction de réglementation. L'AMP doit ouvrir les marchés et garantir qu'ils sont accessibles sans discrimination. Les questions du développement durable ou de la promotion des PME ont certes été discutées lors des travaux de révision, mais elles seront finalement traitées dans le cadre des programmes de travail spéciaux décrits dans la décision de la Conférence des ministres du 15 décembre 2011⁴.

En 1997, se fondant sur l'art. XXIV, par. 7, let. a, b et c, AMP 1994, les États membres ont ouvert des négociations portant sur la révision de l'accord, qui ont duré jusqu'en décembre 2011 et se sont achevées formellement le 30 mars 2012. En même temps que le présent message, le Conseil fédéral soumet à l'Assemblée fédérale un message relatif à la révision de l'AMP⁵. Cette dernière visait en priorité l'amélioration des conditions-cadres de concurrence. Pour atteindre cet objectif, on a misé principalement sur une transparence accrue et sur une lutte systématique contre la corruption, qui fausse la concurrence. On s'est également concentré sur une simplification et une clarification du texte, sur l'adaptation à l'évolution technique, en particulier dans le domaine des instruments électroniques, et sur l'élargissement du champ d'application à la fois subjectif et objectif de l'accord. L'AMP 2012 couvre par exemple de manière explicite les enchères électroniques, reconnaît l'atteinte d'objectifs environnementaux comme critère d'évaluation et améliore les voies de droit ouvertes aux soumissionnaires. De plus, il clarifie les règles d'adhésion de nouveaux membres, ce qui devrait faciliter l'accèsion de pays comme la Chine, la Russie et éventuellement l'Inde.

Selon les estimations de l'OMC, la révision de l'AMP ouvre de nouvelles possibilités de marchés à hauteur de 80 à 100 milliards de dollars par an. Pour ce qui est des soumissionnaires suisses, elle leur permet d'accéder à de nouveaux marchés notamment dans les provinces canadiennes et dans certaines régions urbaines du Japon ainsi qu'aux marchés des transports publics urbains en Israël et en Corée. La Suisse soumettra à l'accord, en particulier, les marchés publics des tribunaux fédéraux. De plus, donnant suite aux requêtes d'autres États membres en matière d'accès au marché, elle a accepté, moyennant réciprocité, d'étendre l'obligation de lancer des appels d'offres à certains services, par exemple dans les domaines des télécommunications par satellite, du conseil fiscal ou du conditionnement. Par ailleurs, elle a levé

⁴ Décision ministérielle du 15 décembre 2011 sur les résultats des négociations au titre de l'article XXIV:7 de l'Accord sur les marchés publics (GPA/112). Le texte de cette décision peut être téléchargé à l'adresse suivante: <https://docsonline.wto.org/dol2fe/Pages/SS/DirectDoc.aspx?filename=u%3A%2Fpluri%2Fgpa%2F112.doc&> (état le 7 nov. 2016).

⁵ Voir le message du Conseil fédéral du 15 février 2017 relatif à l'approbation du protocole portant amendement de l'accord sur les marchés publics de l'OMC, FF 2017 1899 (message relatif à la révision de l'AMP).

les réserves limitant l'accès à son marché pour les États membres de l'AMP qui lui ont garanti une égalité de traitement. C'est ainsi que les soumissionnaires canadiens, par exemple, ont été autorisés à répondre aux appels d'offres des cantons après que le Canada s'est déclaré disposé à garantir à la Suisse l'accès aux marchés publics de ses provinces. La Suisse et le Canada se sont en outre mutuellement donné accès à leurs marchés portant sur des machines destinées à certaines industries spécialisées (par ex. production et distribution de gaz) ainsi que sur le matériel informatique et les logiciels.

1.1.2 Nécessité d'adapter le droit national

Chaque État membre a l'obligation de mettre sa législation en conformité avec l'AMP 2012 (art. XXII, par. 4, AMP 2012). Après que deux tiers des États parties à l'AMP 2012 ont déposé leur instrument de ratification auprès de l'OMC, à Genève, les modifications de l'accord sont entrées en vigueur, pour les parties les ayant ratifiées, le 6 avril 2014. Depuis lors, le protocole portant amendement de l'accord entre en vigueur, pour chaque partie à l'AMP 1994 qui dépose son instrument de ratification, le trentième jour suivant la date du dépôt. Il est dans l'intérêt de l'économie nationale que la Suisse mette en œuvre l'AMP 2012 le plus rapidement possible afin de s'ouvrir un vaste marché potentiel. En effet, tant qu'elle n'aura pas ratifié l'AMP 2012, elle restera soumise à l'AMP 1994 et les soumissionnaires suisses n'auront pas le droit d'accéder aux nouveaux marchés.

En principe, les traités internationaux et les obligations qui en découlent sont valables en Suisse sans devoir être transposés dans la législation nationale. Pour les droits des particuliers, ce principe ne vaut toutefois qu'à la condition que les dispositions des traités internationaux qui fondent ces droits soient directement applicables (normes *self-executing*). Selon le Tribunal fédéral, une norme de droit international est réputée directement applicable si elle concerne les droits et les obligations de particuliers et si elle est justiciable, c'est-à-dire suffisamment précise et claire pour fonder une décision dans un cas d'espèce. Si elle s'adresse en outre à des autorités chargées d'appliquer le droit, alors celles-ci peuvent l'appliquer directement. C'est ainsi que maints arrêts tant du Tribunal fédéral que du Tribunal administratif fédéral sont directement fondés sur les dispositions de l'AMP 1994⁶. Si une norme de droit international s'adresse en revanche en priorité à la partie contractante (norme *non-self-executing*), elle doit être transposée dans la législation nationale.

Comme l'AMP 1994, l'AMP 2012 comprend aussi bien des dispositions directement applicables que des principes devant être concrétisés. Il inclut en particulier toute une série d'obligations qui doivent impérativement être transposées telles quelles dans le droit national. On les reconnaît notamment au fait qu'elles sont souvent formulées en employant le temps du futur. D'autres règles de l'AMP 2012 offrent aux États membres la possibilité d'adapter leur législation nationale en fonction de leurs propres besoins. Il s'agit de dispositions ayant un caractère d'exemple (contenant l'auxiliaire de mode «pouvoir» ou des expressions comme

⁶ Par ex. l'arrêt 2P.151/1999 du 30 mai 2000.

«tel que», «par exemple», «comme»). Enfin, quelques dispositions de l'AMP 2012, comme celles qui portent sur l'adhésion de nouveaux États membres et le règlement des différends entre États membres, ne concernent pas directement les législations nationales.

Le message relatif à la révision de l'AMP contient une liste des dispositions contraignantes de l'accord. Il renseigne par ailleurs en détail sur les modifications qui sont apportées aux législations fédérale et cantonales par suite de la révision de l'AMP et en particulier des sept annexes de l'appendice I⁷.

1.1.3 Bases du droit suisse des marchés publics

Au niveau de la Confédération, l'AMP 1994 a été mis en œuvre au travers de la loi fédérale du 16 décembre 1994 sur les marchés publics (LMP)⁸ et de l'ordonnance du 11 décembre 1995 sur les marchés publics (OMP)⁹. Si l'OMP est l'acte d'exécution de la LMP, elle contient également des dispositions qui tiennent lieu de loi, telles celles qui s'appliquent aux marchés qui ne sont pas soumis à la LMP (chap. 3) ou celles qui régissent les concours de projets et les concours portant sur les études et la réalisation (chap. 4).

La LMP, l'OMP, l'ordonnance du DETEC du 18 juillet 2002 sur l'exemption du droit des marchés publics¹⁰ et l'ordonnance du 24 octobre 2012 sur l'organisation des marchés publics de l'administration fédérale (Org-OMP)¹¹ contiennent les dispositions applicables aux services adjudicateurs de la Confédération. Les valeurs seuils applicables en vertu des accords internationaux sont converties en francs suisses et, tous les deux ans, elles sont vérifiées par le Département fédéral de l'économie, de la formation et de la recherche (DEFR), en accord avec le Département fédéral des finances (DFF) et après consultation des cantons.

Les cantons ont mis en œuvre l'AMP de façon autonome par l'Accord intercantonal du 25 novembre 1994 / 15 mars 2001 sur les marchés publics (AIMP)¹² et par les législations d'exécution cantonales reprenant entièrement ou en partie les directives d'exécution de l'AIMP (DEMP)¹³. Par ailleurs, la loi fédérale du 6 octobre 1995 sur le marché intérieur (LMI)¹⁴ énonce à l'art. 5 des dispositions générales applicables aux marchés publics des cantons, des communes et des autres organes assumant des tâches cantonales ou communales.

⁷ Voir le message relatif à la révision de l'AMP, tableaux I et II.

⁸ RS 172.056.1

⁹ RS 172.056.11

¹⁰ RS 172.056.111

¹¹ RS 172.056.15

¹² Le texte de cet accord peut être consulté à l'adresse suivante: www.dtap.ch > Concordats > AIMP.

¹³ Le texte de ces directives peut être consulté à l'adresse suivante: www.dtap.ch > Concordats > AIMP > PDF Directives d'exécution (DEMP).

¹⁴ RS 943.02

La LMP et l'OMP sont entrées en vigueur le 1^{er} janvier 1996, en même temps que l'AMP 1994, et ont été depuis lors modifiées à plusieurs reprises. L'accord entre la Suisse et l'UE, entré en vigueur le 1^{er} juin 2002, a conduit à des révisions partielles non seulement du droit fédéral, notamment de l'OMP, mais également de l'AIMP. Il a, d'une part, étendu le champ d'application de l'AMP aux districts et aux communes suisses et, d'autre part, soumis à l'AMP les marchés publics relevant des secteurs des transports ferroviaires, des télécommunications et de l'approvisionnement en gaz et en eau, ainsi que les marchés d'entreprises privées opérant dans les secteurs de l'approvisionnement en eau et en électricité et des transports. Le fait que les obligations internationales découlant de l'AMP aient été mises en œuvre au niveau de la loi (LMP) et celles découlant de l'accord entre la Suisse et l'UE au niveau de l'ordonnance (OMP) ne favorisait pas la clarté de la législation.

En ratifiant la convention de l'AELE et sa version consolidée du 21 juin 2001, la Suisse a étendu aux autres États membres de l'AELE l'ouverture réciproque des marchés publics visée dans l'accord entre la Suisse et l'UE. Elle a en outre conclu à ce jour un nombre considérable d'accords bilatéraux de libre-échange, par exemple avec le Chili et le Pérou. Étant donné que certains accords de libre-échange conclus avec des États tiers et contenant des dispositions relatives aux marchés publics ont été négociés sur la base des règles de l'AMP 2012 (Colombie, Pérou, États du Golfe, Ukraine, Panama, Costa Rica, etc.), le droit révisé des marchés publics met également en œuvre les obligations découlant de ces accords.

Le droit des marchés publics est complété notamment par la LMI et par la loi du 6 octobre 1995 sur les cartels (LCart)¹⁵. À l'interdiction de discriminer les soumissionnaires issus d'États signataires de l'AMP ou membres de l'UE/AELE par rapport aux soumissionnaires suisses, la LMI, qui, en ce qui concerne les marchés publics, ne s'applique qu'aux cantons, aux communes et aux autres organes assumant des tâches cantonales ou communales, ajoute l'interdiction de discriminer les soumissionnaires suisses externes par rapport aux soumissionnaires suisses locaux. La LCart est importante tant pour la Confédération que pour les cantons et les communes pour ce qui concerne les cartels de soumissions et autres ententes ou pratiques concertées entre soumissionnaires.

1.1.4 Échec des projets de révision

Le droit suisse des marchés publics obéit à une approche fédéraliste: la Confédération et les cantons ont mis en œuvre les prescriptions internationales de façon autonome, ce qui explique la diversité des législations sur les marchés publics adoptées jusqu'à la fin du XX^e siècle. Les problèmes qui en ont résulté pour les adjudicateurs et pour les soumissionnaires ont rapidement donné lieu à nombreuses interventions parlementaires, parmi lesquelles il y a lieu de citer la motion Jenny¹⁶, aujourd'hui classée. Dans son avis du 21 novembre 2001 relatif à cette motion, le Conseil fédéral a reconnu pour la première fois la nécessité de réviser le droit des marchés publics.

¹⁵ RS 251

¹⁶ Motion 01.3515 «Abus et arbitraire dans l'adjudication de commandes publiques dans la construction».

De même, dans son rapport du 11 mars 2002 sur le système suisse des marchés publics¹⁷, l'Organe parlementaire de contrôle de l'administration est parvenu à la conclusion que les normes en la matière n'étaient plus en phase avec le contexte économique et social et créaient une insécurité juridique ayant des conséquences négatives non seulement pour l'économie nationale, mais également pour la politique économique extérieure. Prenant acte de cette réalité, on a alors défini les objectifs d'une révision de la LMP.

En mai 2008, le Conseil fédéral a enfin mis en consultation un avant-projet de révision totale de la LMP (AP-LMP 2008), dans lequel il proposait d'uniformiser en partie le droit suisse des marchés publics au niveau de la loi fédérale. Approuvée par la majorité des associations économiques, cette proposition a en revanche été rejetée par tous les cantons, qui y ont vu une ingérence de la Confédération dans leurs compétences constitutionnelles. Le 17 juin 2009, après analyse des résultats de la procédure de consultation¹⁸ et compte tenu également du retard pris par la révision de l'AMP, le Conseil fédéral a décidé de procéder par étapes:

- les travaux de révision totale de la LMP ont été suspendus en attendant la fin de la révision de l'AMP;
- les éléments de l'AP-LMP 2008 qu'il était urgent d'inscrire dans la législation pour des raisons de politique conjoncturelle et qui pouvaient être adoptés par voie d'ordonnance ont été introduits par une révision anticipée de l'OMP: entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2010, l'OMP révisée¹⁹ a créé, en matière de marchés publics, des conditions-cadres juridiques soutenant efficacement les programmes conjoncturels en cours; les procédures d'adjudication ont été modernisées et assouplies, notamment grâce à l'adoption de dispositions concernant les nouvelles technologies de l'information, l'appel d'offres dit «fonctionnel» et le dialogue et à la désignation d'une plateforme électronique comme organe de publication; ces modifications ont permis d'économiser du temps et de l'argent et de clarifier les conditions-cadres juridiques applicables aux soumissionnaires et aux pouvoirs publics; certaines dispositions introduites dans l'OMP révisée (relatives par ex. aux possibilités de réduire les délais, à la préimplication ou au principe selon lequel, lorsque la prestation est fournie à l'étranger, il faut respecter au moins les conventions fondamentales de l'Organisation internationale du travail [OIT]) n'ont eu qu'indirectement une incidence positive sur la conjoncture mais ont contribué à clarifier certains points et ont été largement approuvées lors de la consultation sur l'AP-LMP 2008;
- avec le message du 19 mai 2010 concernant la modification de la loi fédérale sur les marchés publics (effet suspensif des recours)²⁰, le Parlement s'est vu

¹⁷ Organe parlementaire de contrôle de l'administration, «L'ouverture des marchés publics en Suisse sous l'angle juridique et économique», Berne, 2002.

¹⁸ Voir le rapport du DFF sur les résultats de la procédure de consultation relative à l'avant-projet concernant la révision totale de la loi fédérale sur les marchés publics. Ce rapport peut être consulté à l'adresse suivante: www.admin.ch/gov/fr/accueil.html > Droit fédéral > Procédures de consultation > Procédures de consultation terminées > 2008 > DFF.

¹⁹ RO 2009 6149

²⁰ FF 2010 3701

soumettre un projet de révision partielle de la LMP limité à des mesures d'accélération de la procédure d'adjudication des marchés; la réglementation proposée visait à encourager l'utilisation économique des fonds publics, tout en continuant à garantir des voies de droit suffisantes; ce projet n'a trouvé grâce ni devant le Conseil national ni devant le Conseil des États.

1.1.5 Différences entre le droit fédéral et le droit cantonal

Les législations fédérale et cantonales en matière de marchés publics présentent des différences, en particulier dans les domaines suivants²¹: champ d'application subjectif et objectif, valeurs seuils, exigences relatives aux appels d'offres, critères de sélection (distinction entre critères d'aptitude et critères d'adjudication et leur pondération), ouverture des offres, négociation du prix (admise au niveau fédéral, mais non au niveau cantonal), exclusion de la procédure en cours et des procédures à venir, prise en compte de critères dits étrangers au marché, par exemple des critères motivés par des considérations sociopolitiques, justification des adjudications et voies de droit.

Actuellement, la valeur seuil à partir de laquelle les marchés portant sur des fournitures ou des services sont soumis aux accords internationaux et doivent donc faire l'objet d'un appel d'offres est de 230 000 francs pour la Confédération et de 350 000 francs pour les cantons. Dans ces derniers, en raison de la disposition de la LMI selon laquelle les projets de marchés publics de grande importance portant sur des fournitures, des services ou des travaux doivent être publiés, les marchés de fournitures et de services font cependant déjà l'objet d'un appel d'offres à partir d'une valeur de 250 000 francs. En ce qui concerne les marchés de construction, la valeur seuil déterminante pour un appel d'offres est fixée à la Confédération à 2 millions de francs (valeur seuil déterminante pour l'application des accords internationaux: 8,7 millions de francs). Dans les cantons, qui, contrairement à la Confédération, font une distinction entre le second œuvre et le gros œuvre, elle est fixée à 250 000 francs pour le premier et à 500 000 francs pour le second (valeur seuil déterminante pour l'application des accords internationaux: 8,7 millions de francs). Les cantons pratiquent en majorité l'ouverture publique des offres. L'instrument du dialogue n'est actuellement prévu que par le droit fédéral, plus précisément par l'OMP. Par ailleurs, alors que selon le droit cantonal les adjudications de marchés d'une valeur inférieure à la valeur seuil peuvent faire l'objet d'un recours (voir l'art. 15 AIMP en relation avec l'art. 9, al. 2, LMI), le droit fédéral ne prévoit pas de voies de droit pour les «autres marchés».

Ces différences accroissent la complexité du droit des marchés publics et sont une source d'incertitudes pour les participants aux procédures. Les PME ne sont pas les seules à faire remarquer depuis des années, lors des séances d'information pour soumissionnaires organisées par l'Office fédéral des constructions et de la logistique (OFCL), que la situation juridique actuelle au niveau de la Confédération et des cantons est non seulement extrêmement complexe, mais encore administrativement

²¹ Voir Jean-Baptiste Zufferey / Jacques Dubey, «Étude comparative en droit des marchés publics de la Confédération et des cantons», Fribourg, 2003.

très lourde et très coûteuse. Une autre conséquence de la diversité des réglementations fédérale et cantonales est l'absence d'une jurisprudence uniforme des tribunaux compétents. Depuis l'entrée en vigueur de la loi du 17 juin 2005 sur le Tribunal fédéral (LTF)²², le Tribunal fédéral constitue cependant en principe la dernière autorité judiciaire commune.

1.1.6 Motifs de la révision

La présente proposition de révision de la LMP s'explique par des raisons d'ordre aussi bien national qu'international.

Le 21 mars 2012, le Conseil fédéral a signé l'AMP 2012, sous réserve de son approbation par le Parlement. La Suisse ne pourra déposer son instrument de ratification auprès de l'OMC qu'après cette approbation et après l'adaptation des législations fédérale et cantonales en matière de marchés publics (voir ch. 1.1.1). Cette deuxième condition pourra être considérée comme remplie lorsque les Chambres fédérales auront adopté la LMP révisée et l'Autorité intercantonale pour les marchés publics (AiMp), le message type concernant l'AIMP révisé. Compte tenu de l'objectif d'harmonisation, l'AiMp n'adoptera le message type concernant l'AIMP révisé que lorsque la procédure législative fédérale sera achevée.

La Confédération a déjà procédé à plusieurs révisions partielles de la LMP et de l'OMP. Ce faisant, elle n'a pas toujours introduit les nouvelles dispositions au niveau approprié. Au final, les législations fédérale et cantonales sont peu claires, fragmentées et parfois peu lisibles. Ces dernières années, l'opinion selon laquelle il est dans l'intérêt de l'économie suisse d'harmoniser ces législations, lorsque cela est possible et pertinent, s'est renforcée. Plusieurs parlementaires fédéraux ont demandé une révision du droit des marchés publics (voir ch. 1.8). Un exemple récent en est donné par la motion Bourgeois²³, qui charge le Conseil fédéral de faire en sorte, en collaboration avec les cantons, que les lois fédérale et cantonales sur les marchés publics soient harmonisées dans la mesure du possible lors de la prochaine révision. L'harmonisation des législations fédérale et cantonales doit permettre aux soumissionnaires, en particulier aux PME, de voir clair dans le droit des marchés publics.

Le 2 juillet 2014, le Conseil fédéral a chargé le DFF de lancer, conjointement avec le DEFR et sur la base des textes élaborés avec les cantons (voir ch. 1.2.1), la procédure législative concernant la révision de la LMP.

²² RS 173.110

²³ Motion 12.3577 «Programmes destinés à accroître l'efficacité énergétique. Prise en considération des emplois dans notre pays». Cette motion n'a pas encore été traitée par le Conseil des États et par le Conseil national.

1.2 Dispositif proposé

1.2.1 Travaux préliminaires

La révision de la LMP et de l'OMP est placée sous la direction de la Conférence des achats de la Confédération (CA), tandis que la responsabilité de la révision de l'AIMP et des DEMP est assumée par l'AiMp.

En juin 2012, la CA et la Conférence suisse des directeurs cantonaux des travaux publics, de l'aménagement du territoire et de l'environnement (DTAP) ont chargé un groupe de travail appelé AURORA, constitué à parité de représentants de la Confédération et des cantons, de leur soumettre des propositions en vue de la révision des actes portant sur les marchés publics. Le but était non seulement de parvenir à une mise en œuvre cohérente, sur les plans matériel et formel, de l'AMP révisé dans les législations fédérale et cantonales en matière de marchés publics, mais également d'harmoniser autant que possible ces dernières, dans le respect de la répartition des compétences entre Confédération et cantons. D'octobre 2012 à septembre 2013, le groupe de travail a élaboré, sous la direction d'un expert en droit externe et sur la base de l'AMP 2012, des projets de révision de la législation fédérale ainsi que de l'AIMP. Divers groupes d'intérêts et spécialistes ont pu faire valoir leurs préoccupations lors d'auditions. Ces préoccupations ont été prises en compte dans la mesure du possible. Le 20 décembre 2013, le groupe de travail a adopté un premier projet de texte de loi et un rapport, qu'une commission de rédaction commune a ensuite ponctuellement complétés.

Les procédures législatives de la Confédération et des cantons sont indépendantes l'une de l'autre. L'AiMp a mené la consultation sur le projet d'AIMP révisé (P-AIMP) lors du quatrième trimestre de 2014. L'avant-projet de LMP (AP-LMP), en grande partie identique au P-AIMP, a été mis en consultation lors du deuxième trimestre de 2015, après une consultation des offices. Les résultats de la procédure fédérale ou cantonale de consultation sont résumés au ch. 1.3. À l'issue de ces procédures, les deux projets ont été retravaillés par la commission de rédaction paritaire du groupe de travail AURORA. Celle-ci a de nouveau veillé à l'harmonisation du projet de LMP révisé (P-LMP) et du P-AIMP. Les seules divergences concernent des points qui sont déjà réglés différemment pour la Confédération et pour les cantons dans l'AMP 2012 (telles que les questions du champ d'application subjectif, des valeurs seuils ou encore de la publication de l'adjudication des marchés passés de gré à gré), les dispositions qui ne sont pertinentes que pour la Confédération (par ex. le régime d'exception concernant l'aide au développement), les voies de droit, ainsi que le droit de recours de la Commission de la concurrence (COMCO), inscrit dans la LMI.

Afin de clarifier dans le détail les conséquences de la révision, une analyse d'impact de la réglementation (AIR) a été menée au niveau de la Confédération²⁴. Le but de cette analyse était d'examiner les répercussions économiques de certaines des nouvelles dispositions et mesures ainsi que l'ensemble des avant-projets et de mettre en évidence les conséquences possibles de ces derniers pour les différents acteurs.

²⁴ BSS Volkswirtschaftliche Beratung AG, «Regulierungsfolgenabschätzung: Revision des Bundesgesetzes über das öffentliche Beschaffungswesen», Bâle, 18 janv. 2016.

L’AIR confirme la nécessité d’une action de l’État. Elle conclut que les raisons pour lesquelles une révision s’impose résident dans le projet de ratifier l’AMP 2012 et dans la nécessité d’harmoniser les législations fédérale et cantonales en matière de marchés publics, de renforcer la transparence et d’accroître la sécurité juridique. Les experts interrogés dans le cadre de l’AIR approuvent tous les grandes lignes du projet de révision.

L’AIR montre que ce dernier est généralement jugé pragmatique et qu’il permet de répondre aux besoins de clarification du droit des marchés publics, d’harmonisation des législations fédérale et cantonales en la matière et de renforcement de la sécurité juridique.

1.2.2 Objectifs du projet de révision de la loi sur les marchés publics

Mise en œuvre de l’AMP 2012

La révision proposée vise à transposer l’AMP 2012 dans le droit national, tant au niveau fédéral qu’au niveau cantonal. Les objectifs du droit actuel des marchés publics (utilisation économique des fonds publics, égalité de traitement et non-discrimination des soumissionnaires, promotion de la concurrence et transparence des procédures) sont maintenus. Une attention particulière est portée aux mesures contre la collusion et la corruption ainsi qu’à la durabilité des achats.

Harmonisation du droit national des marchés publics

Selon les directives du Parlement, la révision doit viser à unifier, lorsque cela est possible et judicieux, les règles applicables aux marchés publics en Suisse. La transposition de l’AMP 2012 dans le droit national est l’occasion d’harmoniser les législations fédérale et cantonales en matière de marchés publics.

Plusieurs règles ayant fait leurs preuves soit au niveau de la Confédération, soit au niveau des cantons, soit aux deux niveaux ont été reprises dans le P-LMP. Par ailleurs, certaines nouveautés aux conséquences modérées sont proposées en relation avec les voies de droit (art. 51 ss P-LMP): une large unification des dispositions réglant la justification et la notification des décisions et l’unification des dispositions relatives aux motifs, aux objets et au délai (20 jours) de recours permettent d’harmoniser et de canaliser les voies de droit disponibles dans le domaine des marchés publics. Il s’agit en outre d’étendre de façon raisonnable les voies de droit dans le domaine des marchés publics de la Confédération. Le principe qui veut que, sous certaines conditions, l’effet suspensif puisse être octroyé aux recours contre les décisions relatives à des marchés soumis aux accords internationaux et qu’aucune mesure d’exécution ne soit prise pendant la durée de cet effet est maintenu. Pour ce qui est des marchés non soumis aux accords internationaux, il est cependant justifié, notamment au regard de la longueur des procédures, de ne prévoir qu’une protection juridique secondaire. Cela signifie que les soumissionnaires qui font recours contre une décision relevant du droit des marchés publics relative à un tel marché ne peuvent demander que la constatation du caractère illicite de cette décision. Le fait que l’autorité de recours jouisse d’un plein pouvoir d’examen rend une action en justice

concevable et efficace. Contrairement à ce qui est le cas en matière d'administration restrictive, la garantie de l'accès au juge ne présuppose pas, dans le domaine des marchés publics, que les recours soient dotés de l'effet suspensif. En ce qui concerne les marchandises (fournitures) et les services, le P-LMP prévoit qu'un recours pourra être déposé pour les marchés dont la valeur atteint au moins la valeur seuil déterminante pour la procédure sur invitation, à savoir 150 000 francs. En ce qui concerne les travaux de construction, il prévoit une protection juridique secondaire pour les marchés dont la valeur atteint au moins 2 millions de francs²⁵. L'extension des voies de droit n'aura aucune incidence sur les valeurs seuils et procédures applicables aux appels d'offres publics. Ces valeurs seuils seront maintenues. Toutefois, pour répondre à une préoccupation souvent exprimée lors de la consultation, les valeurs seuils déterminantes pour le choix de la procédure dans le cas des marchés non soumis aux accords internationaux seront largement harmonisées au niveau de la Confédération et au niveau des cantons. Pour les adjudicateurs n'opérant pas sur les marchés sectoriels, il est prévu que ces valeurs seront les suivantes:

	Fournitures	Services	Travaux de construction
Procédure de gré à gré	en dessous de 150 000 CHF	en dessous de 150 000 CHF	Confédération: en dessous de 300 000 CHF
			Second œuvre Gros œuvre
			Cantons: en dessous de 150 000 CHF Cantons: en dessous de 300 000 CHF
Procédure sur invitation	dès 150 000 CHF	dès 150 000 CHF	Confédération: en dessous de 2 000 000 CHF
			Second œuvre Gros œuvre
			Cantons: dès 150 000 CHF Cantons: dès 300 000 CHF
Procédure ouverte ou sélective	Confédération: dès 230 000 CHF Cantons: dès 250 000 CHF	Confédération: dès 230 000 CHF Cantons: dès 250 000 CHF	Confédération: dès 2 000 000 CHF
			Second œuvre Gros œuvre
			Cantons: dès 250 000 CHF Cantons: dès 500 000 CHF

L'harmonisation porte également sur la terminologie utilisée dans la LMP et dans l'AIMP. Cela vaut pour les trois langues officielles et conduit notamment à une adaptation du titre italien de la loi fédérale à la terminologie intercantonale. Ainsi, il est prévu de remplacer le titre *legge federale sugli acquisti pubblici* par le titre *legge federale sugli appalti pubblici*.

²⁵ Voir le postulat Engler 14.3208 «Combattre la corruption dans l'attribution des marchés publics».

L'objectif d'harmonisation des législations fédérale et cantonales en matière de marchés publics ne peut être atteint que si les principes et les lignes directrices du projet sont maintenus.

Clarification et restructuration

Les expériences faites et les changements observés depuis l'entrée en vigueur de la LMP, en 1996, ont donné de précieuses indications en vue de l'optimisation des bases légales et ont été dûment pris en compte dans le projet de révision. L'application du droit des marchés publics a notamment montré que certains éléments et certaines notions devaient être clarifiés.

Comme l'AMP 2012, la LMP a été complétée par des définitions et sa terminologie a été adaptée. Le projet contient une courte liste de définitions (art. 3 P-LMP) inspirées de celles figurant à l'art. I AMP 2012. La redéfinition du champ d'application subjectif (art. 4 ss P-LMP) et la définition de la notion de marché public (art. 8 et 9 P-LMP), en particulier, permettent de clarifier des questions quant au champ d'application du droit des marchés publics (par ex. en rapport avec certaines concessions et avec la délégation de tâches publiques) qui ont reçu jusque-là des réponses diverses.

La structure de l'AMP 2012 diffère de celle de l'AMP 1994. La structure de l'AP-LMP est fondée sur la structure de l'AMP 2012 et sur le déroulement d'une procédure d'adjudication. Le P-LMP compte 64 articles, répartis en 11 chapitres, et 6 annexes (hors l'annexe relative à l'abrogation et à la modification d'autres actes). Son volume accru par rapport à la LMP en vigueur (près de 30 articles supplémentaires) s'explique par le fait que les dispositions relatives à des questions essentielles actuellement réglées dans l'OMP, telles que les questions des «autres marchés» (chap. 3 OMP) et du droit de regard (art. 5 OMP), ont été intégrées dans la loi, soit au niveau approprié. La loi révisée s'accompagnera néanmoins toujours d'une ordonnance d'exécution, qui en précisera les éléments devant l'être.

Assouplissement et modernisation

La loi entend offrir aux adjudicateurs et aux soumissionnaires la plus grande marge de manœuvre possible – dans les limites du respect des principes du droit des marchés publics – et encourager le recours aux technologies de l'information modernes dans le domaine des marchés publics. Les modifications matérielles proposées consistent en particulier dans l'introduction d'instruments souples permettant d'élaborer des solutions innovantes. Le but est d'ouvrir au maximum le champ des possibles en ce qui concerne les développements en matière de marchés publics, par exemple dans le domaine de l'acquisition de prestations intellectuelles. Ainsi, des instruments tels que les marchés complémentaires, le dialogue entre adjudicateurs et soumissionnaires, la possibilité, utilisée depuis longtemps en pratique, de conclure des contrats-cadres (servant de base à la conclusion de contrats subséquents), les concours et les mandats d'étude parallèles ont été inscrits dans le P-LMP. Par ailleurs, il est prévu qu'en cas de concurrence efficace, tous les adjudicateurs opérant sur des marchés sectoriels – et non seulement, comme c'est le cas aujourd'hui, ceux qui sont soumis à cette loi en vertu de l'accord entre la Suisse et l'UE – auront la possibilité d'obtenir que leurs acquisitions sur les marchés sectoriels concernés

soient exemptées de la loi. L'introduction de dispositions relatives aux enchères électroniques et de la disposition selon laquelle, lorsque plusieurs adjudicateurs dont les uns sont soumis à la LMP et les autres à l'AIMP participent à un même marché, il est possible de choisir le droit applicable contribue également à l'assouplissement du droit des marchés publics. Il est aussi prévu que, afin de garantir une utilisation optimale des ressources, le droit applicable pourra être choisi dans le cas des marchés portant sur des infrastructures nationales. Les normes proposées favorisent une gestion moderne des acquisitions des pouvoirs publics, grâce notamment à l'allègement des processus internes et à un regroupement optimal des achats.

Réduction des charges administratives, gage de davantage d'efficacité pour les soumissionnaires

L'harmonisation des législations fédérale et cantonales en matière de marchés publics permettra aux soumissionnaires de standardiser davantage leurs processus de présentation des offres. Par ailleurs, ils peuvent s'attendre ce que la charge de travail liée à l'éclaircissement des points obscurs diminue, notamment grâce à une jurisprudence qui sera sans doute plus homogène et à la clarté accrue des bases légales. Certaines dispositions visent directement à réduire le travail administratif des soumissionnaires. Ainsi, il est prévu que les adjudicateurs pourront demander que les preuves liées aux conditions de participation (telle qu'une garantie bancaire) ne soient remises qu'à un stade ultérieur de la procédure (voir art. 26, al. 3, et 27, al. 3, P-LMP). Le renforcement du recours aux technologies modernes de l'information, notamment la plateforme Internet commune à la Confédération et aux cantons (simap.ch), devrait également réduire les charges administratives supportées par les soumissionnaires.

La révision des législations en matière de marchés publics vise à simplifier également le travail des adjudicateurs. Le droit des marchés publics doit en effet non pas compliquer, mais faciliter l'exécution de la tâche principale des adjudicateurs, à savoir la réalisation d'acquisitions. Il faut toujours garder cela à l'esprit lors de la mise en œuvre et de l'application des dispositions du droit des marchés publics: celles-ci doivent être appliquées de manière pragmatique, afin d'atteindre une simplification des procédures.

Les adjudicateurs sont tenus d'utiliser de manière durable les deniers publics qui leur sont alloués. Ils doivent donc opérer, dans l'intérêt de l'acquisition concernée, un choix optimal parmi les instruments prévus par le droit des marchés publics, user de leur large pouvoir d'appréciation en considérant notamment le rapport coûts-bénéfices et appliquer les prescriptions de manière pragmatique et efficace. Ils peuvent toujours accorder une grande importance à la qualité des prestations. Dans les procédures portant sur des marchés non soumis aux accords internationaux, ils peuvent, sans jamais perdre de vue les objectifs d'utilisation durable des deniers publics et d'égalité de traitement des soumissionnaires, fixer des critères qui vont dans le sens d'un soutien des entreprises de production ou de services actives en Suisse.

1.2.3 Principales nouveautés

Le P-LMP et le P-AIMP transposent dans le droit suisse en particulier les dispositions contraignantes de l'AMP 2012 et des accords en matière de marchés publics conclus avec des États tiers. La Confédération et les cantons profitent de la nécessité, consécutive à la révision de l'AMP, de modifier leurs législations en matière de marchés publics pour harmoniser ces dernières. Ils proposent donc des principes et des réglementations destinés à garantir le bon fonctionnement du marché intérieur et applicables dans toute la Suisse.

Outre les clarifications déjà évoquées, les principales nouveautés comprennent:

- la soumission au droit des marchés publics de l'octroi de certaines concessions et de la délégation de certaines tâches publiques;
- la passation des marchés par voie électronique;
- l'introduction d'instruments souples tels que le dialogue (régulé actuellement dans l'OMP), les contrats-cadres, les enchères électroniques et la réduction des délais;
- la prévention de la corruption dans le domaine des marchés publics;
- l'interdiction des négociations portant sur les prix (qui est déjà prévue à l'actuel art. 11, let. c, AIMP);
- l'adaptation des règles concernant la récusation aux particularités de la procédure d'adjudication;
- la réglementation systématique des situations justifiant une exclusion de la procédure ou d'autres sanctions;
- l'introduction d'une liste centralisée (non publique) des soumissionnaires et sous-traitants exclus des futurs marchés publics;
- la publication, en vue d'un renforcement de la transparence, de l'interruption de la procédure d'adjudication;
- l'extension modérée des voies de droit, qui répond à la garantie constitutionnelle de l'accès au juge;
- la possibilité pour l'autorité de recours de statuer sur des demandes en dommages-intérêts.

La révision proposée a en outre ceci de précieux qu'elle tient compte des pratiques éprouvées et des jurisprudences tant de la Confédération que des cantons. Toutes ces nouveautés devraient faciliter l'accès des soumissionnaires au marché, renforçant ainsi la concurrence de même que l'économicité des marchés publics. Pour le reste, la révision est guidée par le souci de sauvegarder les principes éprouvés et de réduire les charges administratives supportées par les soumissionnaires.

1.2.4 Digression: prestations intellectuelles

La pratique a montré que les marchés portant sur des prestations intellectuelles comportaient des spécificités rendant nécessaire l'introduction de nouveaux outils pour leur adjudication. Ces spécificités sont soulignées notamment par les milieux économiques et politiques²⁶. Il est probable que les acquisitions de prestations intellectuelles poursuivent leur progression et qu'elles gagnent donc en importance. Les compétences intellectuelles et le pouvoir d'innovation sont recherchés surtout pour les prestations susceptibles d'avoir d'importantes conséquences pendant une longue période (par ex. prestations d'étude, prestations en matière de stratégie informatique, élaboration d'un concept). Ces répercussions doivent être dûment prises en compte lors de la procédure d'adjudication.

Le projet de révision du droit des marchés publics prévoit trois instruments destinés spécifiquement à l'acquisition de prestations intellectuelles ou innovantes:

- les concours (art. 22);
- les mandats d'étude parallèles (art. 22);
- le dialogue (art. 24).

Les adjudicateurs et les soumissionnaires disposent ainsi d'instruments flexibles qu'ils peuvent appliquer selon leurs besoins. Ces trois instruments ne sont pas réservés aux acquisitions dans le domaine de la construction. Ils conviennent également pour les acquisitions sur d'autres marchés.

Dans le cadre tant des mandats d'étude parallèles que du dialogue, l'adjudicateur et les soumissionnaires peuvent discuter et, ce faisant, élaborer progressivement les solutions requises, solutions qui sont ensuite examinées et évaluées. La qualité des échanges et de la réflexion menée par l'adjudicateur et les soumissionnaires est déterminante pour la réussite du projet concerné.

Cette manière de procéder ne remplace cependant pas une planification précoce et prévoyante par les organes stratégiques et services responsables. En d'autres termes, la LMP et l'OMP peuvent prévoir des instruments appropriés pour les procédures d'adjudication, mais il incombe à l'adjudicateur d'appliquer ces instruments de manière pragmatique et adaptée aux besoins du projet concerné. C'est le seul moyen de garantir l'utilisation économique des deniers publics.

Lors de l'adjudication de marchés portant sur des prestations intellectuelles, le rapport qualité-prix est particulièrement important. Afin que les prestations d'étude et de conception, en particulier, répondent aux exigences de l'adjudicateur, il faut pondérer les critères d'adjudication de telle sorte que le poids des critères qualitatifs soit supérieur au poids du prix. L'adjudicateur doit fixer le poids du prix au cas par cas. Il ne peut cependant renoncer à ce critère. Afin d'optimiser la procédure d'acquisition, l'adjudicateur doit veiller, en déterminant l'adjudicataire, à ce que la qualité du concept proposé ou des études effectuées soit telle que les conséquences de ce concept ou de ces études sur l'ensemble du projet, sur sa réalisation et sur

²⁶ Voir le postulat Français 16.3785 «Marchés publics. Mesures concernant les prestations de planification» et l'interpellation Française 16.3493 «Marchés publics. Les prestations de services, mais à quel prix?».

l'exploitation de l'ouvrage exécuté respectent les exigences du développement durable. Les investissements dans la préparation et dans l'étude d'un projet, qui comprennent par exemple l'élaboration et l'évaluation de différentes solutions, sont payants: ils permettent généralement de réduire les coûts totaux et de retirer un plus grand bénéfice de l'acquisition. Ce facteur doit être pris en compte lors de la définition de la grille d'évaluation, en particulier lors de la pondération du critère du prix.

Le Conseil fédéral suivra l'évolution de la pratique et, si nécessaire, il soumettra au Parlement des propositions de modifications de la loi ou apportera des modifications à l'ordonnance.

La question des marchés portant sur des prestations intellectuelles est également abordée dans le commentaire des art. 21, 22 et 24.

1.2.5 Digression: exigences linguistiques

De nombreuses interventions parlementaires ont porté sur la question des langues officielles dans le domaine des marchés publics²⁷. Pour approfondir le sujet, le Conseil fédéral a fait procéder à une étude globale²⁸.

Par ailleurs, la CA a émis des recommandations sur la promotion du plurilinguisme dans le domaine des marchés publics²⁹.

Le projet mis en consultation prévoyait les obligations de publier les appels d'offres portant sur des travaux de construction au moins dans la langue officielle du lieu où est prévue la construction, d'admettre toutes les langues officielles pour les communications des soumissionnaires et de demander, dans la procédure sur invitation, une offre si possible à au moins un soumissionnaire provenant d'une autre région linguistique que l'adjudicateur. Les participants à la consultation ont émis des avis contrastés sur ces dispositions. La majorité d'entre eux les ont jugées suffisantes. Beaucoup ont cependant émis la crainte qu'elles ne conduisent à une augmentation des coûts administratifs.

Selon une estimation des coûts effectuée après la procédure de consultation, l'accroissement du volume des traductions d'appels d'offres ou de documents

²⁷ Par ex. la motion Hodgers 12.3739 «Appels d'offres de la Confédération. Équité entre les régions linguistiques», la motion de Buman 12.3914 «Appels d'offres dans les trois langues officielles de la Confédération», le postulat Darbellay 12.3910 «Loi sur les marchés publics. Sus aux dysfonctionnements», la motion Bourgeois 13.4042 «Appel d'offres. Possibilité de la faire dans la langue officielle de son choix», l'interpellation Cassis 14.3885 «Appels d'offres publics. Toute la procédure d'adjudication dans la langue officielle du lieu de construction».

²⁸ Voir le résumé de l'étude intitulée «Existe-t-il des barrières linguistiques dans le domaine des marchés publics de l'administration fédérale?». Ce texte peut être consulté à l'adresse suivante: www.bkb.admin.ch/bkb/fr/home.html > Services d'achat > Promotion du plurilinguisme.

²⁹ DFF/OFCL/CA, «Recommandations aux services d'achat de la Confédération. Promotion du plurilinguisme dans le domaine des marchés publics», Berne, 2014. Ces recommandations peuvent être consultées à l'adresse suivante: www.bkb.admin.ch/bkb/fr/home.html > Services d'achat > Promotion du plurilinguisme.

d'appel d'offres entraînerait une hausse considérable des coûts³⁰. Or, celle-ci serait en contradiction avec le net resserrement des conditions budgétaires survenu depuis le dépôt des interventions parlementaires susmentionnées ainsi qu'avec les objectifs rigoureux d'économies fixés par le Parlement. Il convient par conséquent de renoncer à des dispositions impliquant des traductions supplémentaires liées aux appels d'offres.

Il est néanmoins possible de renforcer la prise en compte du plurilinguisme de la Suisse. Il est prévu d'inscrire dans la loi (art. 48, al. 5, 2^e phrase, P-LMP) un principe allant dans ce sens. Le Conseil fédéral entend par conséquent inscrire dans l'ordonnance l'obligation de publier les appels d'offres concernant des travaux de construction au moins dans la langue officielle du lieu où est prévue la construction et ceux qui portent sur des fournitures ou des services au moins dans deux langues officielles. Par ailleurs, il est prévu que les appels d'offres portant sur des prestations à fournir à l'étranger ou hautement techniques pourront paraître exceptionnellement dans une seule langue officielle de la Confédération et dans une autre langue. En ce qui concerne les documents d'appel d'offres, il est prévu que, vu les coûts considérables qu'engendrerait leur traduction (voir ci-dessus), ils pourront être établis dans une seule langue. En outre, comme cela était déjà proposé dans le projet mis en consultation, il est prévu d'introduire le principe selon lequel, dans les procédures sur invitation, il faut si possible demander au moins une offre à un soumissionnaire provenant d'une autre région linguistique que l'adjudicateur. Afin d'éviter les surcoûts considérables liés aux traductions et les risques d'erreur que celles-ci comportent, le Conseil fédéral entend cependant se réserver le droit d'édicter une réglementation autorisant les adjudicateurs à fixer la langue officielle dans laquelle les soumissionnaires doivent faire leurs communications. Le Conseil fédéral est convaincu qu'en introduisant ces dispositions dans l'ordonnance, il tiendra compte du plurilinguisme de la Suisse de manière pragmatique et appropriée. Il suivra attentivement l'application de ces règles et est prêt à examiner à moyen terme, en considérant les effets de ces dernières, l'opportunité de prescriptions supplémentaires.

1.3 Résultats de la procédure de consultation

La procédure de consultation relative à la révision de la législation fédérale sur les marchés publics a duré du 1^{er} avril au 1^{er} juillet 2015. Les milieux intéressés y ont activement participé. Ainsi, 109 avis et 48 questionnaires remplis ont été recueillis³¹. Quant à la procédure de consultation relative à la révision de l'AIMP, elle s'est étendue du 22 septembre au 19 décembre 2014³². Tous les cantons ainsi que 58 organisations et des particuliers y ont participé. Sont résumés ci-dessous les résultats de la procédure de consultation fédérale.

³⁰ Voir ch. 3.1.1.

³¹ Le dossier soumis à consultation et le rapport sur les résultats de la consultation peuvent être consultés à l'adresse suivante: www.droitfederal.admin.ch > Procédures de consultation > Procédures de consultation terminées > 2015 > DFF.

³² Le dossier soumis à consultation et le rapport sur les résultats de la consultation peuvent être consultés à l'adresse suivante: www.dtap.ch > Concordats > AIMP > P-AIMP.

Évaluation générale du projet par les participants

La quasi-totalité des participants approuvent le projet mis en consultation et l'orientation fondamentale de la révision. Selon bon nombre des avis émis, le projet est mieux structuré, plus clair et plus moderne que la législation actuelle et fondamentalement générateur de sécurité juridique. En particulier les deux principaux objectifs du projet, à savoir la mise en œuvre de l'AMP 2012 dans la législation nationale et l'harmonisation des législations fédérale et cantonales en matière de marchés publics, sont largement acceptés. L'orientation fondamentale imprimée au projet par les principes de transparence, de non-discrimination, de lutte contre la corruption et de promotion de la concurrence, par la mention d'objectifs environnementaux, etc. est jugée positive. Beaucoup soutiennent explicitement l'idée de profiter de la transposition dans le droit suisse des engagements découlant des accords internationaux pour harmoniser dans une large mesure les législations nationales en matière de marchés publics. Plusieurs participants saluent expressément le travail effectué par le groupe AURORA.

Tout cela n'a pas empêché les participants à la consultation de formuler de nombreuses propositions d'amélioration ni de détailler les corrections matérielles et formelles à apporter au projet.

La grande majorité des cantons n'entrent pas dans les détails mais se réfèrent à l'avis exprimé par l'AiMp, laquelle renvoie pour sa part à la consultation que les cantons ont menée sur le P-AIMP en 2014, lors de laquelle l'harmonisation, telle que proposée, du droit suisse sur les marchés publics a été approuvée à une très large majorité des cantons. L'AiMp estime que les dispositions élaborées en parallèle garantissent des procédures d'acquisition efficaces et rentables. Elle relève par ailleurs que la collaboration entre la Confédération et les cantons dans le cadre du projet AURORA a été marquée par le respect, la confiance et la transparence. L'AiMp et, partant, les cantons plaident en outre pour que l'on garde le sens de la mesure et que, lors des discussions entre la Confédération et les cantons portant sur le remaniement des projets, on se concentre sur les préoccupations essentielles et légitimes.

Harmonisation

Formant l'un des deux principaux objectifs de la révision du droit des marchés publics, l'harmonisation des législations de la Confédération et des cantons est généralement approuvée par les participants à la consultation. L'AiMp note que les cantons sont eux aussi très majoritairement favorables à l'harmonisation des actes législatifs nationaux sur les marchés publics. Seuls le canton de Soleure et l'Union démocratique du centre (UDC) rejettent les efforts d'harmonisation. Le fait que le projet élaboré par le groupe de travail AURORA a été mis en consultation tel quel par la Confédération et les cantons est salué par de nombreux participants.

Voies de droit

Le projet mis en consultation prévoit un droit de recours dans le cas de tous les marchés d'une valeur minimale de 150 000 francs. Une large majorité des participants à la consultation sont favorables à une extension des voies de droit. Les associations économiques et industrielles, en particulier, cautionnent très majoritairement l'extension du droit de recours. Cependant, de nombreux partisans de cette

dernière demandent que le droit de recours dépende non pas de la valeur du marché mais du type de procédure. Un certain nombre de participants exigent même qu'il y ait un droit de recours pour tous les marchés publics (dès 1 franc).

Les institutions de l'État ou proches de l'État ainsi que les entreprises de la Confédération sont opposées à l'extension des voies de droit.

Négociations

La question des négociations (art. 26 AP-LMP) constitue l'un des objets essentiels des efforts d'harmonisation. Les retours d'information sur ce point sont très divers. Les institutions de l'État ou proches de l'État (par ex. les CFF et la Poste) sont favorables à la possibilité de négociations et proposent qu'il soit renoncé à toute restriction. Par contre, les associations économiques et industrielles sont, pour la plupart, expressément opposées à la possibilité de mener des négociations portant uniquement sur le prix. Les cantons qui se sont exprimés lors de la consultation de la Confédération, l'Union des villes suisses et d'autres associations rejettent fondamentalement le principe des négociations. Tandis que les associations du secteur de la construction (dont la Société suisse des entrepreneurs) y sont également majoritairement hostiles, d'autres participants estiment que des négociations sont un instrument précieux pour mener à bien des acquisitions complexes. Quant aux représentants de la doctrine, ils déconseillent formellement à la Confédération et aux cantons d'interpréter diversement la même disposition.

Principe du lieu d'exécution ou principe du lieu de provenance

La question de savoir si les dispositions relatives à la protection des travailleurs et les conditions de travail que les adjudicataires doivent respecter (art. 14 AP-LMP) sont celles qui s'appliquent au lieu où ils ont leur siège ou leur établissement (principe du lieu de provenance) ou celles qui s'appliquent au lieu d'exécution de la prestation (principe du lieu d'exécution) fait débat. Les participants à la consultation sont plus nombreux à se prononcer en faveur du principe du lieu d'exécution et donc en faveur du maintien de la réglementation actuelle.

Structure et compréhensibilité

Dans l'ensemble, la structure, la conception et l'articulation des projets de révision sont évaluées positivement par les participants à la consultation. Selon plusieurs avis, la structure de l'avant-projet est plus claire, plus précise et plus complète que celle des actes législatifs actuels. Le fait que les projets d'actes s'articulent, pour l'essentiel, selon le déroulement des procédures d'adjudication est considéré comme un point positif. La compréhensibilité ainsi que la qualité (du point de vue de la technique législative) des projets de révision sont jugées bonnes.

Impact sur la charge administrative supportée par les soumissionnaires

Les participants à la consultation voient dans l'harmonisation des législations fédérale et cantonales sur les marchés publics la principale utilité des travaux de révision. Une nette majorité pense que cette harmonisation permettra de maintenir au même niveau ou même de diminuer la charge administrative supportée par les soumissionnaires.

Dispositions relatives aux langues de la procédure

Les avis au sujet des dispositions relatives aux langues de la procédure sont divers. On observe toutefois un certain nombre de tendances de fond. Les soumissionnaires, en particulier dans le secteur de la construction, sont favorables à ce que l'appel d'offres et l'adjudication soient publiés dans la langue du lieu où sont prévues les constructions. Ils demandent de surcroît que les documents d'appel d'offres soient traduits. Les entreprises et institutions proches de la Confédération sont opposées à l'admission d'un plus grand nombre de langues, craignant une augmentation substantielle des coûts. Les organisations et institutions de Suisse romande et du Tessin estiment au contraire que la révision fait trop peu de cas de la promotion du plurilinguisme.

Droit de regard

Le droit de regard proposé à l'art. 18 AP-LMP est rejeté en particulier par divers représentants de l'économie, qui argumentent notamment que la réglementation proposée serait une atteinte grave et injustifiée à la liberté contractuelle.

Développement durable

La mise en avant des aspects de développement durable dans les actes révisés sur les marchés publics recueille un très large assentiment. De nombreux participants (par ex. la coalition d'ONG pour les achats publics, les Verts, le Parti socialiste suisse, l'Union syndicale suisse, Swiss Textiles) jugent cependant que le projet de révision gagnerait à être amélioré sur ce plan et demandent qu'une importance encore plus grande soit accordée à ces aspects. Un petit nombre de participants (par ex. l'UDC, les Libéraux-Radicaux, Swissmem) considèrent en revanche que la prise en compte du développement durable revient à introduire dans les procédures de marchés publics des critères étrangers au marché. Ils rejettent la mention du développement durable dans l'article énonçant le but de la loi (art. 1 AP-LMP).

Autres retours d'information

Un certain nombre de participants à la consultation approuvent explicitement le fait qu'il est prévu d'introduire divers éléments contribuant à l'assouplissement de la procédure d'adjudication (par ex. les enchères électroniques, art. 25 AP-LMP) ou de régler plus clairement et dans la loi les instruments existants (par ex. le dialogue, art. 28 AP-LMP).

De nombreuses associations économiques et industrielles (par ex. economiesuisse, la Fédération des architectes suisses, le Groupement suisse de la géologie de l'ingénieur, Infra, la Société suisse des ingénieurs et des architectes, Swissmem, la Fédération genevoise des métiers du bâtiment, l'Union suisse des sociétés d'ingénieurs-conseils, la Fédération des entreprises romandes, la Chambre de commerce, d'industrie et des services de Genève, l'Union suisse des installateurs-électriciens, constructionsuisse, l'Union suisse du métal) estiment que les marchés complexes ne sont pas assez pris en considération et que l'on accorde une importance excessive au critère du prix.

Des sujets importants comme les concessions, les subventions et le droit de recours de la COMCO n'ont suscité que peu de retours d'information. De plus, les avis exprimés sont hétérogènes et ne permettent pas de dégager une tendance dominante.

Relation entre le droit des marchés publics et la loi sur le marché intérieur

Dans le cadre du groupe de travail paritaire de la Confédération et des cantons, ces derniers ont émis de fortes réserves concernant le maintien en vigueur, lorsque la LMP et l'AIMP auront été harmonisées, de la réglementation actuelle de la LMI en matière de marchés publics. Ils ont relevé que cette réglementation était très générale et émis l'avis que, vu les dispositions détaillées figurant dans l'AIMP, elle n'apportait donc rien. L'intégration des concessions dans le droit des marchés publics a conduit à remettre en question le maintien de l'art. 2, al. 7, LMI, considéré par les cantons comme faisant double emploi. Les cantons ont rappelé que l'AIMP était applicable à l'échelle nationale et ont souligné les expériences positives faites avec l'harmonisation des pratiques cantonales en matière de marchés publics, menée à bien il y a plus de 20 ans. Ils proposent par ailleurs d'abroger l'art. 9, al. 2 et 3, LMI.

Dans le cadre de ce même groupe de travail, les cantons ont également critiqué à de nombreuses reprises le droit de recours de la COMCO (art. 9, al. 2^{bis}, LMI), qu'ils considèrent comme un empiètement sur des compétences qui leur avaient originellement été attribuées. Ils estiment que les dispositions actuelles de l'AIMP en matière de transparence et le bas niveau des seuils à partir desquels les soumissionnaires peuvent faire recours empêchent déjà efficacement les services d'achat cantonaux ou communaux de discriminer les soumissionnaires externes. Ils s'opposent donc à ce que la COMCO exerce une surveillance sur l'ensemble des marchés publics cantonaux et communaux, arguant que cette activité ne relève pas de la compétence de la Confédération et qu'elle est donc non seulement inutile, mais également anticonstitutionnelle.

1.4 Appréciation de la solution retenue

Le Conseil fédéral propose une révision totale de la LMP qui mette en œuvre les nouvelles règles de l'AMP 2012 et contribue à une large harmonisation des législations fédérale et cantonales en matière de marchés publics. Voici les principales améliorations visées:

- l'harmonisation permettra de répondre à une attente exprimée de longue date par l'économie suisse et de simplifier l'application du droit des marchés publics, notamment pour les soumissionnaires;
- la révision de la LMP et la ratification de l'AMP 2012 qui y est liée élargiront l'accès des entreprises suisses au marché;
- l'octroi de certaines concessions et la délégation de certaines tâches publiques selon les règles du droit des marchés publics renforceront la sécurité juridique et la transparence;
- l'extension modérée des voies de droit permettra de tenir compte de la garantie constitutionnelle de l'accès au juge;

- la mention du développement durable dans ses dimensions économique, sociale et écologique dans l'article énonçant le but de la loi permettra d'améliorer la mise en œuvre des objectifs de politique environnementale et sociale définis dans la Stratégie pour le développement durable 2016–2019.

En ce qui concerne la relation entre le droit des marchés publics et la LMI, il convient de noter ce qui suit: l'art. 95, al. 2, de la Constitution (Cst.)³³ charge la Confédération de veiller à créer un espace économique suisse unique. Ce mandat constitutionnel découle du principe de la liberté économique³⁴ et est donc directement lié à un droit fondamental. Dans le domaine des marchés publics, certains soumissionnaires sont susceptibles d'être privilégiés par rapport à d'autres en raison de leur lieu d'établissement, de l'existence de relations personnelles ou contractuelles avec l'adjudicateur ou encore d'autres facteurs, ce qui est contraire au libre accès au marché intérieur. C'est la raison pour laquelle la LMI oblige les cantons, les communes et les autres organes assumant des tâches cantonales ou communales à respecter certaines exigences minimales lors de la passation des marchés publics (art. 2, al. 7, 5 et 9 LMI). Selon l'art. 8 LMI, la COMCO veille à ce que les cantons, les communes et les autres organes assumant des tâches cantonales ou communales respectent la LMI. Ce mandat repose sur l'art. 49, al. 2, Cst. Le fait que la COMCO puisse, dans le cadre de l'exécution de ce mandat et en vertu de l'art. 9, al. 2^{bis}, LMI, faire recours contre des décisions en matière de marchés publics qui restreignent indûment l'accès au marché n'a rien de particulier. Ainsi, l'art. 89, al. 2, let. a, LTF, dispose que chaque département fédéral a qualité pour former un recours en matière de droit public. Ce droit de recours est un instrument indispensable et efficace pour l'exercice de la fonction de surveillance de la Confédération. Le droit de recours des autorités est particulièrement important dans le domaine des marchés publics. En effet, les entreprises ayant qualité pour recourir renoncent souvent à faire usage de ce droit pour des raisons économiques ou stratégiques. Il est donc légitime qu'une autorité indépendante puisse faire recours dans l'intérêt public que constitue l'intérêt d'un marché intérieur ouvert. En exerçant son droit de recours, la COMCO contribue en outre à l'harmonisation des pratiques cantonales et communales en matière de marchés publics, ce qui est dans l'intérêt des soumissionnaires et des contribuables. Par ailleurs, l'exercice du droit de recours prévu par l'art. 9, al. 2^{bis}, LMI n'entraîne pas un allongement des procédures d'adjudication, étant donné que la COMCO n'est pas habilitée à demander la révocation d'une adjudication, mais peut uniquement faire constater une infraction (art. 9, al. 3, LMI). Le Conseil fédéral estime donc qu'il n'y a pas de raison de supprimer le droit de recours de la COMCO. Reconnaisant que le P-AIMP concorde largement avec le P-LMP et qu'il respecte les prescriptions de la LMI, il propose cependant de prévoir une présomption légale selon laquelle les dispositions de la LMI sont considérées comme respectées lorsque l'adjudication d'un marché est fondée sur l'AIMP révisé (voir le commentaire de la proposition de modification de l'art. 5, al. 1, LMI). La proposition d'abroger l'art. 9, al. 2, LMI ne peut être suivie pour des raisons de principe. Le fait que les cantons se sont acquittés d'un mandat de légiférer prévu par le droit fédéral n'implique pas que

³³ RS 101

³⁴ Voir le commentaire de Peter Hettich relatif à l'art. 95 Cst., ch. marg. 13 ss, in: «Die schweizerische Bundesverfassung: St. Galler Kommentar», 3^e éd., Zurich, 2014.

ce mandat doit être supprimé. Celui-ci garde au contraire tout son sens, eu égard à la possibilité que le droit cantonal soit modifié. Il faut cependant reconnaître que, en ce qui concerne les marchés publics, le mandat donné aux cantons de prévoir au moins une voie de recours contre les restrictions à la liberté d'accès au marché va trop loin. C'est pourquoi le Conseil fédéral propose de préciser la disposition en cause sur la base de la jurisprudence du Tribunal fédéral (voir le commentaire de la proposition de modification de l'art. 9, al. 2, LMI).

L'AIR révèle que le présent projet permet d'atteindre les objectifs de la révision.

Les consultations menées au niveau de la Confédération et des cantons sur la base de projets de révision largement identiques ont permis une appréciation comparable des avis reçus. La large adhésion aux deux principaux objectifs de la révision est particulièrement positive (voir ch. 1.3). Compte tenu de la nette approbation que suscitent les efforts d'harmonisation, il a été décidé de poursuivre ceux-ci.

Après la consultation, le projet a été remanié sur le plan rédactionnel par la commission de rédaction paritaire du groupe de travail AURORA. Les propositions d'amélioration et les demandes de modifications matérielles ou formelles de diverses dispositions (notamment celles qui concernent les négociations – en particulier les négociations portant sur le prix – et celles qui concernent les voies de droit) formulées par les participants à la consultation ont incité la commission de rédaction à rechercher des compromis viables. Par ailleurs, des demandes des services de la Confédération restées en suspens ont été examinées et, bien souvent, prises en compte. Les modifications matérielles concernent en particulier les négociations (le projet pose maintenant l'interdiction des négociations portant sur le prix), les voies de droit (le P-LMP prévoit notamment que, pour les travaux de construction, une demande en constatation pourra être introduite à partir d'une valeur litigieuse minimale de 2 millions de francs) et les valeurs seuils déterminantes pour le choix de la procédure d'adjudication dans le cas des marchés non soumis aux accords internationaux. Tandis qu'un rapprochement entre la Confédération et les cantons a été atteint pour ces valeurs seuils, ce qui répond à une demande de divers participants à la consultation, certaines différences subsisteront en ce qui concerne la question des voies de droit.

1.5 Adéquation des moyens requis

En Suisse, les marchés publics recouvrent un vaste domaine de l'économie nationale. En conséquence, les avantages de l'harmonisation l'emportent sur la légère augmentation des charges administratives pour les adjudicateurs publics et sur les surcoûts liés à cette dernière. La hausse des coûts devrait résulter notamment de la modeste extension des voies de droit et de la mise en œuvre des interventions parlementaires.

Cela étant, la sécurité juridique accrue, les nouveaux instruments d'adjudication et le renforcement de la concurrence entre soumissionnaires pourront se traduire par des effets positifs sur le rapport qualité-prix ou sur la qualité des acquisitions et, par là, permettre aux pouvoirs publics de faire des économies.

1.6 Comparaison avec le droit étranger, notamment européen

Les engagements pris par la Suisse dans le domaine des marchés publics découlent de toute une série d'accords internationaux, à commencer par l'AMP et l'accord entre la Suisse et l'UE. La primauté du droit international implique de distinguer le champ d'application de ces accords internationaux du champ d'application du droit national en matière de marchés publics. Une mise en œuvre ou interprétation autonome des prescriptions des accords internationaux n'est possible que dans les limites autorisées par ces derniers.

L'AMP énonce des principes et les concrétise dans différents domaines. Les lois nationales des États membres en matière de marchés publics diffèrent les unes des autres sur les points qui ont été laissés intentionnellement ouverts dans l'AMP ou qui font uniquement l'objet d'une norme générale. La comparaison avec les législations de plusieurs pays industrialisés a donné de nombreuses impulsions pour le présent projet de loi.

L'AMP 2012 et le droit suisse des marchés publics portent la marque des directives de l'UE (notamment). Les directives 2004/18/CE³⁵, 93/38/CEE³⁶ et 2004/17/CE³⁷ ont eu une influence – du moins indirecte – sur le droit suisse des marchés publics³⁸. En décembre 2011, l'UE a décidé de réviser sa réglementation en matière de marchés publics. Cette révision visait à simplifier la réglementation et à l'adapter à la pratique, à créer les conditions pour que les marchés publics soient adjudgés dans le respect des principes de transparence et de concurrence au soumissionnaire dont l'offre présente le meilleur rapport qualité-prix et, enfin, à mettre en œuvre l'AMP révisé. Les directives 2014/23/UE³⁹, 2014/24/UE⁴⁰ et 2014/25/UE⁴¹ sont entrées en vigueur le 17 avril 2014 et ont dû être mises en œuvre au plus tard le 18 avril 2016 dans les droits nationaux des États membres (à l'exception des dispositions relatives à l'utilisation de moyens de communication électroniques, qui doivent être appliquées en septembre 2018 au plus tard).

³⁵ Directive 2004/18/CE du Parlement européen et du Conseil du 31 mars 1991 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.

³⁶ Directive 93/38/CEE du Conseil du 14 juin 1993 portant coordination des procédures de passation des marchés dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des télécommunications, JO L 199 du 9.8.1993, p. 84.

³⁷ 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.

³⁸ Voir CA/Marco Fetz, «Das EG-Vergaberecht: Einzelne Neuerungen. Darstellung und erste Analyse der Stärken und Schwächen», Berne, 2004.

³⁹ Directive 2014/23/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 sur l'attribution de contrats de concession, JO L 94 du 28.3.2014, p. 1.

⁴⁰ Directive 2014/24/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 sur la passation des marchés publics et abrogeant la directive 2004/18/CE, JO L 94 du 28.3.2014, p. 65.

⁴¹ Directive 2014/25/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 relative à la passation de marchés par des entités opérant dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux et abrogeant la directive 2004/17/CE, JO L 94 du 28.3.2014, p. 243.

La directive 2014/24/UE doit notamment permettre aux adjudicateurs d'utiliser davantage les marchés publics au profit d'objectifs sociaux communs et de prendre en compte dans les procédures d'adjudication des critères sociaux, écologiques et touchant au domaine de l'emploi. Le P-LMP permet également de prendre en considération de tels critères (art. 2, let. a, 12, 29 et 30, al. 4, P-LMP).

1.7 Mise en œuvre

Le projet de loi établit de façon concise mais suffisamment claire les droits et obligations respectifs des adjudicateurs et des soumissionnaires ainsi que les procédures et les voies de droit. Les dispositions d'exécution par voie d'ordonnance ne s'imposent que dans un petit nombre de domaines. Outre des détails sur la procédure d'adjudication, les statistiques et le choix du droit applicable (art. 5 P-LMP), l'ordonnance comprendra des dispositions relatives à l'exemption du droit des marchés publics, aux mesures contre la corruption ainsi qu'aux concours d'études, aux concours portant sur les études et la réalisation et aux mandats d'étude parallèles.

1.8 Classement d'interventions parlementaires

Le présent projet de loi est soumis avec la proposition de classer les interventions parlementaires suivantes, actuellement en suspens:

2012	P	12.3910	Loi sur les marchés publics. Sus aux dysfonctionnements (N 14.12.12, Darbellay)
2013	M	12.3739	Appels d'offres de la Confédération. Équité entre les régions linguistiques (N 14.12.12, Hodgers; E 10.9.13)
2014	P	14.3208	Combattre la corruption dans l'attribution des marchés publics (E 17.6.14, Engler)
2014	M	14.3045	Transparence des marchés publics passés par la Confédération. Publication des informations clés concernant tous les marchés d'un montant de plus de 50 000 francs (N 20.6.14, Graf-Litscher; E 8.12.14)
2015	M	12.3914	Appels d'offres dans les trois langues officielles de la Confédération (N 16.9.14, de Buman; E 18.6.15)
2015	M	14.3872	Pour une utilisation conforme des langues officielles dans les appels d'offres publics des entreprises liées à la Confédération (N 12.12.14, Regazzi; E 18.6.15)
2015	M	14.3886	Respect du multilinguisme dans les procédures d'adjudication de marchés publics, même petits, dans l'intérêt de nos PME (N 12.12.14, Cassis; E 18.6.15)

Il est prévu de mettre en œuvre dans l'ordonnance les motions 12.3739, 12.3914, 14.3872 et 14.3886 ainsi que le postulat 12.3910, selon les modalités présentées sous le ch. 1.2.5; la motion 14.3045 sera mise en œuvre dans l'ordonnance conformément au commentaire de l'art. 49, al. 3, P-LMP.

En ce qui concerne la motion 14.3208, il est renvoyé au commentaire de l'art. 11, let. d, et de l'art. 45, al. 1.

1.9 Recommandations de la Délégation des finances et de la Délégation de surveillance de la NLFA

Dans la perspective de la révision de la LMP et de l'OMP, la Délégation des finances du Parlement (DélFin) a adressé en juin 2013 trois recommandations au Conseil fédéral⁴². Les deux premières concernaient les sanctions à infliger aux soumissionnaires qui ne sont pas fiables (recommandation mise en œuvre à l'art. 44, al. 1, let. h, P-LMP) ainsi que la publication électronique de tous les marchés dont la valeur atteint au moins 50 000 francs. Ce dernier point faisait également l'objet de la motion 14.3045 et sera réglé par voie d'ordonnance. La troisième recommandation de la DélFin portait sur l'inscription dans la loi et la concrétisation du droit de regard du Contrôle fédéral des finances (CDF) sur toutes les adjudications effectuées en situation de monopole. La base légale formelle du droit de regard des autorités est constituée par l'art. 59 P-LMP.

La délégation de surveillance de la NLFA (DSN), dans son rapport de 2007 relatif aux investigations sur l'adjudication du lot de gros œuvre d'Erstfeld⁴³, a adressé notamment cinq recommandations au DFF. En 2010, le Conseil fédéral a mis en œuvre l'une d'entre elles en présentant au Parlement un message relatif à l'accélération de la procédure d'adjudication (voir ch. 1.1.4). Les quatre autres recommandations concernant le droit des marchés publics de la Confédération sont encore en suspens. Elles concernent l'ouverture publique des offres (recommandation n° 8; voir art. 36, let. g, P-LMP), l'interdiction des enchères au moins-disant (recommandation n° 9; voir art. 11, let. d, P-LMP), l'offre la plus avantageuse économiquement (recommandation n° 10; voir art. 41, al. 1, P-LMP) et la simplification des conditions d'interruption de la procédure d'adjudication (recommandation n° 12; voir art. 43, P-LMP).

Ces recommandations sont discutées dans le commentaire des dispositions.

⁴² Rapport du 4 avril 2014 de la Délégation des finances aux Commissions des finances du Conseil national et du Conseil des États concernant la haute surveillance sur les finances de la Confédération en 2013 (ch. 2.3.3), FF **2014** 5385.

⁴³ Rapport du 19 mars 2007 de la Délégation de surveillance de la NLFA des Chambres fédérales relatif aux investigations de son groupe de travail sur les reproches formulés en rapport avec l'adjudication du lot de gros œuvre 151 (Erstfeld) par AlpTransit Gothard SA, FF **2007** 3423.

2 **Commentaire des dispositions**

Chapitre 1 Objet, but et définitions

Art. 1 Objet

Le projet prévoit que la loi s'applique:

- à la passation de marchés publics, la notion de marché public étant définie aux art. 8 et 9;
- par les adjudicateurs assujettis, tels qu'énumérés à l'art. 4;
- que ces marchés soient soumis ou non aux accords internationaux, la notion d'accords internationaux étant définie à l'art. 3, let. c (concernant les marchés non soumis aux accords internationaux, voir l'annexe 5 P-LMP).

Le projet élargit le champ d'application de l'actuelle LMP, laquelle se limite à mettre en œuvre les engagements découlant des accords internationaux conclus par la Suisse. La portée de cet élargissement ne doit cependant pas être surestimée. En effet, par leur assujettissement au chap. 3 de l'OMP en vigueur, les marchés non soumis aux accords internationaux sont aujourd'hui déjà soumis au droit des marchés publics, même si les règles qui leur sont actuellement applicables sont légèrement différentes des règles prévues par le P-LMP. Rien ne justifie ce dualisme: peu importe pour la réalisation des objectifs du législateur ou pour les droits et obligations des soumissionnaires qu'un marché public fasse l'objet d'un appel d'offres en application d'engagements internationaux ou pour des raisons tenant à l'ordre économique constitutionnel (égalité de traitement et neutralité concurrentielle) et au droit des finances.

Art. 2 But

La loi vise les objectifs suivants:

- l'acquisition de prestations répondant aux exigences du développement durable, autrement dit une utilisation économiquement, socialement et écologiquement responsable des deniers publics (let. a);
- la transparence des procédures d'adjudication (let. b);
- l'égalité de traitement et la non-discrimination des soumissionnaires, en application de la disposition constitutionnelle selon laquelle les concurrents doivent être traités sur un pied d'égalité (let. c);
- une concurrence efficace entre les soumissionnaires, assurée en particulier par des mesures contre les accords illicites affectant la concurrence et contre la corruption (let. d).

L'art. 2 sert à interpréter les dispositions qui suivent. L'ordre dans lequel les buts de la loi y sont énumérés ne correspond pas un ordre de priorité décroissante. Tous les principes mentionnés ont la même importance. Les conflits entre les objectifs énoncés sont inévitables. Ainsi, une transparence totale peut favoriser les pratiques concertées entre soumissionnaires. Quant à l'égalité de traitement des soumissionnaires, elle peut compliquer l'atteinte de l'objectif d'une acquisition économique. De tels

conflits doivent être résolus en procédant à une pesée de tous les intérêts en jeu. Les objectifs du législateur sont précisés par d'autres dispositions du projet de loi (concernant par exemple les exigences auxquelles doit satisfaire un appel d'offres, le respect des conditions de travail et des dispositions relatives à la protection des travailleurs, la publication de l'appel d'offres et des documents d'appel d'offres, la répression des entraves à la concurrence ou encore les voies de droit).

Let. a: l'AP-LMP prévoyait que les deniers publics devaient être utilisés de manière parcimonieuse en tenant compte du développement durable. En considération de l'avis de tous les participants à la consultation (hormis deux d'entre eux), de la pratique actuelle et de la tendance observée au niveau international, on a renforcé, dans le P-LMP, l'importance accordée à la prise en compte du développement durable. Le principe de l'utilisation durable des deniers publics est également conforme à l'art. 2, al. 2, Cst. ainsi qu'aux objectifs du Parlement.

L'économicité n'est pas synonyme de prix le plus bas. La qualité des prestations ainsi que d'autres paramètres, dont le choix est laissé à l'adjudicateur, doivent aussi être pris en considération. L'objectif de l'utilisation économique des deniers publics ne donne pas aux soumissionnaires le droit de prétendre à l'achat de leur produit au motif qu'il s'agirait du «bon» produit⁴⁴. Cela étant, le prix doit néanmoins toujours faire partie des critères d'adjudication lors de l'évaluation des offres.

L'AMP 2012 mentionne aussi explicitement, à l'art. X, par. 6 (en étroite relation avec l'obligation de non-discrimination énoncée à l'art. X, par. 1), la poursuite d'objectifs de préservation des ressources naturelles et de protection de l'environnement. En revanche, il ne mentionne pas explicitement la dimension sociale du développement durable, car les États membres ne sont pas parvenus, lors de la révision, à s'entendre sur son champ d'application. Eu égard à cette absence de consensus, les États parties à l'AMP se sont accordés, conformément au mandat fixé à l'art. XXII, par. 8, AMP 2012, sur le lancement d'un programme de travail consacré à la question des marchés publics durables. Dans le cadre de ce programme, ils examinent, en tenant compte des obligations de non-discrimination énoncées à l'art. IV AMP 2012, comment la passation de marchés publics durables peut être compatible avec le principe du meilleur rapport qualité-prix et avec les obligations commerciales internationales des parties. D'ici à ce qu'un consensus soit trouvé au niveau international, les États parties à l'AMP continuent à bénéficier d'une marge de liberté dans l'élaboration des lois nationales.

La notion de développement durable au sens du P-LMP a une acception large. Ses contours se précisent dans la Stratégie pour le développement durable 2016–2019 du Conseil fédéral, dans laquelle il est dit que la Confédération «montre l'exemple par son mode de consommation en exigeant, dans le cadre des marchés publics, la livraison de produits et d'ouvrages fabriqués dans le respect des critères de rentabilité, de l'environnement, de la protection de la santé et, autant que possible, de la responsabilité sociétale»⁴⁵. Il peut également être tenu compte de manière appro-

⁴⁴ Voir ATAF B-822/2010 du 10 mars 2010, consid. 4.2.

⁴⁵ Stratégie pour le développement durable 2016–2019, p. 52. Ce document peut être consulté à l'adresse suivante: www.are.admin.ch > Développement durable > Stratégie pour le développement durable 2016–2019; voir aussi le ch. 7 et l'annexe 3 du message du 27 janv. 2016 sur le programme de la législature 2015 à 2019, FF **2016** 981.

priée de l'influence positive exercée sur le système de formation et la place industrielle suisses. Ainsi, retenir les offres d'entreprises qui contribuent à renforcer le système de formation et la place industrielle suisses et qui soutiennent les innovations économiques peut conduire à une utilisation socialement durable des deniers publics. De fait, les appels d'offres des pouvoirs publics intègrent déjà régulièrement des critères environnementaux. La durabilité sociale est prise en considération du fait, notamment, que les marchés portant sur des prestations à exécuter en Suisse ne peuvent être adjugés qu'à des soumissionnaires qui respectent les dispositions relatives à la protection des travailleurs, les conditions de travail ainsi que l'égalité salariale entre femmes et hommes et les marchés portant sur des prestations à exécuter à l'étranger qu'à des soumissionnaires qui respectent au moins les huit conventions fondamentales de l'OIT.

Les critères environnementaux et sociaux appliqués doivent toujours avoir un lien objectif avec l'objet du marché. Ils se rapportent au produit ou aux effets qu'on attend de son utilisation. Il est également possible d'exiger un certain mode de production, à condition que celui-ci ait un lien avec l'objet du marché. Le mode de production ne doit pas nécessairement être reconnaissable dans le produit final, mais il doit avoir un effet au moins sur la valeur et le caractère spécifique du produit (par ex. bois issu d'une sylviculture proche de la nature, produits issus d'animaux élevés dans le respect de leurs besoins). La prise en compte d'objectifs non économiques implique cependant le risque que des pratiques protectionnistes touchent le domaine des marchés publics en prenant l'apparence de la poursuite de buts légitimes. Ainsi, des critères écologiques tels que le respect des normes environnementales nationales ou la distance de parcours peuvent être utilisés sciemment pour favoriser les soumissionnaires indigènes. Bien qu'il mentionne des objectifs écologiques, l'AMP 2012 ne tolère pas de telles pratiques. D'où la nécessité, en présence de spécifications techniques ou de critères d'adjudication d'ordre écologique, de se demander systématiquement si ces critères ont un lien objectif avec l'objet du marché. Si ces pratiques ont pour but ou pour effet de discriminer les soumissionnaires étrangers ou provenant d'une autre région, invoquer le fait qu'un critère tient compte des exigences du développement durable ne servira à rien. C'est là un point à vérifier soigneusement, notamment lorsque des prescriptions concernent le procédé de fabrication alors que ce dernier n'a aucune incidence sur le produit à acheter.

Let. b: la transparence est un gage d'équité et d'accès au marché. Le P-LMP contient par conséquent de nombreuses dispositions visant la transparence. Celles-ci concernent l'information active, autrement dit la communication d'office ou spontanée de renseignements par l'autorité (par ex. art. 14, al. 2, 24, al. 1, 27 ss, 35 s.). Le principe de la transparence commande notamment que l'adjudicateur définisse et communique à l'avance la pondération des critères d'adjudication⁴⁶. Il n'est renoncé à la transparence que dans les cas où elle empêcherait les adjudicateurs de s'acquitter de leurs tâches ou menacerait les intérêts légitimes des soumissionnaires (art. 49, al. 3, et 59).

⁴⁶ Voir CRM 2003-032 du 15 juin 2004, consid. 3a, ATF 125 II 101, CRM 2009-009 du 1^{er} septembre 2000, consid. 2a.

Let. c: le principe de l'égalité de traitement et de la non-discrimination implique qu'un soumissionnaire ne doit pâtir d'aucun désavantage ni bénéficier d'aucun avantage par rapport aux autres soumissionnaires. Il est par exemple interdit, lors de l'examen de l'aptitude des soumissionnaires, de juger un soumissionnaire sur la base de critères plus sévères que ses concurrents. Il est également interdit de définir, d'assouplir ou de supprimer des critères d'aptitude ou des spécifications techniques dans l'intérêt d'un soumissionnaire donné.

Let. d: dans le domaine des marchés publics comme dans d'autres domaines, la concurrence peut être entravée par des ententes ou d'autres pratiques anticoncurrentielles. Il s'agit donc de prévoir dans les appels d'offres des mesures de lutte contre les accords illicites affectant la concurrence et contre la corruption. La corruption est considérée aujourd'hui comme un facteur essentiel de distorsion de la concurrence ou d'entrave à celle-ci dans le domaine des marchés publics. Aussi l'AMP 2012 prévoit-il, dans son préambule et à l'art. IV, par. 4, une base juridique internationale pour la lutte contre la corruption. La let. d ne modifie en rien les lois spéciales concernant la lutte contre la corruption. Elle complète simplement celles-ci par une disposition spécifique aux marchés publics.

L'efficacité de la concurrence peut également être menacée lorsqu'un adjudicateur public abuse de sa position dominante sur le marché. L'adjudicateur peut jouir d'une puissance d'achat en cas de groupement d'achat ou sur un marché sur lequel il ne fait face qu'à un nombre restreint de demandeurs privés. Cependant, du fait de l'internationalisation de nombreux marchés de produits (il suffit de songer à l'acquisition de matériel roulant par les entreprises ferroviaires), il est difficile pour un adjudicateur de partir du principe qu'il possède une puissance d'achat.

Art. 3 Définitions

Les définitions légales servent à simplifier le droit des marchés publics et à unifier son application. Comme l'AMP 2012, le projet vise une utilisation uniforme de la terminologie fondamentale du droit des marchés publics.

La plupart des définitions contenues dans le P-LMP ne nécessitent pas d'explications et ont été reprises de l'AMP 2012 et de ses annexes. Lorsqu'un terme n'est employé qu'une fois dans le projet, il est défini à l'endroit où il apparaît. Concernant les définitions figurant à l'art. 3, il convient de préciser ce qui suit:

Let. b: les entreprises publiques sont des sujets de droit privé ou de droit public sur lesquels les pouvoirs publics exercent, directement ou indirectement, une influence dominante, par exemple en y détenant la majorité du capital ou en disposant de la majorité des voix (voir la définition légale figurant sous la note de bas de page n° 2 de l'annexe 3 à l'appendice I [Suisse] de l'AMP 2012). Des exemples en sont la Poste Suisse SA, les Chemins de fer fédéraux SA (CFF) et Alp Transit Gotthard SA⁴⁷.

⁴⁷ Voir ATAF B-4902/2013 du 14 mars 2014, consid. 1.1.

Let. c.: le terme «accords internationaux» est synonyme du terme «traités internationaux», qui est privilégié dans les législations cantonales en vigueur. Il a été introduit dans le P-LMP du fait qu'il est prévu que la LMP révisée, contrairement à la LMP en vigueur, régira aussi bien les marchés soumis aux accords internationaux conclus par la Suisse qu'aux marchés soumis exclusivement au droit interne. Ces derniers font l'objet d'un petit nombre de dispositions spéciales (voir annexe 5 P-LMP).

Par accords internationaux, on entend l'AMP, l'accord entre la Suisse et l'UE, la convention de l'AELE ainsi que les accords bilatéraux de libre-échange entre la Suisse et différents États (voir ch. 1.1.3).

Le terme de marché public (voir art. II AMP 2012), central pour l'application du droit des marchés publics, est défini non pas à l'art. 3 mais aux art. 8 et 9.

Chapitre 2 Champ d'application

Section 1 Champ d'application subjectif

Le champ d'application subjectif de la loi est fonction des engagements pris en concluant des accords internationaux. En d'autres termes, il n'y a pas d'extension autonome du champ d'application subjectif par rapport aux accords sur les marchés publics conclus par la Suisse. L'essentiel réside dans les annexes 1 à 7 de l'appendice I (Suisse) de l'AMP 2012, les chapitres et annexes pertinents des accords de libre-échange avec des États tiers, ainsi que les art. 2 et 3 de l'accord entre la Suisse et l'UE. Les accords distinguent entre, d'un côté, l'assujettissement des unités administratives centrales et sous-centrales et, de l'autre, celui des adjudicateurs opérant sur des marchés sectoriels.

L'accord entre la Suisse et l'UE a étendu le champ d'application subjectif de l'AMP 1994 selon deux axes: d'une part, il a conduit à l'assujettissement des unités administratives des districts et des communes; d'autre part, il a élargi l'accès des soumissionnaires au marché, en ceci que ces derniers peuvent passer des marchés avec des adjudicateurs des secteurs des transports ferroviaires, de l'approvisionnement en gaz et en chaleur et du transport de combustibles fossiles, ainsi qu'avec des entreprises privées opérant sur des marchés sectoriels. Le rapport entre la réglementation de l'assujettissement des adjudicateurs opérant sur des marchés sectoriels dans l'AMP et la réglementation de cette question dans l'accord entre la Suisse et l'UE est complexe et manque de transparence sur certains points. L'art. 7 P-LMP prévoit une exemption de toutes les acquisitions effectuées sur un marché sectoriel qui est soumis à une concurrence efficace.

Art. 4 Adjudicateurs

Cet article règle l'assujettissement subjectif à la loi au travers d'une énumération exhaustive. Dans l'AMP 2012, la question de l'assujettissement général est réglée différemment pour la Confédération et pour les cantons. Alors que les adjudicateurs de la Confédération qui sont assujettis figurent sur une liste, les autorités adjudicatrices des cantons, des districts et des communes sont assujetties en vertu d'un principe général et abstrait (annexes 1 et 2 de l'appendice I de l'AMP 2012).

Al. 1

Est déterminante pour l'assujettissement des unités de l'administration fédérale centrale et de l'administration fédérale décentralisée, la liste indicative figurant à l'annexe 1 de l'appendice I (Suisse) de l'AMP 2012, qui se fonde elle-même sur les annexes 1 et 2 de l'ordonnance du 25 novembre 1998 sur l'organisation du gouvernement et de l'administration (OLOGA)⁴⁸. Alors que l'énumération des unités administratives soumises à l'AMP 1994 était exhaustive⁴⁹, la liste figurant dans l'AMP 2012 peut être modifiée ou étendue. Sont soumis au P-LMP par exemple l'Institut fédéral de la propriété intellectuelle (IPI), l'Institut suisse des produits thérapeutiques (Swissmedic), la Caisse fédérale de pensions (PUBLICA), l'Autorité fédérale de surveillance des marchés financiers (FINMA), les Écoles polytechniques fédérales de Lausanne (EPFL) et de Zurich (EPFZ), l'Institut Paul Scherrer (PSI), Suisse Tourisme (ST), l'Assurance suisse contre les risques à l'exportation (ASRE), le Swiss Investment Fund for Emerging Markets (SIFEM SA) et l'Agence suisse pour l'encouragement de l'innovation (Innosuisse). Il est prévu que le fonds de compensation AVS/AI/APG (compenswiss)⁵⁰ sera également soumis au P-LMP, contrairement au fonds de garantie LPP, fondation de droit public créée par voie d'ordonnance en 1984 et à laquelle participent de nombreuses institutions de droit privé.

Les renvois d'un acte de droit interne à un autre acte de droit interne – comme ici le renvoi à la loi du 21 mars 1997 sur l'organisation du gouvernement et de l'administration (LOGA)⁵¹ –, sont toujours dynamiques. Étant donné que l'assujettissement sera déterminé par la version de l'OLOGA en vigueur au moment du lancement de l'appel d'offres (let. a), les autorités ou les unités administratives qui seraient créées d'ici à l'entrée en vigueur de la LMP révisée ou ultérieurement et qui ne figurent par conséquent pas encore dans les annexes de l'OLOGA seront également soumises. On entend par «moment du lancement de l'appel d'offres» la date à laquelle l'appel d'offres est publié; en cas de procédure de gré à gré, c'est la date d'adjudication, en cas de procédure sur invitation, la date de l'invitation. Bien entendu, il convient de veiller également aux règles du droit des marchés publics lors des travaux préparatoires.

Sous réserve de dispositions contraires inscrites dans des lois spéciales, la loi vaut pour les unités administratives centrales et les unités administratives décentralisées ainsi que pour les autorités chargées d'élaborer ou d'appliquer le droit (let. b à d), tribunaux militaires compris. Les Services du Parlement constituent un cas particulier. Ils procèdent à des acquisitions pour les autorités exécutives et les autorités législatives sans faire partie ni des unes ni des autres.

L'art. 4, al. 1, let. e, AP-LMP prévoyait l'assujettissement des bénéficiaires d'aides financières de la Confédération qui acquièrent des prestations financées à plus de 50 % par des fonds publics. Cependant, seul un petit nombre de participants à la

⁴⁸ RS 172.010.1

⁴⁹ Voir ATAF B-6177/2008 du 20 octobre 2008, consid. 3.

⁵⁰ Message du 18 décembre 2015 relatif à la loi fédérale sur l'établissement chargé de l'administration des fonds de compensation de l'AVS, de l'AI et du régime des APG (Loi sur les fonds de compensation), FF 2016 271 313.

⁵¹ RS 172.010

procédure de consultation se sont montrés favorables à cette disposition. Cette dernière a donc été abandonnée. La réglementation de la LMI reste applicable.

Al. 2

Si une autorité est soumise à la loi en vertu des dispositions de l'al. 1, les restrictions énoncées à l'al. 3 (limitation au secteur d'activité principal) ne s'appliquent pas. Dans ce cas, les valeurs seuils déterminantes pour l'application des accords internationaux sont les valeurs seuils (généralement inférieures) valables pour les adjudicateurs généraux (voir annexe 4).

L'assujettissement des adjudicateurs opérant sur des marchés sectoriels est réglé uniformément pour la Confédération et pour les cantons tant dans l'AMP que dans l'accord entre la Suisse et l'UE. Si les transports publics aériens et fluviaux ne sont pas soumis à la loi en tant que tels, celle-ci s'applique cependant aux terminaux de transport (let. c et d), à savoir aux ports, aux aéroports, aux sites de transbordement ainsi qu'aux terminaux et installations similaires servant d'interface aux extrémités des liaisons de transport.

Let. e: les services postaux occupent une place particulière. Ils étaient déjà assujettis en vertu de l'AMP 1994. L'accord entre la Suisse et l'UE n'est pas applicable aux entreprises qui fournissent des services postaux. L'annexe 1 de l'AMP 1994 mentionnait les services postaux ou, plus exactement, la Poste. Par conséquent, les services postaux et automobiles de la Poste Suisse (les PTT à l'époque) ont été soumis au droit des marchés publics, à moins qu'ils n'exercent des activités entrant en concurrence avec celles de tiers. Dans la pratique, cette réglementation pose parfois de difficiles questions de délimitation, notamment en relation avec les marchés qui concernent l'ensemble du groupe. La libéralisation progressive du marché postal (par ex. marché des colis), en particulier, soulève régulièrement des questions sur la situation en matière de concurrence. Dans l'AMP 2012, les entreprises qui fournissent des services postaux sont mentionnées dans l'annexe 3, c'est-à-dire parmi les adjudicateurs opérant sur des marchés sectoriels. Par conséquent, le P-LMP prévoit également de les assujettir en tant qu'adjudicateurs opérant sur des marchés sectoriels. Par ailleurs, l'annexe 3 de l'AMP 2012 limite l'assujettissement des entreprises fournissant des services postaux aux activités qu'elles exercent en vertu d'un droit exclusif (service réservé). C'est pourquoi le P-LMP prévoit que ces entreprises ne sont assujetties que si elles fournissent des prestations relevant du service réservé au sens de l'art. 18 de la loi du 17 décembre 2010 sur la poste (LPO)⁵² et si elles passent, pour l'exercice de cette activité, des marchés de fournitures, de services ou de construction. Pour les marchés relevant du secteur du monopole (transport des lettres dont le poids n'excède pas 50 g), la Poste sera donc, comme aujourd'hui, soumise à l'obligation de lancer des appels d'offres. On pense par exemple à l'achat de machines de tri pour les lettres de faible poids ou de conteneurs destinés au transport de ces lettres. En revanche, si la Poste veut acquérir des prestations pour le secteur des colis, ou des produits ou services informatiques destinés au groupe mais ne servant pas directement la fourniture du service réservé, elle ne sera pas considérée comme une entreprise faisant partie des adjudicateurs visés à l'art. 4, al. 2, let. e, P-LMP. Si un marché public doit servir directement à la

⁵² RS 783.0

fourniture tant de services postaux relevant du service réservé que de services postaux ne relevant pas de ce dernier, il faudra déterminer laquelle de ces deux catégories de services bénéficiera le plus du marché concerné. Comme lors de la passation de marchés mixtes, il conviendra donc de déterminer un élément prépondérant. Si l'acquisition prévue ne sert qu'accessoirement à la fourniture du service réservé, elle sera entièrement exemptée du droit des marchés publics. Il n'y aura donc pas d'effet de «contamination», dans le sens qu'il ne suffira pas qu'une part mineure de l'objet du marché soit utile au service réservé pour que le marché soit soumis au droit de marchés publics. En revanche, si l'objet d'un marché sert principalement à la fourniture de services postaux relevant du service réservé, il faudra en principe lancer un appel d'offres.

La *let. f* a trait aux transports ferroviaires, c'est-à-dire la construction et l'exploitation de chemins de fer. Dans ce secteur, sont soumis à la loi en particulier les CFF et les entreprises dont les CFF détiennent la majorité du capital et des voix (à l'exception des participations financières et d'entreprises qui n'opèrent pas directement dans le domaine du transport). Comme exemple de filiale, on peut mentionner Alp Transit Gotthard SA. Sont également soumis au P-LMP d'autres opérateurs ferroviaires qui sont sous l'influence dominante de la Confédération (par ex. BLS Netz AG ou Matterhorn Gotthard Infrastruktur AG). En revanche, les entreprises ferroviaires telles que BLS AG ou Rhätische Bahn AG sont soumises au droit cantonal, à moins que, du fait de leur importance régionale, elles n'aient fait usage du droit, prévu à l'art. 5, al. 3, de choisir le droit applicable. L'élément déterminant est toujours la construction et l'exploitation du réseau de chemins de fer. La disposition de la *let. f* concerne donc non seulement la construction et l'exploitation des voies ferrées, mais également les transports effectués sur ces dernières. Les entreprises ferroviaires gèrent ces deux domaines séparément du point de vue organisationnel ou financier (comptes distincts). Les activités des entreprises assujetties qui n'ont aucun rapport fonctionnel avec ces tâches ne sont pas soumises à la loi.

Il faudra examiner au cas par cas si le marché présente un rapport fonctionnel avec la construction et l'exploitation de chemins de fer. Un tel rapport existe dans les cas de la construction et de l'exploitation de l'infrastructure ferroviaire (travaux forestiers le long des voies compris), de l'acquisition et de l'entretien de cette infrastructure, de rails et de matériel roulant, ainsi que de la gestion des gares (au sens étroit, à savoir hall de gare, salle d'attente, guichets, distributeurs automatiques de billets, etc.). Il fait en revanche défaut lorsque les marchés concernent par exemple l'utilisation commerciale de parties de la gare par des tiers ou l'achat de marchandises ou de services destinés à RailAway, l'agence de voyages des CFF. Ces activités sont généralement exercées en concurrence avec des tiers (voir art. 2, al. 3, OMP) et ne sont donc pas soumises à la loi. Les acquisitions dans ces domaines peuvent être effectuées sans mener de procédure d'adjudication.

L'assujettissement des transports urbains sur rail prévu dans l'AMP 2012 et les valeurs seuils correspondantes sont réglés dans l'AIMP révisé.

Al. 3

Les adjudicateurs opérant sur des marchés sectoriels sont soumis à la loi non pas de manière générale, mais uniquement pour les acquisitions liées à leur principal domaine d'activité. L'al. 3 ne fonde cependant pas une limitation de l'assujettissement des adjudicateurs qui sont soumis à la loi en vertu de l'al. 1 et qui exercent des activités sur un marché sectoriel. Ces adjudicateurs sont soumis à la loi dans l'absolu, c'est-à-dire pour l'ensemble de leurs marchés publics.

Al. 4

Le dernier alinéa de l'art. 4 correspond à l'art. 2d OMP et répond à un besoin de clarification. Les dispositions du droit des marchés publics s'appliquent également à des tiers (c'est-à-dire à des services d'achat qui ne sont pas identiques à l'adjudicateur assujetti) qui achètent des prestations pour le compte de l'adjudicateur et en tant que représentant direct ou indirect de celui-ci, que ces tiers soient ou non soumis eux-mêmes à la loi. Confier la passation d'un marché à un service d'achat (central) ou à des tiers ne permet ainsi pas de contourner la loi.

Art. 5 Droit applicable*Al. 1*

À l'art. 2c OMP et, au niveau cantonal, à l'art. 8, al. 3 et 4, AIMP, le droit actuel contient déjà des règles de conflit pour les cas où des adjudicateurs de même niveau ou de niveaux différents adjudgent un marché ensemble. Cet alinéa précise et restructure ces règles. En général, c'est le droit en vigueur au siège de l'adjudicateur principal qui s'applique. L'adjudicateur principal est celui qui supporte la plus grande partie du financement. Lorsqu'un marché est passé conjointement par des adjudicateurs du niveau fédéral et par des adjudicateurs du niveau cantonal et que les premiers assument ensemble la majeure partie des coûts du marché ou, en d'autres termes, paient davantage que les adjudicateurs cantonaux réunis, c'est le droit fédéral des marchés publics qui s'applique. En revanche, lorsqu'un marché passé conjointement par la Confédération et par les cantons est financé majoritairement par des fonds cantonaux, c'est le droit cantonal qui s'applique.

Al. 2 et 3

La possibilité pour les adjudicateurs de choisir le droit applicable prévue aux al. 2 et 3 vise une utilisation optimale des ressources. Les entreprises pouvant choisir le droit applicable en vertu de l'al. 3 sont, par exemple, Flughafen Zürich AG, BLS AG ou Centrale nucléaire de Leibstadt SA. Pour des raisons de sécurité juridique, le choix du droit applicable ne doit pas se faire au cas par cas, mais rester valable pendant un certain temps. Le choix du droit applicable ne conduit en aucun cas à ce qu'un adjudicateur ou ses marchés soient exemptés du droit des marchés publics. L'ordonnance règle les modalités, par exemple la publication de l'information relative au droit choisi.

Différents actes sectoriels de la Confédération contiennent des prescriptions spécifiques quant au droit des marchés publics applicable, en particulier l'art. 8 de la loi

fédérale du 20 mars 2009 sur le développement de l'infrastructure ferroviaire⁵³, les art. 38 s. de l'ordonnance du 7 novembre 2007 sur les routes nationales⁵⁴, l'art. 15, al. 2, de l'ordonnance du 7 décembre 1998 sur les améliorations structurelles⁵⁵ ou l'art. 3a de la loi du 23 mars 2007 sur l'approvisionnement en électricité (LApEl)⁵⁶ pour l'octroi de concessions en rapport avec le réseau de transport et le réseau de distribution, les art. 60, al. 3^{bis}, et 62, al. 2^{bis}, de la loi du 22 décembre 1916 sur les forces hydrauliques (LFH)⁵⁷ et l'art. 15b du projet de modification de la loi du 5 octobre 1990 sur les subventions (LSu)⁵⁸ (voir annexe 7 P-LMP) pour la délégation de tâches publiques avec mise en concurrence. Ces règles de conflit spéciales priment les dispositions générales de l'art. 5.

La question du droit applicable se pose aussi pour les appels d'offres concernant la recherche et le choix d'investisseurs privés, par exemple dans le cas d'un partenariat public-privé (PPP), terme désignant la coopération entre les pouvoirs publics et des soumissionnaires privés en vue de l'exécution de tâches publiques⁵⁹. La question de savoir si le droit des marchés publics s'applique à un projet de PPP doit être tranchée au cas par cas en prenant en considération les prestations caractéristiques concernées⁶⁰. Étant donné que les projets de PPP peuvent revêtir des formes très variées et qu'il faut éviter de restreindre inutilement la marge de manœuvre, il est renoncé à une réglementation dans la loi.

Art. 6 Soumissionnaires

Al. 1

En vertu des engagements internationaux de la Suisse découlant de l'AMP 2012, de l'accord entre la Suisse et l'UE ainsi que d'autres accords en matière de marchés publics conclus avec des États tiers, les soumissionnaires étrangers ont accès au marché sans discrimination. Cette ouverture vaut dans la mesure des engagements réciproques. Le principe de la nation la plus favorisée s'applique également dans cette mesure. Autrement dit, invoquer ce principe ne permet pas d'obtenir des concessions supplémentaires de la part des partenaires commerciaux.

Al. 2

La condition de réciprocité énoncée à l'al. 2 est également posée dans l'actuel art. 4 LMP. Les soumissionnaires étrangers ne peuvent accéder au marché que si les soumissionnaires suisses sont effectivement habilités à présenter une offre à l'étranger. Les adjudicateurs sont toutefois autorisés à admettre les offres de soumissionnaires ayant leur siège dans un État qui n'accorde pas la réciprocité. Aucune

⁵³ RS **742.140.2**

⁵⁴ RS **725.111**

⁵⁵ RS **913.1**

⁵⁶ RS **734.7**

⁵⁷ RS **721.80**

⁵⁸ RS **616.1**

⁵⁹ Voir Association PPP Suisse, «Allgemeine Fragen zum PPP-Modell». Ce texte peut être consulté à l'adresse suivante: www.ppp-schweiz.ch/fr/>FAQ>Was ist PPP?

⁶⁰ Voir Peter Galli / André Moser / Elisabeth Lang / Marc Steiner, «Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts», 3^e éd., Zurich, 2013, ch. marg. 270 ss.

voie de droit n'existe pour contester de telles décisions des adjudicateurs. L'art. 52, al. 2, prévoit que les soumissionnaires étrangers admis à présenter une offre pour un marché non soumis aux accords internationaux ne peuvent faire recours que si l'État dans lequel ils ont leur siège accorde la réciprocité.

Al. 3

La réciprocité implique l'octroi aux soumissionnaires suisses d'un accès comparable et effectif aux marchés publics étrangers. Dans un but d'information, le Conseil fédéral est chargé d'établir une liste indicative des États qui, selon les accords internationaux en matière de marchés publics qu'il a négociés, garantissent cette réciprocité. Cette liste sera régulièrement mise à jour et pourra, sur demande, être consultée par les adjudicateurs. L'ordonnance réglera les modalités. Le Secrétariat d'État à l'économie (SECO) sera vraisemblablement chargé de tenir la liste.

Art. 7 Exemption

Al. 1

Les adjudicateurs opérant sur des marchés sectoriels ne sont soumis à la loi qu'en l'absence de concurrence dans les domaines d'activité concernés. Alors que l'AMP 2012 emploie l'expression «pleine concurrence» et que l'accord entre la Suisse et l'UE exclut l'assujettissement lorsque d'autres entreprises «sont libres de proposer les services concernés dans la même aire géographique à des conditions substantiellement identiques», le P-LMP reprend la terminologie du droit des cartels en parlant de «concurrence efficace». Si les adjudicateurs opérant sur un marché sectoriel sont exposés à une concurrence efficace dans leurs activités, le Conseil fédéral peut exempter entièrement ou partiellement de la loi les acquisitions effectuées sur le marché concerné. La procédure d'exemption en cas de concurrence efficace entre les adjudicateurs est déjà prévue dans le droit actuel (voir l'art. 2b OMP et l'ordonnance du DETEC du 18 juillet 2002 sur l'exemption du droit des marchés publics). Elle est actuellement réservée aux adjudicateurs visés à l'art. 2a OMP et à l'art. 4, al. 2, let. c^{bis}, AIMP, qui sont soumis à l'accord entre la Suisse et l'UE. Compte tenu de la note 2 relative à l'annexe 3 de l'appendice I (Suisse) de l'AMP 2012, il s'agit d'étendre la procédure d'exemption à tous les marchés sectoriels sur lesquels la concurrence est efficace. L'AiMp peut proposer des exemptions et doit être consultée au sujet des propositions d'exemption. Les marchés sectoriels et les adjudicateurs opérant sur ces derniers qui sont exemptés selon le droit en vigueur resteront exemptés sans qu'une nouvelle procédure d'exemption soit nécessaire.

Les conditions d'exemption doivent être identiques pour les pouvoirs publics et les entreprises publiques opérant sur des marchés sectoriels mentionnés à l'annexe 3 de l'appendice I de l'AMP 2012 et pour les adjudicateurs spécifiés à l'art. 3 de l'accord entre la Suisse et l'UE. Les exemptions sont arrêtées par ordonnance du Conseil fédéral et valent pour tous les soumissionnaires offrant des prestations sur les marchés sectoriels concernés.

L'exemption de marchés soumis aux accords internationaux ne prend effet qu'à la fin de la procédure définie à l'art. XIX AMP 2012. Cette procédure prévoit la notifi-

cation de l'exemption aux autres parties, la possibilité pour ces dernières de formuler des objections et l'organisation de consultations en vue de lever les objections. Lorsque les parties ne parviennent pas à s'entendre, chacune d'entre elle peut invoquer une procédure d'arbitrage.

Al. 2

La question de savoir s'il existe ou non une concurrence efficace devra être tranchée sur la base des critères indicatifs que le Comité des marchés publics de l'OMC définira en application de l'art. XIX, par. 8, let. b, AMP 2012. On déterminera si l'on est en présence ou non d'une concurrence efficace à l'aide des critères indicatifs que le Comité des marchés publics de l'OMC va fixer en application de l'art. XIX, par. 8, let. b, AMP 2012. La COMCO et le Département fédéral de l'environnement, des transports, de l'énergie et de la communication (DETEC) jouent un rôle central dans l'évaluation des aspects relevant de la concurrence: c'est ainsi que l'exemption du secteur des télécommunications en 2002 et celle du transport de marchandises sur voie à écartement normal en 2007 n'ont pu être appréciées qu'à la lumière d'un rapport préalable de la COMCO. Les futurs critères indicatifs, actuellement en négociation sous la présidence de l'UE, seront mis à la disposition de la COMCO à titre de ligne directrice. L'exigence relative à une procédure d'exemption formelle est donc maintenue.

Section 2 Champ d'application objectif

Définir la notion de marché public (art. 8) revient à définir le champ d'application objectif du droit des marchés publics. Tandis que l'AMP 1994 ne contient pas de définition de la notion de marché public, supposée évidente, l'art. II, par. 2, AMP 2012 tente d'en donner une. Selon cette disposition, l'AMP s'applique aux marchés publics (i) de marchandises, de services (travaux de construction compris), ou d'une combinaison des deux (ii) qui ne sont pas acquis pour être vendus ou revendus dans le commerce, (iii) qui sont passés par tout moyen contractuel (c'est-à-dire autrement que par l'étatisation ou l'expropriation), (iv) qui ne sont pas exclus du champ d'application dans les annexes nationales et (v) dont la valeur est égale ou supérieure à la valeur seuil spécifiée dans les annexes nationales.

Le droit interne suisse s'applique aussi aux marchés qui ne sont pas soumis aux accords internationaux. Ainsi, sont également soumis à la loi par exemple les services et travaux de construction ne figurant pas sur les listes positives de l'AMP 2012 qui sont déterminantes pour la Suisse, ainsi que tous les marchés (fournitures, services, travaux de construction) d'une valeur inférieure aux valeurs seuils arrêtés sur le plan international. Une série de dispositions s'appliquent spécifiquement à ces marchés. Ainsi, ceux-ci peuvent être passés selon un type de procédure supplémentaire, à savoir la procédure sur invitation, et les exigences en matière de délais sont moins sévères. De plus, les soumissionnaires étrangers ne sont admis à participer à ces marchés que si l'État où ils ont leur siège accorde la réciprocité. Enfin, une protection juridique secondaire est prévue pour les recours contre des décisions relatives à ces marchés.

L'assujettissement de ces marchés au droit national des marchés publics est imposé par le droit constitutionnel. Les principes de la liberté économique et de neutralité

concurrentielle (art. 94, al. 1 et 4, Cst.), en particulier, exigent que la procédure d'adjudication des marchés publics soit transparente et non discriminatoire. C'est pourquoi le droit actuel règle déjà en détail l'adjudication des marchés qui ne sont pas soumis aux accords internationaux (chap. 3 OMP). Ces règles seront maintenues, mais au niveau – plus approprié – de la loi.

Art. 8 Marché public

Le droit suisse en vigueur (LMP, OMP, AIMP, DEMP) ne donne pas de définition du marché public. La jurisprudence a formulé ponctuellement des critères d'assujettissement objectif. Cette situation est à l'origine d'une insécurité juridique, que le P-LMP élimine.

Al. 1

Un marché public est un contrat par lequel un adjudicateur soumis à la loi acquiert contre rémunération les prestations dont il a besoin pour accomplir ses tâches. La prestation achetée doit permettre ou faciliter l'exécution d'une tâche publique incombant à l'adjudicateur. Les adjudicateurs au sens du P-LMP sont les unités administratives, les autorités et les entreprises qui acquièrent une prestation, délèguent une certaine tâche publique ou octroient une certaine concession (voir art. 4 et 9).

L'*accomplissement d'une tâche publique* est un premier élément clé de la définition d'un marché public. Constituent des tâches publiques toutes les tâches que l'État doit accomplir en vertu d'une norme juridique. Elles vont des tâches de police au service public, en passant par la protection de l'environnement. Les marchés permettant d'accomplir des tâches qui servent uniquement des intérêts privés ne sont, eux, pas soumis au droit des marchés publics⁶¹.

Les contrats de *sponsoring* constituent un cas particulier présentant des analogies avec les partenariats public-privé. Il s'agit également d'une collaboration entre les pouvoirs publics et des soumissionnaires privés, qui n'implique pas toujours l'obligation de fournir une contre-prestation directe. Il convient de distinguer les purs contrats de *sponsoring*, destinés uniquement à promouvoir la réalisation d'une tâche choisie par le bénéficiaire, des contrats mixtes, qui portent non seulement sur une action de promotion, mais également sur une prestation directe (par ex. un paiement en échange de la mise à disposition d'une place de stand dans le cadre d'une manifestation). Est affectée à l'action de promotion la somme versée en plus du montant dû pour la contre-prestation directe. Cette somme peut représenter une part plus ou moins importante du montant total du contrat. Elle constitue une aide financière et son versement doit donc nécessairement reposer sur une disposition légale. Les aides financières ne sont pas soumises au droit des marchés publics (art. 10, al. 1, let. c, P-LMP). La prestation directe acquise sur la base d'un contrat mixte doit, quant à elle, être considérée comme l'objet d'un marché public au sens du droit des marchés publics, marché dont la valeur correspond au prix usuel du marché pour une telle prestation.

⁶¹ Voir en particulier ATF 2C_198/2012 du 16 oct. 2012.

La loi ne porte que sur des *contrats passés à titre onéreux*. La contre-prestation ne doit cependant pas toujours consister dans de l'argent. Elle peut également prendre la forme d'avantages appréciables en argent (comme la possibilité de jouir d'un droit exclusif). En revanche, un marché public implique obligatoirement une *relation d'échange (synallagma)*, dans laquelle l'adjudicateur est l'acquéreur de la prestation. Les contrats unilatéraux, tels que les donations, et les contrats bilatéraux imparfaits, tels que les prêts à usage, ne constituent pas des marchés publics. La prestation et la contre-prestation ne doivent pas nécessairement être échangées directement entre les mêmes parties. La prestation peut être fournie au profit non pas de l'adjudicateur, mais de tiers. De même, le soumissionnaire peut être rémunéré non pas par l'adjudicateur, mais par des tiers.

Finalement, on ne peut parler de marché public que lorsque la prestation caractéristique est fournie par le soumissionnaire. Est caractéristique la prestation acquise en échange d'argent ou d'avantages appréciables en argent. Il n'est pas nécessaire que l'adjudicateur bénéficie lui-même de la prestation caractéristique acquise. Un achat peut profiter à des tiers (bénéficiaires de la tâche publique) sans que cela remette en question sa qualification de marché public.

Al. 2

Les marchés publics au sens du P-LMP servent à acquérir des travaux de construction, des fournitures (marchandises) et des services. Cette catégorisation des prestations, qui remonte aux listes des engagements pris par la Suisse au titre des accords internationaux en matière de marchés publics, est déjà reprise dans la LMP ainsi que dans l'AIMP et les DEMP. Les annexes 1, 2 et 3 de la loi précisent quelles prestations peuvent faire l'objet de marchés publics soumis aux accords internationaux.

Al. 3

Par marchés mixtes, il faut entendre des marchés publics composés de différents types de prestations (travaux de construction, fournitures, services). Les contrats portant sur des projets informatiques, par exemple, constituent souvent de tels marchés. Lorsqu'un marché porte à la fois sur des travaux de construction et des services, comme dans le cas d'un contrat d'entreprise totale ou générale, le marché global doit être considéré comme un marché de construction. La qualification de marchés mixtes est essentielle pour pouvoir déterminer la valeur seuil applicable (voir art. 16). Conformément à la théorie de l'élément prépondérant développée par la jurisprudence, la nature d'un marché composé de prestations de différents types est déterminée par le type de la prestation dont la valeur est la plus importante. Cet alinéa interdit de combiner ou de regrouper des prestations, interdiction qui fait pendant à l'interdiction de diviser un marché énoncée à l'art. 15, al. 2. Il est par exemple interdit d'acquérir des services et des fournitures soumis au droit des marchés publics en même temps que des prestations exemptées en vertu de l'art. 10, si cela conduit à contourner les dispositions de la loi. Cela vaut même si l'adjudicateur n'agit pas intentionnellement de manière illicite. Un regroupement – objectivement fondé – de prestations soumises et de prestations non soumises à la loi n'entraîne pas la «contamination» de l'ensemble du marché si les prestations dont la valeur est la plus élevée ne sont pas soumises au droit des marchés publics. La pratique déroga-

toire du Tribunal administratif fédéral en lien avec une activité sectorielle⁶² conduirait à soumettre à la loi, en violation de cette dernière, les prestations dont la valeur est objectivement la plus importante, ce qui ne répond pas à la volonté du législateur.

Al. 4

Sont soumises aux accords internationaux et à la loi les prestations énumérées aux annexes 1 à 3 P-LMP et dont la valeur atteint au moins les valeurs seuils indiquées à l'annexe 4, ch. 1. L'annexe 1 contient la liste positive des travaux de construction et l'annexe 3 la liste positive des services. L'annexe 2, ch. 1.2, contient la liste positive du matériel pour la défense et la sécurité. L'annexe 2, ch. 1.1, let. a, ne concerne pas uniquement les adjudicateurs militaires, mais aussi les autres adjudicateurs compétents en matière de sécurité (par ex. la protection civile, le Corps des gardes-frontière, les autorités douanières). Selon l'annexe 2, ch. 1.1, let. b, sont également soumises aux accords internationaux toutes les marchandises acquises par d'autres adjudicateurs. Ces annexes correspondent aux annexes 4, 5 et 6 de l'appendice I (Suisse) de l'AMP 2012.

Enfin, l'annexe 4 indique les valeurs seuils fixées pour les différents types de marchés; le ch. 1 concerne les marchés soumis aux accords internationaux et le ch. 2 les autres marchés. Les valeurs seuils figurant à l'annexe 4, ch. 1, seront adaptées périodiquement par le Conseil fédéral, après consultation de l'AiMp, en fonction des engagements internationaux et des cours de change (art. 16, al. 1, P-LMP).

Seules les catégories de services énumérées dans les listes positives des services et des travaux de construction sont soumises aux accords internationaux. Ces derniers s'appliquent par exemple aux services informatiques (CPC⁶³ 84) mais pas à la location de services (CPC 872), même si ces services sont fournis dans le domaine informatique. Les marchés portant sur des services qui ne sont pas mentionnés dans la liste positive doivent être adjugés selon les dispositions applicables aux marchés non soumis aux accords internationaux. Tandis que le droit en vigueur ne prévoit pas de droit de recours pour les marchés non soumis aux accords internationaux, le P-LMP offre une protection juridique (secondaire) pour ces derniers (voir le commentaire du chap. 8).

Al. 5

L'annexe 5 donne une vue d'ensemble des marchés publics qui ne sont pas soumis aux accords internationaux et mentionne les dispositions qui leur sont spécifiquement applicables. Ces marchés présentent des particularités quant à leur ouverture aux soumissionnaires étrangers (art. 6, al. 2), à la valeur déterminante pour le choix de la procédure lorsqu'ils portent sur des travaux de construction (art. 16, al. 4 et 5), à l'importance de la procédure sur invitation (art. 20), à la prise en compte de l'offre de places de formation (art. 29, al. 2), au délai de remise des offres (art. 46, al. 4), au moment où le contrat peut être conclu (art. 42, al. 1) ainsi qu'à la protection juri-

⁶² Voir ATAF B-4288/2014 du 25 mars 2015, consid. 2.1 et 2.2.

⁶³ CPC = «Central Product Classification» (Classification centrale des produits des Nations Unies); cette classification est publiée sur la plateforme Internet prévue à l'art. 48, al. 1, P-LMP.

dique accordée (art. 52, al. 2). Ces dispositions particulières applicables aux acquisitions sur le marché intérieur permettent d'assouplir la procédure d'adjudication, sans pour autant compromettre l'atteinte du but de la loi.

L'art. 6, par. 3, de l'accord entre la Suisse et l'UE étend indirectement les principes de traitement national et de non-discrimination aux marchés dont la valeur n'atteint pas les valeurs seuils déterminantes définies dans les accords internationaux. Contrairement aux adjudicateurs subcentraux (cantons, communes et autres organes assumant des tâches cantonales ou communales), les adjudicateurs de la Confédération sont assujettis de manière indifférenciée, dans le sens que ceux qui sont assujettis pour les marchés soumis aux accords internationaux le sont également pour les marchés non soumis aux accords internationaux.

La notion de marchés soumis à la loi (assujettissement objectif) est, quant à elle, étendue à quatre égards.

- Premièrement, elle est étendue aux marchés dont la valeur est inférieure aux seuils fixés dans les accords internationaux. Il est prévu que les marchés portant sur des fournitures ou des services et les marchés portant sur des travaux de construction feront l'objet d'une procédure sur invitation dès que leur valeur atteindra respectivement au moins 150 000 francs et 300 000 francs. Cela n'entraîne pas l'extension du champ d'application subjectif, tel qu'il est défini à l'art. 4 P-LMP. Il y a également une extension au niveau des types de marchés ou de prestations soumis. Tandis que les accords internationaux définissent des listes positives pour les marchandises militaires, les services et les travaux de construction, le droit interne s'applique à tous les marchés publics, quelle que soit leur classification.
- Deuxièmement, la délégation de tâches publiques et l'octroi de concessions obéissent aussi, sous certaines conditions, aux règles du droit des marchés publics (art. 9 P-LMP).
- Troisièmement, les acquisitions effectuées dans les domaines de la défense nationale et de la sécurité sont soumises au droit des marchés publics même s'ils n'entrent pas dans le champ d'application de l'AMP 2012. La notion générale d'armement, définie à l'annexe 5, ch. 1, let. c, doit être mise en relation directe avec l'annexe 1 de la loi. Pour la définition de la notion de matériel de guerre, on peut se référer à l'art. 5 de la loi fédérale du 13 décembre 1996 sur le matériel de guerre⁶⁴ et à la liste de munitions de l'arrangement de Wassenaar, sur laquelle est fondée l'annexe 1 de l'ordonnance du 25 février 1998 sur le matériel de guerre^{65, 66}.
- Quatrièmement, les marchés passés dans le cadre de la coopération internationale au développement, de la coopération avec l'Europe de l'Est ainsi que de la promotion de la paix et de la sécurité humaine, bien qu'ils soient exemptés de l'AMP 2012 (art. II, par. 3, AMP 2012), sont soumis eux aussi à la loi (annexe 5, ch. 1, let. d), sous réserve des exceptions prévues à l'art. 10.

⁶⁴ RS 514.51

⁶⁵ RS 514.511

⁶⁶ Voir CRM 2003-004 du 27 mars 2003, consid. 3 s.

Art. 9 Délégation de tâches publiques et octroi de concessions

Contrairement aux concessions de travaux, lesquelles sont soumises au droit des marchés publics notamment dans l'UE, dans les États membres de l'AELE (à l'exception de la Suisse) et en Corée, les concessions de services ne sont couvertes ni par l'AMP 1994 ni par l'AMP 2012. Selon la définition légale donnée dans la directive 2014/23/UE⁶⁷, une concession de travaux est «un contrat conclu par écrit et à titre onéreux par lequel un ou plusieurs pouvoirs adjudicateurs (...) confient l'exécution de travaux à un ou à plusieurs opérateurs économiques, la contrepartie consistant soit uniquement dans le droit d'exploiter les ouvrages qui font l'objet du contrat, soit dans ce droit accompagné d'un prix». Un exemple en est la construction et l'exploitation de tunnels ou de tronçons d'autoroute par des entreprises privées.

Par analogie, une concession de services est définie comme «un contrat conclu par écrit et à titre onéreux par lequel un ou plusieurs pouvoirs adjudicateurs (...) confient la prestation et la gestion de services (...) à un ou à plusieurs opérateurs économiques, la contrepartie consistant soit uniquement dans le droit d'exploiter les services qui font l'objet du contrat, soit dans ce droit accompagné d'un prix»⁶⁸. Ces services peuvent consister par exemple dans l'élimination de certains déchets ou dans l'exploitation d'un parking public.

Compte tenu de ses engagements internationaux, rien n'oblige la Suisse à soumettre l'ensemble des concessions à la loi. Si un jour elle instaurait des concessions de travaux, leur octroi devrait faire l'objet, vis-à-vis des États susmentionnés et de certains partenaires d'accords de libre-échange, d'un appel d'offres public (voir l'annexe 6 de l'appendice I [Suisse] de l'AMP 2012). Il existe en Suisse un grand nombre de concessions de services, sans que ce terme soit entré dans l'usage.

Les concessions relevant du droit administratif suisse sont multiples – la concession n'existe pas. Elles sont soumises au droit des marchés publics lorsqu'il s'agit de déléguer une tâche publique, élément définitoire d'un marché public selon l'art. 8. Au sens du P-LMP, l'octroi d'une concession à une entreprise privée implique que cette dernière se voit accorder des droits qu'elle n'avait pas avant. Les concessions sans rapport avec des tâches publiques (par ex. les concessions d'usage privatif) ou qui ne confèrent aucun statut singulier au soumissionnaire ne sont pas soumises à la loi. Les cantons et les communes sont soumis à l'obligation, prévue à l'art. 2, al. 7, LMI, de lancer un appel d'offres pour les concessions. Pour l'octroi de concessions de monopoles et de concessions de services publics, le droit des marchés publics, axé sur la concurrence et la rentabilité, n'est pas non plus toujours approprié. C'est pourquoi les règles de droit spécial priment (par ex. art. 3a LApEl, art. 60, al. 3^{bis}, et 62, al. 2^{bis}, LFH).

L'art. 6 de la loi fédérale du 20 décembre 1957 les chemins de fer⁶⁹ ne prévoit par exemple aucune obligation de mise au concours pour les concessions d'infrastructures. La loi du 20 mars 2009 sur le transport de voyageurs (LTV)⁷⁰ ne prévoit pas non plus d'obligation générale de mise au concours. Elle dispose qu'un appel

⁶⁷ Art. 5, par. 1, let. a, de la directive 2014/23/UE (voir note de bas de page n° 39).

⁶⁸ Art. 5, par. 1, let. b, de la directive 2014/23/UE (voir note de bas de page n° 39).

⁶⁹ RS 742.101

⁷⁰ RS 745.1

d'offres est nécessaire pour les marchés concernant le transport par route (art. 32, al. 1, LTV). Quant aux marchés portant sur le transport ferroviaire, elle prévoit qu'ils peuvent faire l'objet d'un appel d'offres (art. 32, al. 3, LTV). Lorsqu'une procédure de mise au concours est lancée, celle-ci est coordonnée avec la procédure d'octroi ou de renouvellement de la concession. La décision d'adjudication prise à l'issue de la procédure de mise au concours et l'octroi de la concession ou son renouvellement font partie de la même décision (art. 32b LTV). Certains domaines des droits des eaux, de l'énergie, des télécommunications et de la radiodiffusion sont également exclus du champ d'application du droit des marchés publics. Pour ce qui est du droit des télécommunications, sont concernés l'octroi d'une concession de service universel (art. 14 de la loi du 30 avril 1997 sur les télécommunications [LTC]⁷¹), l'octroi d'une concession de radiocommunication (art. 24 LTC) et le transfert de la gestion et de l'attribution à des tiers de certaines ressources d'adressage (art. 28, al. 2, LTC). La législation en matière de radiodiffusion, quant à elle, contient des dispositions dérogatoires concernant l'octroi d'une concession de diffusion à la Société suisse de radiodiffusion et télévision (SSR) (art. 25 de la loi fédérale du 24 mars 2006 sur la radio et la télévision [LRTV]⁷²) ainsi que l'octroi à d'autres diffuseurs de concessions de diffusion assorties d'un mandat de prestations et donnant droit (art. 38 ss LRTV) ou ne donnant pas droit (art. 43 ss LRTV) à une quote-part de la redevance.

Du fait de ressources restreintes et de par sa concentration sur ses compétences clés, l'État a confié à des entreprises privées des tâches publiques relevant de différents domaines, et ce à tous les échelons (Confédération, cantons et communes). Au regard du droit des finances et de l'accès non discriminatoire au marché, peu importe que l'État acquière une prestation ou qu'il confie son exécution à un tiers, qui assume alors le risque d'entreprise. Dans les deux cas, il faut veiller à ce que l'exécution de la prestation ou de la tâche soit efficace et que tout soumissionnaire qualifié puisse présenter une offre de services. À ce jour, il n'existe pas de dispositions régissant la procédure de délégation de tâches publiques. Par ailleurs, la jurisprudence relative à de telles délégations n'est pas claire. Les dispositions proposées (art. 9 P-LMP et l'art. 15b LSu) visent à remédier à cette situation et à assurer la sécurité juridique.

La notion de tâches publiques englobe tous les secteurs dans lesquels une responsabilité d'exécution incombe à l'État. On peut citer comme exemple des secteurs politiques, tels que la police, c'est-à-dire la protection de l'ordre et de la sécurité publics, la politique de la santé ou encore la politique sociale. Si la loi, par exemple, oblige l'État à veiller à l'élimination de déchets problématiques, ce dernier a la possibilité de déléguer cette tâche à des tiers, pour autant qu'une base légale l'y autorise. Une telle délégation possède en principe toutes les caractéristiques d'un marché public⁷³. Si l'État, se fondant sur une base légale, décide de confier une tâche publique à des tiers, la délégation de cette tâche publique est en principe soumise au droit des marchés publics, que l'exécution de cette tâche soit financée directement par l'adjudicateur ou par un fonds ou une assurance. Selon l'art. 9

⁷¹ RS 784.10

⁷² RS 784.40

⁷³ Voir CRM 1999/006 du 3 déc. 1999.

P-LMP, les dispositions des lois spéciales sont réservées. Cette réserve est nécessaire, car le droit des marchés publics n'est pas approprié pour toutes les délégations de tâches. En ce qui concerne la délégation de tâches relevant de la surveillance économique ou de la surveillance de la sécurité ou la délégation de services ayant un caractère monopolistique, par exemple, le délégataire est parfois désigné explicitement dans un acte spécial⁷⁴ ou un organisme *ad hoc* est institué pour l'exécution de ces tâches ou prestations. Dans ces cas, il n'y a donc pas de concurrence. Lorsque la tâche doit être déléguée à une personne de droit privé, que plusieurs soumissionnaires sont à même de l'assumer et que son accomplissement donne lieu au versement d'une indemnité, le bénéficiaire de la délégation doit être choisi selon une procédure transparente, objective et impartiale. Afin de garantir cela, il est proposé de compléter l'art. 10, al. 1, let. e, LSu par un nouveau ch. 1. On prévoit également d'introduire à l'art. 10, al. 1, let. e, LSu un nouveau ch. 2 disposant qu'il faut régler dans la loi spéciale concernée la forme juridique (décision ou contrat de droit public) de la délégation, les conditions applicables à la délégation et les voies de droit et que si ces dernières ne sont pas réglées, ce sont les dispositions de la LSu relatives aux voies de droit qui s'appliquent.

À l'heure actuelle, il n'existe aucune obligation de régler la procédure de sélection du délégataire d'une tâche publique. C'est pourquoi de nombreuses lois spéciales ne contiennent aucune disposition ou que des dispositions insuffisantes en la matière. Dans un tel cas, la sélection peut s'effectuer en appliquant les dispositions du droit de marchés publics. La délégation de tâches publiques étant régie principalement par la LSu, l'application du droit des marchés publics aux fins d'une telle sélection nécessite cependant qu'on règle différents points. On prévoit ainsi d'introduire dans la LSu un nouvel article (art. 15b) disposant que la procédure de sélection est régie par les dispositions de la LMP (révisée) qui sont applicables aux marchés non soumis aux accords internationaux (al. 1), que l'ouverture de la procédure de sélection est publiée dans la Feuille fédérale (al. 2) et que les voies de droit ainsi que la délégation et l'indemnité octroyée après la clôture définitive de la procédure de sélection sont régies par les dispositions de la LSu (al. 2 et 3).

Étant donné que l'art. 9 P-LMP se réfère, concernant les délégations de tâches publiques, aux dispositions spéciales (LSu ou autre loi spéciale), ces délégations doivent être distinguées des autres marchés publics. Cette distinction n'est cependant pas toujours facile à faire. Bien que la délégation d'une tâche publique doive toujours reposer sur une base légale, l'existence d'une telle base n'implique pas forcément qu'il y ait délégation d'une tâche publique. En effet, d'autres marchés publics sont régis par des dispositions légales. Un autre critère de distinction qui n'a qu'une utilité limitée est le libellé des dispositions concernées: celui-ci est souvent le même. Il est dit que l'administration est habilitée à faire appel à des tiers, à confier des contrôles ou à déléguer certaines tâches à des tiers. Seul l'examen des documents explicatifs permet de déterminer si l'objet de la délégation consiste dans une simple activité administrative auxiliaire ou dans des compétences plus étendues. Les articles de loi se ressemblent également du point de vue de leur densité normative. Relativement anciennes, les dispositions concernant la délégation de tâches publiques ne

⁷⁴ Voir par ex. l'art. 2, al. 2, de l'ordonnance du 18 décembre 1995 sur le service de la navigation aérienne, RS **748.132.1**.

répondent souvent plus aux exigences actuelles. Au lieu de définir les tâches concernées et les modalités de la délégation et de régler la surveillance par la Confédération, le financement, la responsabilité ainsi que les questions de procédure et éventuellement d'organisation, elles disposent souvent uniquement que lesdites tâches peuvent être déléguées. Le critère déterminant ne réside pas non plus dans la forme de la délégation (même si la délégation d'une tâche publique donne généralement lieu à la conclusion d'un contrat de droit public, tel qu'une convention de prestations), mais dans son effet. La question de savoir si l'on a affaire à la délégation d'une tâche publique ou à un autre marché public doit être tranchée au cas par cas. Compte tenu de cette difficulté à circonscrire la notion de délégation d'une tâche publique, on a indiqué dans le tableau ci-dessous quelques exemples de dispositions fédérales habilitant les autorités à déléguer des tâches publiques à des tiers, tâches dont la délégation peut faire l'objet d'un appel d'offres. Ces exemples doivent permettre de mieux comprendre dans quels cas l'art. 9 P-LMP s'appliquerait.

N° RS	Article/loi	Objet
RS 725.11	Art. 49a, al. 2, de la loi fédérale sur les routes nationales (LRN)	Délégation à des tiers de l'exécution de l'entretien courant et des travaux d'entretien ne faisant pas l'objet d'un projet (lorsqu'aucun canton n'est disposé à assumer ces tâches)
RS 730.0	Art. 15b ^{bis} , al. 7, de la loi sur l'énergie (LEne)	Délégation de tâches d'exécution en rapport avec le remboursement du supplément sur les coûts de transport des réseaux à haute tension
RS 734.0	Art. 21, ch. 2, la loi sur les installations électriques (LIE)	Délégation du contrôle de l'exécution des prescriptions concernant les autres installations à faible et à fort courant, y compris les machines électriques, à une inspection spéciale désignée par le Conseil fédéral
RS 784.40	Art. 69d, al. 1, de la loi fédérale sur la radio et la télévision (LRTV)	Délégation de la perception de la redevance de réception et des tâches qui en découlent à un organe indépendant (organe de perception)

Les valeurs seuils mentionnées à l'annexe 4 sont également valables pour la délégation de tâches publiques et l'octroi de concessions. Comme pour d'autres marchés publics, il y a lieu de déterminer la nature du marché (travaux de construction, fournitures ou services) sur la base de la prestation caractéristique fournie par le soumissionnaire. Dans le cas de marchés mixtes, la nature du marché est déterminée par le type de la prestation dont la valeur est la plus importante.

Art. 10 Exceptions

Cette disposition dresse la liste des prestations exclues du champ d'application de la loi. Cette liste est exhaustive. Toutes les exceptions sont déjà définies dans les accords internationaux ou résultent d'une réserve émise par la Suisse lors de son adhésion à ces derniers.

Cet article transpose dans le droit national les exceptions prévues aux art. II, par. 2, et III AMP 2012, étant précisé que les formulations des actuels art. 3 LMP et 10 AIMP ont été si possible conservées.

Al. 1

Let. a: le principe selon lequel l'acquisition de prestations destinées à être vendues ou revendues dans le commerce est exemptée s'applique à tous les adjudicateurs, conformément à l'art. II, par. 2, let. a (ii), AMP 2012. «Vente ou revente dans le commerce» signifie aliénation dans des conditions de concurrence. Si, par exemple, l'exploitant d'un réseau de distribution achète du courant pour le livrer exclusivement à des consommateurs finaux libres, cette opération n'est pas soumise à la loi. La pression concurrentielle sur le marché en aval garantit que l'acquisition se fera dans des conditions de concurrence efficace.

Let. b: les immeubles sont les biens-fonds, les droits distincts et permanents immatriculés au registre foncier (par ex. le droit de superficie distinct), les parts de copropriété d'un immeuble ainsi que les mines (art. 655, al. 2, du code civil [CC]⁷⁵). Les constructions sont des bâtiments ou des parties de bâtiments. Les installations sont des ouvrages d'infrastructure tels que des routes et des antennes de téléphonie mobile.

Let. c: l'exception visée ici n'est qu'apparente et concerne l'octroi d'aides financières (voir art. 3, al. 1, LSu). Ces avantages monnayables servent exclusivement à assurer ou à promouvoir la réalisation d'une tâche que l'allocataire a décidé d'assumer et sont exclus du champ d'application de la loi.

Let. d: cette exception couvre par exemple la gestion de dettes publiques, de liquidités ou de devises. Sont également exclues du champ d'application de la loi la gestion de fortune (pour toutes les catégories de placements telles que liquidités, obligations, actions, immeubles, parts de fonds, produits structurés et dérivés, placements alternatifs, etc.) ainsi que l'acquisition de services associés, quel que soit l'organe qui assume cette tâche ou qui attribue un mandat correspondant. Est concernée notamment la gestion de fortune par des institutions du premier (compenswiss) et du deuxième pilier (PUBLICA) ainsi que par d'autres unités administratives ou organisations (par ex. la Trésorerie fédérale, le fonds de désaffectation et le fonds d'évacuation des déchets visés aux art. 77 ss de la loi du 21 mars 2003 sur l'énergie nucléaire [LENu]⁷⁶ et dans l'ordonnance du 7 décembre 2007 sur le fonds de désaffectation et sur le fonds de gestion [OFDG]⁷⁷). Au surplus, les notions de services financiers et d'instruments financiers doivent être comprises au sens des définitions figurant dans le projet de loi sur les services financiers.

⁷⁵ RS 210

⁷⁶ RS 732.1

⁷⁷ RS 732.17

La *let. e* correspond à l'actuel art. 3, al. 1, *let. a*, LMP.

La *let. f* concerne aussi une exception qui n'est qu'apparente: le fait pour un adjudicateur public d'engager du personnel ne constitue pas un marché public. Cette règle vaut aussi pour les rapports de travail soumis au code des obligations (CO)⁷⁸. En revanche, la location de services en vue de l'exécution d'une prestation est en principe soumise à la loi révisée. La location de services n'étant couverte par aucune des catégories de services énumérées à l'annexe 3, elle n'est pas soumise aux accords internationaux et doit donc être traitée selon les dispositions régissant l'adjudication des marchés non soumis aux accords internationaux.

Let. g: la toile de fond de cette exception, qui concerne en particulier les mandats d'avocat, est constituée par les procédures liées à des accords de protection des investissements. Lorsqu'un État fait l'objet d'une procédure devant un tribunal arbitral, un autre tribunal ou une autorité de conciliation nationaux ou internationaux, il doit généralement faire appel à des ressources externes pour sa défense. On pense notamment aux procédures pour des litiges concernant la protection des investissements, aux actions devant la Cour internationale de justice de La Haye, aux procédures de règlement des différends dans le cadre de l'OMC et aux procédures analogues prévues par les accords de libre-échange. Certaines procédures, en particulier celles qui sont introduites en vertu d'accords de protection des investissements, prévoient une période de réflexion préalable, en général de douze mois. La non-application d'une procédure d'adjudication pour cause d'urgence n'entre pas en ligne de compte dans ces situations et, si la loi ne prévoyait pas de clause d'exception, un appel d'offres devrait être lancé pour un mandat de représentation. Plaidant contre l'appel d'offres et, partant, en faveur de l'introduction d'une exception, des facteurs tels que la tactique judiciaire, le respect des délais et la relation de confiance particulière qui s'établit avec l'avocat mandaté. Avant même qu'un appel d'offres ne puisse avoir lieu, il faudrait solliciter les conseils d'un avocat dans la procédure en question, ne serait-ce que pour pouvoir formuler correctement l'appel d'offres. Le cabinet d'avocat consulté ne pourrait cependant pas participer à l'appel d'offres relatif au mandat principal, pour cause de préimplication. La neutralisation de la préimplication par une information préalable de tous les soumissionnaires potentiels nuirait, quant à elle, à la tactique judiciaire. Au final, ce serait précisément la personne (ou le cabinet) avec laquelle une relation de confiance particulière a été tissée qui serait exclue pour le mandat de représentation, ce qui ne serait pas dans l'intérêt de la Confédération si elle se retrouvait partie défenderesse.

L'exception prévue à la *let. g* est cohérente avec la liste positive figurant à l'annexe 5 de l'AMP («services de conseils en matière de droit du pays d'origine et de droit international», partie du CPC 861). Les services de documentation et de traduction ainsi que les mandats d'expertise constituent des exemples de «services associés» à un mandat de représentation. L'art. 10, *let. d*, ch. i et ii, de la directive 2014/24/UE⁷⁹ prévoit une exception similaire.

Let. h: les marchés passés dans le cadre de l'aide humanitaire internationale d'urgence ou de l'assistance internationale agricole ou alimentaire ne sont pas sou-

⁷⁸ RS 220

⁷⁹ Voir note de bas de page n° 40.

mis à la loi lorsque le critère d'urgence est rempli (ch. 1). Serait donc notamment exemptée l'acquisition de matériel d'aide d'urgence, de nourriture et de médicaments en faveur des survivants d'un tremblement de terre ou d'une inondation. Le droit des marchés publics reste cependant applicable à la prévention et à la planification (par ex. contrats-cadres sur la base desquels des services peuvent être commandés en cas d'urgence). Dans le cadre de la coopération internationale, la Suisse conclut dans la mesure du possible avec les États bénéficiaires des accords internationaux portant sur les projets à réaliser en commun. Les signataires conviennent dans ces accords des modalités et principes selon lesquels les marchés publics nécessaires pour la mise en œuvre des projets seront passés (ch. 2). Cela vaut également pour la coopération avec les organisations internationales et pour les cas où la Suisse passe des marchés publics dans le cadre d'opérations coordonnées au niveau international. Les organisations internationales telles que l'ONU ont défini des procédures d'adjudication propres, qui doivent être appliquées de manière uniforme. Il n'y a pas de raison que ces procédures soient adaptées de force au droit suisse (ch. 3). Cette exception couvre donc également les cas dans lesquels un adjudicateur public soumis à la loi acquiert des prestations auprès d'une organisation internationale (par ex. des systèmes informatiques développés par cette dernière et que l'adjudicateur destine à ses collaborateurs). Les organisations internationales sont soumises, quant à elles, à leur propre règlement en matière d'acquisitions et facturent leurs travaux de construction, fournitures et services aux conditions qu'elles ont elles-mêmes définies.

Les mesures de coopération internationale visent notamment à promouvoir les capacités locales, y compris celles du secteur privé (voir par ex. art. 5 et 6 de la loi fédérale du 19 mars 1976 sur la coopération au développement et l'aide humanitaire internationales⁸⁰). Afin d'atteindre cet objectif, les services fédéraux compétents peuvent procéder à des appels d'offres locaux à l'intention des soumissionnaires locaux dans le pays bénéficiaire. Cette procédure doit également être possible par exemple lorsque, pour des raisons politiques, aucun accord international ne peut être conclu avec l'État bénéficiaire (voir ch. 2). En ce qui concerne le ch. 4, une procédure est considérée comme équivalente lorsqu'elle garantit l'utilisation économique des fonds publics ainsi que l'observation des principes du droit des marchés publics.

Al. 2

En application de l'obligation de transparence, l'adjudicateur doit établir une documentation sur les marchés visés à la let. h (aide et coopération internationales). Il est libre de la publier ou non.

Al. 3

Cette disposition exempte quatre types de marchés: les monopoles, les marchés *in-state*, *in-house* et *quasi in-house*. Pour les entreprises opérant sur des marchés sectoriels, ces exceptions (qui conduisent à la non-application du droit des marchés publics en général) doivent être interprétées et appliquées à la lumière des notes relatives à l'annexe 4 de l'appendice I (Suisse) de l'AMP 1994 ainsi qu'en accord avec l'annexe VIII de l'accord entre la Suisse et l'UE.

⁸⁰ RS 974.0

Let. a: selon la let. B, ch. 2, de l'annexe 7 de l'appendice I (Suisse) de l'AMP 2012, sont exemptés les achats de fournitures et de services qui ne peuvent être effectués qu'auprès d'organisations disposant d'un droit exclusif (monopole), par exemple sur le marché de l'eau potable.

Let. b: l'exception concernant les marchés *in-state* signifie qu'un achat effectué par un adjudicateur auprès d'un autre adjudicateur (assujéti), que celui-ci opère au même niveau ou à un autre niveau de l'État (Confédération, cantons ou communes) que celui-là, ne doit pas faire l'objet d'un appel d'offres. Cette exception est déjà prévue à la let. B, ch. 1, de l'annexe 7 de l'appendice I (Suisse) de l'AMP 2012. Le droit européen est plus strict sur ce point⁸¹. L'exception n'en est pas moins judicieuse, étant donné que l'achat n'a pas lieu dans un contexte de concurrence. Il ressort de la deuxième partie de la phrase que l'exception ne s'applique pas lorsqu'un soumissionnaire qui est simultanément adjudicateur est en concurrence avec des entreprises privées pour la fourniture de ses prestations.

L'exception concernant les marchés *in-state* implique en général qu'aucun soumissionnaire privé ne soit associé au soumissionnaire potentiel. Peu importe que l'adjudicateur qui doit fournir la prestation concernée soit soumis au droit des marchés publics applicable au lieu de son siège ou au droit fédéral. Pour que l'obligation d'appel d'offres soit levée, il faut que la concurrence ne soit pas faussée. C'est pourquoi les adjudicateurs n'ont pas l'autorisation générale de confier, sans lancer d'appel d'offres, des mandats portant sur des expertises ou sur des essais de produits à une institution du domaine des EPF ou à une université cantonale, dans la mesure où ces hautes écoles sont (également) en concurrence avec des soumissionnaires privés pour fournir ces prestations à des tiers. Il faut déterminer au cas par cas si une prestation est fournie en concurrence avec des soumissionnaires privés.

Des marchés *in-state* peuvent être passés par exemple lorsque plusieurs adjudicateurs publics contribuent à la réalisation d'un projet commun. Ainsi, la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE) a reconnu dans une série d'arrêts que deux adjudicateurs publics (ou davantage) peuvent collaborer en dehors du cadre du droit des marchés publics à condition qu'il s'agisse d'une véritable collaboration, que ce faisant les adjudicateurs s'acquittent chacun d'une mission de service public, qu'ils ne collaborent avec aucun organe privé et que la collaboration ne vise que l'intérêt public et non des buts commerciaux⁸².

Il peut également y avoir un marché *in state* lorsque des adjudicateurs, par exemple des entreprises de la Confédération opérant sur des marchés sectoriels, se fournissent mutuellement des prestations. Dans ce second cas, il faut cependant veiller à distinguer les situations de monopole des situations de concurrence.

Let. c: on parle de marché *in-house* lorsque la prestation est fournie à l'aide des propres ressources de l'adjudicateur, qui renonce donc à faire appel à des tiers (décision de faire [*make*] au lieu de faire faire [*buy*]). De tels marchés ne sont pas soumis au droit des marchés publics. Ce qui différencie les marchés *in-house* et les

⁸¹ Voir l'arrêt de la CJUE du 19 décembre 2012, Azienda Sanitaria Locale di Lecce e.a., affaire C-159/11, ECLI:EU:C:2012:817.

⁸² Voir l'arrêt de la CJCE du 8 mai 2014, Hamburg-Harburg, affaire C15/13, ECLI:EU:C:2014:303.

marchés visés aux let. b et d, c'est que dans le cas des premiers les prestations sont fournies à l'interne et que l'adjudicateur et le fournisseur de prestations appartiennent donc à la même entité juridique. Étant donné qu'aucune des unités de l'administration fédérale centrale au sens de l'art. 7 OLOGA n'est autonome, les «acquisitions» par l'une de ces unités de services fournis par une autre de ces unités ne sont pas soumises au droit des marchés publics. Sont exemptés par exemple les services que la Centrale des voyages de la Confédération, l'OFCL ou l'OFIT fournissent aux autres unités administratives de la Confédération.

Let. d: auparavant, les prestations fournies par des soumissionnaires décentralisés soumis à l'influence des pouvoirs publics étaient plus difficiles à apprécier. Pour ce type de cas, la doctrine a recommandé l'application de critères définis par la CJUE. L'arrêt Teckal constitue le point de départ de la jurisprudence⁸³. La let. d codifie les principaux considérants de cette pratique, que la CJUE a précisée dans une série d'arrêts. La pratique Teckal est cependant codifiée de manière autonome, en conformité avec l'AMP, mais pas nécessairement de manière dynamique. L'interprétation de cette disposition ne doit donc pas nécessairement tenir compte de l'évolution de la jurisprudence européenne.

En ce qui concerne l'appréciation de l'exercice d'un contrôle sur les soumissionnaires, la pratique tiendra compte des critères indicatifs que le Comité des marchés publics de l'OMC adoptera en application de l'art. XIX, par. 8, let. b, AMP 2012. On peut admettre qu'un soumissionnaire opère essentiellement pour un adjudicateur (sectoriel) lorsqu'il fournit au moins 80 % des prestations sur un marché déterminé pour cet adjudicateur.

Al. 4

Cette disposition correspond pour l'essentiel aux actuels art. 3, al. 2, LMP et art. 10, al. 2, AIMP. Les objectifs supérieurs tels que la protection de la vie ou de la sécurité publique doivent primer le principe de la concurrence. Comme l'art. III AMP 2012, cet alinéa énumère différentes exceptions. Si un marché entre dans le champ d'application de l'une de ces exceptions, il est entièrement exempté de la loi.

Let. a: l'exception la plus étendue a trait, comme l'exception prévue à l'actuel art. 3, al. 2, let. a, LMP, au maintien de la sécurité intérieure et extérieure ainsi que de l'ordre public (voir art. III, par. 1, AMP 2012). Elle concerne non seulement l'achat de matériel de guerre (qui, en principe, serait soumis à la loi, voir annexe 5), mais encore l'acquisition d'autres prestations (militaires ou civiles) centrales pour la sécurité, telles que l'infrastructure de communication de l'État. Les cantons ne doivent donc pas non plus lancer d'appels d'offres publics pour l'acquisition d'armes et de munitions destinées aux corps de police cantonaux ou communaux. Les marchés sont exemptés non seulement lorsque leur mise au concours menacerait la sécurité publique, mais aussi lorsque leur objet en soi est central pour la sécurité, ce qui est probablement le cas de la plupart des marchés du Service de renseignement et des organes de la Confédération responsables de la sécurité (par ex. fedpol,

⁸³ Voir l'arrêt de la CJCE du 18 novembre 1999, Teckal Srl, affaire C-107/98, Rec. 1999 I-08121, ECLI:EU:C:1999:562.

Corps des gardes-frontière). En raison de son manque de pertinence pratique, la protection des «bonnes mœurs» n'est plus mentionnée dans cette clause d'exception.

Contrairement à ce qui vaut pour les cas fondant une exception qui sont visés à l'art. III, par. 2, AMP 2012, aucun examen de la proportionnalité au sens strict n'a lieu dans les cas où une exception s'applique pour des raisons relevant de la politique de sécurité. Les États décident en toute souveraineté du niveau de sécurité à assurer. Un élément déterminant est l'intérêt de la Confédération ou de l'adjudicateur public au maintien du secret, c'est-à-dire le fait qu'un marché ne peut faire l'objet d'un appel public pour des raisons de sécurité (par ex. lorsqu'il concerne des affaires militaires classifiées secrètes). Pour pouvoir décider du niveau de sécurité à assurer, il faut connaître précisément les risques auxquels sont exposés les intérêts dignes de protection. C'est la raison pour laquelle un large pouvoir d'appréciation est laissé à l'adjudicateur. Ce n'est que lorsque celui-ci commet des erreurs d'appréciation (excès négatif ou positif ou abus du pouvoir d'appréciation) qu'il est possible d'intervenir. La politique de sécurité, qui comprend notamment la lutte contre le terrorisme international, relève de la compétence du pouvoir exécutif.

Let. b et c: sont mentionnés comme éléments fondant une exemption du droit des marchés publics non seulement les impératifs de la protection des intérêts policiers, mais également les besoins de la protection de l'environnement, de la faune et de la flore ainsi que de droits privés (protection des droits de propriété intellectuelle). Chaque fois que l'un de ces différents intérêts dignes de protection est en jeu, il faut examiner la nécessité de l'exemption et déterminer s'il existe des solutions permettant de limiter moins fortement la concurrence. Au cas où un appel d'offres porterait atteinte aux droits de propriété intellectuelle d'un soumissionnaire, il faut d'abord essayer d'obtenir le consentement de ce dernier à la publication. Si cela n'est pas possible, on peut procéder à une adjudication de gré à gré fondée sur l'art. 21, al. 2, let. c. Renoncer à l'application de la loi ne devrait être envisagé que dans de rares cas.

Chapitre 3 Principes généraux

Art. 11 Principes régissant la procédure

L'art. IV AMP 2012 fixe les principes à respecter lors de la passation de marchés publics. Sont mentionnés notamment les principes de non-discrimination et de traitement national, de transparence et d'impartialité de la procédure, de lutte contre la corruption et de renonciation aux opérations de compensation. Les directives de l'UE sur la passation des marchés publics contiennent des principes similaires.

Les prescriptions internationales sont reprises dans différentes dispositions du droit national en vigueur, notamment à l'art. 8 LMP, aux art. 6 et 7 OMP et à l'art. 11 AIMP. Concernant les opérations de compensation, l'art. IV, par. 6, AMP 2012 ne contient aucun changement par rapport à l'AMP 1994. L'interdiction de ces opérations est applicable directement aux prestations soumises aux accords internationaux. L'AMP 2012 ne remet pas cette pratique en cause.

Chaque marché public peut impliquer des exigences différentes quant à la procédure d'adjudication. La loi laisse une marge de manœuvre suffisante pour adapter la

procédure à l'objet spécifique au marché et aux conditions du marché concerné. Cette liberté est limitée par les principes régissant la procédure, qui déterminent et guident les décisions des adjudicateurs lors de chaque phase de l'appel d'offres.

Ces principes ont tous la même importance. L'ordre dans lequel ils sont énumérés ne constitue pas un ordre de priorité. Tous doivent être respectés. Les conflits doivent être résolus en procédant à une pesée des intérêts.

Let. a: il faut effectuer une distinction entre les objectifs généraux, énoncés à l'article relatif au but de la loi, et les principes régissant la procédure. Alors que l'art. 2 définit les objectifs généraux du droit des marchés publics, l'art. 11 fixe les principes applicables à la procédure d'adjudication. Ces principes (transparence, objectivité et impartialité) servent les objectifs généraux.

Let. b: la corruption n'est pas seulement contraire aux principes fondamentaux du droit des marchés publics, elle a également un coût considérable pour l'économie. Selon un communiqué de presse⁸⁴ de la Commission européenne du 6 juin 2011, les coûts induits par la corruption se montent à quelque 120 milliards d'euros par an rien que pour les pays de l'UE. La prévention de la corruption et des conflits d'intérêts constitue l'un des objectifs centraux de la révision de l'AMP. Déjà évoquée dans le préambule de l'AMP 2012, cette question est réglée précisément à l'art. IV, par. 4. Dans le droit européen, des efforts parallèles sont menés pour renforcer la lutte contre la corruption et offrir une protection supplémentaire contre les risques correspondants.

Les efforts internationaux de lutte contre la corruption s'appuient sur la Convention des Nations Unies du 31 octobre 2003 contre la corruption⁸⁵, qui est entrée en vigueur en Suisse le 24 octobre 2009. L'art. 9 de cette convention porte sur les marchés publics. Il dispose que chaque État partie prend les mesures nécessaires pour mettre en place des systèmes appropriés de passation des marchés publics qui soient fondés sur la transparence, la concurrence et des critères objectifs pour la prise des décisions et qui soient efficaces, entre autres, pour prévenir la corruption.

La convention de l'OCDE sur la lutte contre la corruption⁸⁶ est entrée en vigueur, pour la Suisse, le 30 juillet 2000 déjà. Elle oblige les parties à punir les actes de corruption d'agents publics étrangers dans les transactions commerciales internationales. Par ailleurs, le Groupe de travail de l'OCDE sur la corruption a édicté une recommandation sur la lutte contre la corruption dans le domaine des marchés publics, selon laquelle les entreprises convaincues de corruption sur le sol helvétique ou à l'étranger doivent se voir interdire tout accès aux procédures de marchés publics en Suisse. Sur cette base, il est prévu qu'un adjudicateur puisse exclure un soumissionnaire condamné pour corruption de la procédure d'adjudication ou révoquer l'adjudication (voir art. 44, al. 1, let. e, et 45, al. 1).

Let. c: le principe de l'égalité de traitement entre soumissionnaires suisses et étrangers ne vaut (sous réserve de l'art. 6, al. 3, de l'accord entre la Suisse et l'UE) que

⁸⁴ Ce communiqué peut être consulté à l'adresse suivante: http://europa.eu/rapid/press-release_IP-11-678_fr.htm (état le 25 oct. 2016).

⁸⁵ RS **0.311.56**

⁸⁶ Convention du 17 décembre 1997 sur la lutte contre la corruption d'agents publics étrangers dans les transactions commerciales internationales, RS **0.311.21**.

pour les marchés soumis aux accords internationaux. D'une part, il faut traiter les soumissionnaires étrangers et les soumissionnaires suisses de la même manière; d'autre part, il faut garantir l'égalité de traitement au sein de ces deux groupes. Le principe du traitement national exclut la passation de marchés sur la base de considérations protectionnistes. Par exemple, l'origine d'un produit ou le fait qu'un soumissionnaire a son siège à proximité ou qu'il a une certaine importance économique et fiscale pour la région ne peuvent en principe jouer aucun rôle dans la décision d'adjudication⁸⁷. Le principe de l'égalité de traitement est également violé si l'adjudicateur n'offre qu'à *un seul* soumissionnaire la possibilité de modifier son offre⁸⁸. Ce principe va au-delà de la simple égalité de traitement entre soumissionnaires suisses et étrangers et de la prévention du protectionnisme. Ainsi, il faut par exemple également éviter qu'un soumissionnaire n'obtienne un avantage en matière d'information; si cela ne peut être évité, cet avantage doit être compensé dans la mesure du possible (voir art. 14, al. 1).

Let. d: cette disposition tient compte de la recommandation n° 9 que la Délégation de surveillance de la NLFA (DSN) a émise en 2007 et selon laquelle il convient de renoncer aux enchères au moins-disant. Les enchères au moins-disant sont des négociations qui ont pour seul objectif de faire baisser le prix d'une offre. L'interdiction des négociations portant uniquement sur le prix répond également à une exigence formulée par plusieurs associations économiques lors de la procédure de consultation. Les négociations de ce type sont autorisées sans restriction par le droit fédéral en vigueur (art. 26 OMP). Elles sont en revanche interdites par le droit intercantonal (art. 11 AIMP). Cette interdiction repose notamment sur la crainte que les soumissionnaires ne prévoient dans leurs offres des marges auxquelles ils renonceront lors des négociations sur le prix. Pour éviter de telles pratiques et garantir une transparence maximale, le P-LMP intègre cette interdiction⁸⁹. Cela ne signifie pas pour autant que les modifications du prix sont totalement exclues. Dans le cadre de la rectification des offres (art. 39) ou de procédures spéciales comme le dialogue (art. 24), l'objet du marché subira régulièrement de petites modifications. Afin que le principe de l'économicité puisse être respecté, la présentation d'une nouvelle offre de prix sera alors généralement indiquée. Le prix peut également être adapté lors d'une enchère électronique ou lors de la négociation de l'offre présentée dans le cadre d'une procédure d'adjudication de gré à gré.

Let. e: les soumissionnaires ont droit à ce que leurs données et leurs secrets d'affaires soient protégés. Si cette protection n'est pas assurée, il ne peut y avoir de concurrence efficace entre les soumissionnaires. Si un manque de transparence encourage la corruption et conduit à une mauvaise gestion, un excès de transparence favorise les pratiques concertées entre les soumissionnaires et nuit à la concurrence. De plus, les soumissionnaires risquent de ne plus participer aux appels d'offres publics s'ils doivent craindre que leur offre soit accessible à des tiers (tels que des entreprises concurrentes ou des journalistes). La confidentialité protège donc non seulement les intérêts privés des soumissionnaires, mais également le bon fonction-

⁸⁷ Voir CRM 11/97 du 4 décembre 1997, consid. 2.

⁸⁸ Voir CRM 2005-002 du 30 mai 2005, consid. 4c.

⁸⁹ Voir le postulat Engler 14.3208 «Combattre la corruption dans l'attribution des marchés publics».

nement des procédures d'adjudication. Demeurent réservées les nombreuses obligations de publication prévues par le droit positif, dont celles qui concernent l'avis préalable relatif à un appel d'offres public, l'adjudication et l'interruption de la procédure (art. 48, al. 1). Par ailleurs, les adjudicateurs rendent compte de leurs achats en établissant des statistiques détaillées (art. 50). Le Contrôle fédéral des finances examine régulièrement le respect des obligations prévues par le droit des marchés publics. Pour toutes ces raisons, aucun autre droit d'accès et de regard n'est prévu.

Art. 12 Respect des dispositions relatives à la protection des travailleurs, des conditions de travail et de l'égalité salariale entre femmes et hommes

Al. 1

Même si l'exigence relative au respect de normes sociales et les principes de traitement national et de non-discrimination peuvent être contradictoires, l'idée s'est imposée que le respect des prescriptions minimales en matière de protection des travailleurs, des conditions de travail ainsi que de l'égalité de traitement salarial entre femmes et hommes est indispensable pour garantir le bon fonctionnement de la concurrence. En Suisse, il faut respecter en particulier des dispositions impératives du CO, de la loi du 13 mars 1964 sur le travail (LTr)⁹⁰ et de ses ordonnances d'exécution ainsi que de la loi du 24 mars 1995 sur l'égalité (LEg)⁹¹. Doivent également être observées les dispositions des conventions collectives de travail et des contrats-types de travail, ou, lorsque ces instruments font défaut, les conditions de travail habituelles dans la région et dans la profession. La sous-enchère abusive en matière de conditions de travail, la violation des dispositions applicables relatives à la protection des travailleurs et les inégalités de traitement salarial entre femmes et hommes peuvent entraîner une distorsion de la concurrence.

Si la majorité des participants à la procédure de consultation sont favorables au maintien de la réglementation fédérale actuelle, il a cependant été décidé de privilégier l'harmonisation des législations fédérale et intercantonale. Ainsi, il est prévu de modifier le principe du lieu d'exécution fixé dans l'actuel art. 8, al. 1, let. b, LMP pour les soumissionnaires ayant leur siège en Suisse et de reprendre la réglementation de la LMI, qui s'applique au niveau cantonal. La LMI pose le principe du lieu de provenance, fondé sur le postulat que les différentes conditions de travail sont équivalentes. Ce principe n'est toutefois pas absolu et peut, dans des cas particuliers, être restreint au bénéfice du principe du lieu d'exécution lorsque cela est nécessaire pour sauvegarder des intérêts publics prépondérants qui ne sont pas protégés par les prescriptions du lieu de provenance (art. 3, al. 1 et 2, LMI).

L'al. 1 prévoit une forme particulière de traitement national, dans la mesure où il dispose que tous les marchés portant sur des prestations à exécuter en Suisse ne sont adjugés qu'à des soumissionnaires qui respectent les dispositions relatives à la protection des travailleurs et les conditions de travail en vigueur en Suisse. Les soumissionnaires étrangers sont donc traités de la même manière que leurs concur-

⁹⁰ RS 822.11

⁹¹ RS 151.1

rents helvétiques. Tandis que les soumissionnaires étrangers qui fournissent des prestations en Suisse devront respecter les dispositions relatives à la protection des travailleurs et les conditions de travail en vigueur au lieu d'exécution, les soumissionnaires ayant leur siège ou leur établissement en Suisse devront respecter au minimum les dispositions relatives à la protection des travailleurs et les conditions de travail en vigueur au lieu de leur siège ou de leur établissement. On réduit ainsi les charges administratives des entreprises opérant en Suisse, dans la mesure où elles ne devront pas observer des conditions de travail différentes selon le lieu d'exécution du marché. Étant donné que le principe du lieu de provenance ne s'applique que lorsque les réglementations en matière de travail en vigueur aux lieux de provenance potentiels offrent un niveau de protection équivalent, les soumissionnaires étrangers ne seront globalement pas discriminés.

Al. 2

Le principe du lieu d'exécution s'applique sans restriction lorsque les prestations sont fournies à l'étranger. Ces dernières années, différents scandales liés aux abus constatés dans des entreprises de production ont attiré l'attention sur l'importance du respect de normes sociales et de normes de travail minimales. Alors que l'AMP 2012 ne règle pas cette question de manière explicite, cela fait longtemps que le respect de normes de travail minimales est exigé en Suisse et dans l'UE. Aujourd'hui déjà, la Confédération et les cantons exigent, pour les marchés à exécuter à l'étranger, que soient respectées au moins les conventions fondamentales de l'OIT (art. 7, al. 2, OMP). Si la législation en vigueur au lieu d'exécution est plus stricte, elle doit être respectée.

Les conventions fondamentales de l'OIT sont les suivantes:

- Convention n° 29 du 28 juin 1930 concernant le travail forcé ou obligatoire⁹²;
- Convention n° 87 du 9 juillet 1948 concernant la liberté syndicale et la protection du droit syndical⁹³;
- Convention n° 98 du 1^{er} juillet 1949 concernant l'application des principes du droit d'organisation et de négociation collective⁹⁴;
- Convention n° 100 du 29 juin 1951 concernant l'égalité de rémunération entre la main-d'œuvre masculine et la main-d'œuvre féminine pour un travail de valeur égale⁹⁵;
- Convention n° 105 du 25 juin 1957 concernant l'abolition du travail forcé⁹⁶;
- Convention n° 111 du 25 juin 1958 concernant la discrimination en matière d'emploi et de profession⁹⁷;

⁹² RS **0.822.713.9**

⁹³ RS **0.822.719.7**

⁹⁴ RS **0.822.719.9**

⁹⁵ RS **0.822.720.0**

⁹⁶ RS **0.822.720.5**

⁹⁷ RS **0.822.721.1**

- Convention n° 138 du 26 juin 1973 concernant l'âge minimum d'admission à l'emploi⁹⁸;
- Convention n° 182 du 17 juin 1999 concernant l'interdiction des pires formes de travail des enfants et l'action immédiate en vue de leur élimination⁹⁹.

Ces huit conventions fondamentales sont mentionnées à l'annexe 6 P-LMP. Une grande majorité des 185 États membres de l'OIT, dont la Suisse, les a ratifiées. La Déclaration de l'OIT de 1998 relative aux principes et droits fondamentaux au travail¹⁰⁰ oblige tous les États membres, du seul fait de leur appartenance à l'OIT, à respecter, promouvoir et réaliser, de bonne foi et conformément à la Constitution, les droits fondamentaux qui sont l'objet de ces huit conventions.

Dans le cas des soumissionnaires venant de l'UE ou de l'AELE, c'est l'Accord du 21 juin 1999 entre la Confédération suisse, d'une part, et la Communauté européenne et ses États membres, d'autre part, sur la libre circulation des personnes (ALCP)¹⁰¹ qui s'applique. L'ALCP fait référence à la directive 96/71/CE relative au détachement des travailleurs dans le cadre d'une prestation de services, telle qu'en vigueur au moment de la signature de l'accord¹⁰². Cette directive dispose que les États membres veillent à ce que, quel que soit le droit applicable à la relation de travail, tous les travailleurs détachés sur leur territoire bénéficient des conditions de travail et d'emploi visées à l'art. 3 de la directive. Conformément à l'art. 16, al. 1 et 2, ALCP, la Suisse prend toutes les mesures nécessaires pour que les droits et obligations équivalant à ceux qui sont fixés dans la directive trouvent application dans ses relations avec les États membres de l'UE. Dans la mesure où l'application de l'accord implique des notions de droit communautaire, la jurisprudence pertinente de la Cour de justice des Communautés européennes antérieure à la date de sa signature est prise en compte (art. 16, al. 2, ALCP).

Al. 3

Tous les sous-traitants sont tenus de respecter les exigences énoncées aux al. 1 et 2. Par sous-traitant, on entend quiconque fournit une part importante des prestations soumises à appel d'offres. Les fournisseurs de matières premières, les bailleurs des sites de production et les prestataires de services généraux destinés aux entreprises, notamment, ne constituent pas des sous-traitants. Les contrôles visés à l'al. 4 peuvent être réalisés par l'intermédiaire des soumissionnaires ou directement auprès des sous-traitants. Dans le secteur de la construction, l'entrepreneur contractant au sens de l'art. 5 de la loi du 8 octobre 1999 sur les travailleurs détachés (LDét)¹⁰³ assume une responsabilité solidaire subsidiaire avec ses sous-traitants. Cela ne vaut pas uniquement pour les travailleurs détachés (voir art. 1, al. 2, LDét).

⁹⁸ RS **0.822.723.8**

⁹⁹ RS **0.822.728.2**

¹⁰⁰ FF **2000** 357

¹⁰¹ RS **0.142.112.681**

¹⁰² Directive 96/71/CE du Parlement européen et du Conseil du 16 décembre 1996 concernant le détachement de travailleurs effectué dans le cadre d'une prestation de services, JO L 18 du 21.1.1997, p. 1.

¹⁰³ RS **823.20**

Al. 4

L'adjudicateur peut soit contrôler lui-même le respect des exigences définies aux al. 1 et 2, soit confier ce contrôle à des tiers qualifiés (par ex. la commission paritaire nationale de la branche de l'installation électrique et de l'installation de télécommunication). Sur demande, les soumissionnaires doivent prouver qu'eux-mêmes et leurs sous-traitants respectent les dispositions relatives à la protection des travailleurs et les conditions de travail applicables ainsi que le principe de l'égalité de traitement salarial entre femmes et hommes. L'adjudicateur peut également fonder sa vérification sur les attestations liées à des systèmes de certification reconnus internationalement ou délivrées par les registres professionnels. À titre d'exemple, on peut mentionner le registre professionnel concernant les branches suivantes: peinture et plâtrerie, montage d'échafaudages, aménagement d'intérieur et plafonds, carrelage. Sur demande, ce registre fournit aux soumissionnaires un document destiné à être remis aux adjudicateurs qui atteste qu'ils respectent les conventions collectives de travail.

L'al. 4 concerne également le respect des obligations en matière d'annonce et d'autorisation mentionnées dans la loi du 17 juin 2005 sur le travail au noir (LTN)¹⁰⁴, en particulier dans le domaine du droit des assurances sociales, des étrangers et de l'imposition à la source. L'art. 44, al. 2, let. g, P-LMP prévoit qu'une infraction aux dispositions relatives à la lutte contre le travail au noir constitue un motif d'exclusion de la procédure ou de révocation de l'adjudication. C'est pourquoi l'adjudicateur doit pouvoir faire contrôler le respect de ces obligations.

Le respect des dispositions relatives à la protection des travailleurs et des conditions de travail peut être contrôlé tant pendant la procédure d'adjudication qu'après la conclusion du contrat. Cette dernière option est particulièrement opportune dans le cas des chaînes d'approvisionnement dont la composition est changeante (par ex. dans l'industrie textile). Les contrats doivent prévoir l'application de sanctions, telles que des peines conventionnelles, en cas d'inobservation desdites dispositions et conditions.

Al. 5

L'al. 5 règle l'échange d'informations entre l'adjudicateur, d'une part, et les différents organes de contrôle du marché du travail ainsi que les autorités instituées par des lois spéciales, d'autre part. Pour que l'adjudicateur puisse appliquer les sanctions prévues à l'art. 45, il doit pouvoir échanger les informations nécessaires avec les autorités et les organes compétents, par exemple les informations sur l'existence d'une infraction aux conditions minimales de salaire et de travail. Font partie des organes de contrôle notamment:

- les organes de contrôle mentionnés à l'art. 4 LTN;
- les autorités mentionnées à l'art. 11 LTN, et notamment dans les domaines de la sécurité sociale, des étrangers et de l'imposition à la source;

¹⁰⁴ RS 822.41

- les organes d'exécution paritaires au sens de l'art. 3 de la loi fédérale du 28 septembre 1956 permettant d'étendre le champ d'application de la convention collective de travail ¹⁰⁵;
- les commissions tripartites au sens de l'art. 360*b* CO;
- les autorités cantonales d'exécution au sens de l'art. 41 LTr;
- les organes d'exécution au sens de l'art. 85 de la loi fédérale du 20 mars 1981 sur l'assurance-accidents (LAA)¹⁰⁶;
- les bureaux de l'égalité entre femmes et hommes.

Art. 13 Récusation

Al. 1

Tout soumissionnaire a droit à ce que son offre soit examinée par une autorité indépendante ou, dans les cas d'un concours d'études, d'un concours portant sur les études et la réalisation ou de mandats d'étude parallèles, par un jury indépendant. Les règles de récusation du droit général de la procédure sont en principe également valables pour les adjudicateurs publics. Selon la pratique actuelle, elles s'appliquent dès qu'il existe une simple apparence de partialité ou un simple risque de conflit d'intérêts (art. 10, al. 1, let. d, de la loi fédérale du 20 décembre 1968 sur la procédure administrative [PA]¹⁰⁷). La coexistence de différents éléments qui, pris séparément, ne sont pas assez probants pour justifier une récusation peut aussi motiver des soupçons de partialité. Par ailleurs, des intérêts économiques en particulier, liés à l'existence de liens étroits (rapports de travail, participations, etc.) ou d'un rapport de concurrence, peuvent, s'il existe des facteurs objectifs suffisamment probants, donner lieu à une apparence de partialité. Une récusation se justifie d'autant plus que les liens sont étroits et actuels¹⁰⁸. Les relations entretenues par des représentants de l'adjudicateur avec des soumissionnaires dans le cadre d'un contrat en vigueur ou d'une analyse du marché préalable à une acquisition ne sont généralement pas assez étroites pour justifier une récusation.

Dans le domaine des marchés publics, il faut éviter que les exigences en matière de récusation ne soient excessives, eu égard notamment au nombre de prestataires relativement restreint dans le secteur hautement spécialisé des technologies de l'information. On ne peut donc pas transposer telle quelle dans le domaine des marchés publics la pratique susmentionnée visant à garantir l'indépendance du juge constitutionnel. Il est par exemple possible que des personnes ayant été employées par des soumissionnaires soient engagées par les adjudicateurs. Dans le domaine informatique et dans la construction, l'administration fédérale emploie régulièrement des collaborateurs qui travaillaient précédemment pour un soumissionnaire potentiel, car elle a besoin de ce savoir-faire. Par ailleurs, les contacts au sein d'organes spécialisés peuvent parfois être considérés comme positifs, dans la mesure où ils permettent à l'adjudicateur de renforcer ses compétences dans le domaine concerné. La

¹⁰⁵ RS **221.215.311**

¹⁰⁶ RS **832.20**

¹⁰⁷ RS **172.021**

¹⁰⁸ Voir ATAF B-4852/2012 du 15 nov. 2012, consid. 4 ss.

question de l'indépendance doit donc être évaluée non pas de façon abstraite, mais en considérant les tâches et les fonctions du droit des marchés publics. Contrairement à ce que prévoit l'art. 10 PA, une simple apparence de partialité ne suffit pas pour fonder une obligation de récusation; il faut que la partialité affecte concrètement la procédure d'acquisition. Par exemple, s'il est prouvé qu'un collaborateur partial s'est volontairement récusé lors de l'évaluation des offres ou si le rôle qu'il a joué dans la procédure d'acquisition n'a eu aucune influence sur la décision d'adjudication, une répétition de toute la procédure serait disproportionnée et incompatible avec les objectifs du droit des marchés publics.

Constitue une personne ayant «ont agi dans la même affaire», au sens de la let. d, un collaborateur d'un adjudicateur public qui participe à la préparation et à la conduite d'un appel d'offres portant sur la même affaire qu'un mandat à l'exécution duquel il a participé en qualité d'employé ou de représentant d'un soumissionnaire potentiel au cours des 18 mois précédant l'appel d'offres en question.

Pour des raisons pratiques, la disposition subsidiaire figurant à la let. e ne peut donc être invoquée s'il est établi que les facteurs remettant en question l'indépendance (par ex. relations de voisinage entre une personne du côté de l'adjudicateur et une personne du côté du soumissionnaire) n'ont pas influé sur le résultat de la procédure.

Al. 2 et 3

Le soumissionnaire ne doit pas attendre l'adjudication pour formuler un grief de partialité, mais déposer une demande de récusation dès qu'il a connaissance de faits rendant probable l'existence d'une partialité. L'adjudicateur rend une décision incidente concernant la demande de récusation, en l'absence de la personne soupçonnée de partialité. Le principe selon lequel un soumissionnaire doit invoquer les irrégularités présumées dès qu'il en a pris connaissance vaut pour l'ensemble de la procédure d'adjudication. Il n'est donc pas question d'attendre, pour dénoncer une irrégularité quelle qu'elle soit, que le marché ait été adjugé à un concurrent. Si le soumissionnaire ne respecte pas l'incombe de faire valoir immédiatement ses griefs, il peut perdre le droit de faire recours.

Art. 14 Préimplication

Al. 1

Cette disposition correspond à l'actuel art. 21a, al. 1, OMP. Elle découle des principes d'égalité de traitement¹⁰⁹, de promotion de la concurrence et d'utilisation économe des deniers publics. Selon la jurisprudence du Tribunal fédéral, il y a préimplication lorsqu'un soumissionnaire a participé à la préparation d'une procédure d'adjudication, par exemple en rédigeant les bases du projet, en établissant les documents d'appel d'offres ou en renseignant l'adjudicateur sur certaines spécifications techniques des prestations à acquérir¹¹⁰.

Seule une préimplication qualifiée peut entraîner une interdiction de participer à la procédure d'adjudication. Cette conséquence juridique ne survient pas si un soumis-

¹⁰⁹ Voir CRM 2006-004 du 26 juin 2006, consid. 2.

¹¹⁰ Voir ATF 2P.164/2004 du 25 janv. 2005, consid. 3.1.

sionnaire ne dispose sur ses concurrents que d'une longueur d'avance minimale en termes de connaissances, si seul un petit nombre de soumissionnaires peuvent fournir la prestation faisant l'objet de l'appel d'offres ou si la participation du soumissionnaire préimpliqué à la préparation de la procédure d'adjudication et son avantage sur ses concurrents en termes de connaissances sont rendus publics, à des fins de transparence, et si ledit avantage est compensé¹¹¹.

Le principe de l'égalité de traitement interdit à l'adjudicateur d'accorder à un soumissionnaire des avantages dont il priverait les autres soumissionnaires. Si l'avantage concurrentiel résultant de la préimplification est compensé, l'adjudicateur peut renoncer à exclure de la procédure le soumissionnaire préimpliqué. Il appartient à l'adjudicateur de décider au cas par cas s'il dispose de suffisamment de temps et des moyens nécessaires pour compenser l'avantage concurrentiel lié à la préimplification. S'il ne compense pas cet avantage, il est obligé d'exclure le soumissionnaire préimpliqué de la procédure.

Les projets d'acquisition complexes sont souvent divisés en plusieurs phases. Ils commencent par une analyse des besoins, des travaux de recherche, un concept sommaire ou la fabrication d'un prototype (voir art. 21, al. 2, let. f). Ces travaux préparatoires font l'objet de marchés qui, compte tenu de leur valeur, sont souvent adjugés de gré à gré ou dans le cadre d'une procédure sur invitation. Comme le montrent les deux exemples suivants, on ne peut donner une réponse générale à la question de savoir si de tels travaux conduisent à une préimplification du soumissionnaire concerné:

- X est chargé d'élaborer un concept relatif à la mise en place d'un réseau local sans fil dans un grand bâtiment de la Confédération. Il doit fournir des plans détaillés des étages indiquant les emplacements de l'infrastructure technique. Ces plans servent de base à l'appel d'offres portant sur la fourniture et l'implémentation des composants.
- Après une longue phase de recherche et d'analyse des besoins, Y développe un nouveau badge qui est destiné à l'administration fédérale et qui permet de gérer diverses opérations dans les domaines de l'accès, de la cantine, des trajets en train, de la caisse-maladie, etc. Les fonctions du badge sont décrites dans un rapport détaillé. Certaines d'entre elles, comme le paiement sans contact au moyen d'une puce NFC, s'appuient toutefois sur des technologies propriétaires de Y qui ne sont pas dévoilées.

Dans le premier cas, la divulgation des plans devrait compenser l'avantage concurrentiel de X. Dans le second cas, Y dispose d'un avantage irrattrapable sur ses concurrents en raison de ses droits de propriété intellectuelle, des secrets d'affaires et du fait qu'il a choisi d'élaborer une solution reposant sur ses compétences techniques spécifiques. Ainsi, la question de l'avantage concurrentiel ne peut être tranchée dans l'absolu, mais doit être examinée au cas par cas.

¹¹¹ Voir ATAF B-4621/2008 du 6 oct. 2008, consid. 5.2 s.

Al. 2

Il n'est pas toujours possible d'éviter la préimplification d'un soumissionnaire. L'important est que l'adjudicateur préserve l'égalité des chances en communiquant aux autres soumissionnaires les connaissances particulières acquises par le soumissionnaire préimpliqué. Une situation qui est fréquente mais qui n'implique aucune préimplification au sens du droit des marchés publics consiste dans la mise au concours périodique de contrats de durée. Dans un tel cas, un soumissionnaire ayant déjà fourni les prestations concernées aura naturellement une longueur d'avance sur ses concurrents en matière d'information. Exclure de manière générale les adjudicataires précédents des procédures portant sur des prestations périodiquement mises au concours serait contraire au principe de l'égalité de traitement¹¹². Dans ce cas également, il est cependant recommandé de compenser dans la mesure du possible l'avantage en matière d'information, en établissant un rapport sur les prestations fournies et les expériences de l'adjudicataire précédent.

Il est donc aussi important de compenser les asymétries d'information que de les prévenir. L'al. 2 correspond largement à l'actuel art. 21a, al. 2, OMP et contient une liste non exhaustive de moyens à l'aide desquels l'adjudicateur peut compenser l'avantage concurrentiel d'un soumissionnaire préimpliqué. Le principe de transparence veut non seulement que toute asymétrie d'information soit signalée, mais aussi que toutes les informations pertinentes soient rendues publiques afin que tous les soumissionnaires se retrouvent à égalité (let. a). La communication des noms des participants à la préparation du marché (let. b) ne suffit pas à elle seule à compenser un avantage concurrentiel¹¹³. En revanche, la prolongation des délais minimaux (let. c), qui vaut pour tous les soumissionnaires, y compris celui qui bénéficie d'un avantage concurrentiel, est tout à fait appropriée pour remédier à l'asymétrie d'information et donc pour compenser cet avantage¹¹⁴.

Al. 3

Le but d'un appel d'offres public est d'acquérir des prestations, non d'analyser le marché. L'adjudicateur est tenu de se faire une idée des solutions proposées sur le marché *avant* de lancer un appel d'offres. Il peut donc être amené à procéder à une étude de marché ou à confier cette tâche à un tiers indépendant.

Du moment que ses résultats sont communiqués lors de la remise des documents d'appel d'offres, une telle étude de marché n'entraîne pas la préimplification des prestataires contactés avant l'appel d'offres. Si la communication de ces résultats permet de compenser l'avantage en matière d'information acquis par le tiers chargé d'effectuer l'étude et que ce dernier est nommé dans les documents d'appel d'offres, ce tiers n'est pas préimpliqué non plus. Cela vaut en particulier dans les cas où une exclusion aurait pour conséquence une absence objective de concurrence résiduelle.

¹¹² Voir ATAF B-4621/2008 du 6 oct. 2008, consid. 5.5.

¹¹³ Voir ATAF B-11752/2011 du 31 mars 2011, consid. 5.

¹¹⁴ Voir ATAF B-1358/2013 du 23 juill. 2013, consid. 4.5.

Art. 15 Détermination de la valeur du marché

Cette disposition correspond pour une large part aux actuels art. 14a, 15 et 15a OMP. La valeur du marché est déterminante pour le choix de la procédure autorisée. Les valeurs seuils applicables dépendent du type de marché (art. 16 P-LMP). Elles sont inscrites dans les listes d'engagements des accords internationaux sur les marchés publics. Les montants en francs suisses correspondant aux valeurs seuils fixées dans l'AMP et dans les accords de libre-échange avec des pays tiers, exprimées en droits de tirage spéciaux, et aux valeurs seuils définies dans l'accord entre la Suisse et l'UE, exprimées en euros, figurent dans l'annexe 4 du P-LMP.

Al. 1

Pour déterminer si le marché, tel qu'il est défini du point de vue de la nature et du volume (certains ou escomptés) des prestations requises, atteindra la valeur seuil applicable, l'adjudicateur doit soigneusement estimer sa valeur, sur la base de ses connaissances et d'analyses du marché concerné. S'il apparaît, à la réception des offres, qu'il aurait fallu appliquer une procédure de niveau supérieur (par ex. une procédure ouverte plutôt qu'une procédure sur invitation ou de gré à gré), la procédure doit éventuellement être interrompue. Si les prix des offres sont au contraire inférieurs à la valeur seuil déterminante pour la procédure choisie, celle-ci doit dans tous les cas être menée à terme.

Al. 2

Lorsque plusieurs marchés portent sur un même type de travaux de construction, de fournitures ou de services et en particulier lorsqu'un marché est divisé en lots, la valeur du marché est la valeur totale cumulée de ces marchés ou lots¹¹⁵. Il est en effet interdit de subdiviser un marché public en vue d'éviter les dispositions de la loi. Les besoins prévisibles de l'adjudicateur jouent un rôle déterminant. Les prestations qui permettent de répondre à un même besoin doivent faire l'objet d'un même appel d'offres. La prévision et l'identification des prestations nécessaires doivent, du point de vue de leur qualité et de la concordance avec l'étendue effective des besoins, témoigner de la diligence d'un spécialiste du domaine dont relèvent les prestations concernées. L'interdiction de morceler un marché est déjà inscrite dans le droit en vigueur (art. 7, al. 1, LMP). Elle constitue un élément central du droit des marchés publics (art. II, par. 6, AMP 2012). Il n'est pas nécessaire que l'adjudicateur viole intentionnellement la loi pour que la division d'un marché soit illicite. La conséquence objective de cette division, à savoir le fait que les valeurs seuils ne sont pas atteintes, suffit.

Al. 3

Pour estimer la valeur du marché, il faut prendre en compte l'ensemble des prestations à adjudger et toutes les rémunérations y afférentes qui sont en étroite relation d'un point de vue matériel ou juridique. Des prestations sont en étroite relation par exemple lorsqu'elles ne peuvent être raisonnablement acquises indépendamment l'une de l'autre, en particulier parce qu'elles remplissent le même but, qu'elles doivent être accomplies par la même personne ou qu'une répartition des responsabi-

¹¹⁵ Voir CRM 2003-021 du 5 nov. 2003, consid. 1.

lités n'est pas souhaitable¹¹⁶. Lors de l'estimation de la valeur du marché, il faut tenir compte non seulement des options de prolongation, mais également des options portant sur des quantités supplémentaires.

Al. 4

En ce qui concerne les contrats de durée, il faut distinguer les contrats de durée déterminée des contrats de durée indéterminée. Dans le cas d'un contrat de durée déterminée, la valeur du marché correspond à la somme des rémunérations à verser pendant la durée du contrat convenue, même si ce dernier prévoit la possibilité d'une résiliation anticipée. Les adjudicateurs ne peuvent en principe conclure des contrats d'une durée supérieure à cinq ans qu'à titre exceptionnel et doivent justifier toute passation d'un tel contrat. Il s'agit là d'une instruction interne à l'administration, dont l'inobservation ne peut donner lieu à une action en justice. Les contrats d'une durée supérieure à cinq ans sont acceptables en particulier lorsque cette longue durée et une restriction modérée de l'accès au marché se justifient par des considérations économiques, telle que la nécessité de protéger les investissements ou la prise en compte du cycle de vie des produits. De tels contrats s'imposent par exemple pour la maintenance et l'exploitation de systèmes informatiques, qui, pour des raisons de rentabilité, sont souvent amortis sur une longue période. Il s'agit d'examiner au cas par cas si une durée contractuelle supérieure à cinq ans et les restrictions de la concurrence qu'elle implique durant cette période se justifient. En tous les cas, l'objet du marché doit être défini de manière suffisamment précise pour toute la durée du contrat. La prolongation d'un contrat est en principe soumise aux mêmes conditions. Elle devrait cependant être considérée d'un œil encore plus critique que la conclusion d'un nouveau contrat.

Al. 5

Dans le cas des contrats de durée indéterminée, il faut multiplier par 48 la rémunération mensuelle estimée. Ces contrats ne doivent pas être conçus de telle manière que les autres fournisseurs se trouvent exclus du marché pendant une durée excessive. Une nouvelle adjudication des prestations faisant l'objet du contrat est donc recommandée au plus tard après 48 mois. Il convient de noter que cette disposition ne constitue pas une incitation à morceler les marchés et à conclure des contrats annuels. Du point de vue du droit des marchés publics, les contrats de durée indéterminée doivent néanmoins être conclus avec retenue. Par ailleurs, la valeur du marché doit toujours être estimée en tenant compte des besoins effectifs prévisibles.

Al. 6

Un adjudicateur peut acheter périodiquement la même quantité de la même prestation. Cela vaut par exemple pour le papier pour photocopieurs, les produits de nettoyage pour l'entretien des bâtiments, les combustibles, les carburants, les consommables généraux destinés à l'administration ou encore la publication d'offres

¹¹⁶ Voir le rapport explicatif du DFF du 1^{er} janv. 2010 sur la modification de l'ordonnance sur les marchés publics (OMP), p. 9. Ce rapport peut être consulté à l'adresse suivante: www.efd.admin.ch > Documentation > Communiqués > Du 18.11.2009 jusqu'au 18.11.2009 > Le Conseil fédéral approuve la modification de l'ordonnance sur les marchés publics.

d'emploi. Lorsque ces prestations font l'objet d'un contrat de longue durée, la valeur du marché est déterminée sur la base des principes énoncés aux al. 4 et 5. Lorsqu'elles font l'objet de commandes ponctuelles successives (non liées à un contrat de longue durée ou à un contrat-cadre), la valeur du marché doit être calculée conformément à l'al. 6.

Alors qu'à l'art. II, par. 7, AMP 2012, il est question de «contrats successifs», il a été décidé, compte tenu de l'objectif d'harmonisation, de parler dans le projet de révision de «prestations nécessaires périodiquement». Cette expression couvre tous les types de prestations, c'est-à-dire aussi bien les travaux de construction que les fournitures et les services.

L'al. 6 n'est pas une incitation à morceler des contrats de longue durée en de nombreux contrats annuels en chaîne. Il oblige plutôt à déterminer la valeur du marché en prenant en considération la valeur cumulée des prestations périodiques sur une période de douze mois au moins, afin d'éviter un morcellement en plusieurs petits marchés similaires échelonnés sur une longue période. Compte tenu des principes de regroupement des commandes et de concurrence (économicité), il est souvent recommandé, lorsque des prestations sont périodiquement nécessaires, de mettre au concours et de conclure des contrats de durée au sens des al. 4 et 5 (voir également le commentaire de l'art. 25, portant sur les contrats-cadres).

Chapitre 4 Procédures d'adjudication

Art. 16 Valeurs seuils

Al. 1 et 2

Les valeurs seuils servent à déterminer quelle procédure est applicable compte tenu de la valeur du marché considéré. Les modalités de passation des marchés dont la valeur est inférieure aux valeurs seuils ne sont pas laissées à l'appréciation de l'adjudicateur. La procédure de gré à gré est elle aussi réglementée et soumise à la loi, dont le champ d'application n'est pas délimité par les valeurs seuils. Ainsi, la loi s'applique également aux marchés dont la valeur n'atteint pas les valeurs seuils, marchés pour lesquels elle prévoit cependant des procédures supplémentaires (procédure sur invitation; voir art. 20) et un droit de recours limité.

Les valeurs seuils déterminantes pour l'application des accords internationaux figurent dans les annexes 1, 2 et 3 de l'appendice I (Suisse) de l'AMP 2012, à l'art. 3, al. 4, de l'accord entre la Suisse et l'UE et dans les annexes des accords conclus avec des États tiers et contenant des dispositions relatives aux marchés publics. Elles sont reprises à l'annexe 4 P-LMP. Destinée à remplacer l'actuelle ordonnance du DEFR sur l'adaptation des valeurs seuils des marchés publics, cette annexe donne, à l'instar des annexes de l'AIMP, une vue d'ensemble des valeurs seuils déterminantes pour le choix de la procédure d'adjudication (tant pour les marchés soumis aux accords internationaux que pour les marchés non soumis à ces derniers). Il est prévu (al. 1, 2^e phrase) que le Conseil fédéral l'examinera régulièrement et l'adaptera si nécessaire. Le P-AIMP prévoit un mécanisme d'adaptation parallèle.

Les États contractants ont le droit de prévoir des valeurs seuils inférieures, mais non supérieures à celles qui sont fixées dans les accords internationaux.

Étant donné que les valeurs seuils fixées dans l'AMP et dans les accords de libre-échange avec des États tiers sont exprimées en droits de tirage spéciaux (DTS) et celles qui sont inscrites dans l'accord entre la Suisse et l'UE en euros, les valeurs en francs suisses doivent être adaptées régulièrement. La conversion se fonde sur la décision correspondante du Comité des marchés publics de l'OMC. Les valeurs seuils seront adaptées périodiquement à l'évolution des cours de change, sous la direction du DEFR et après consultation des cantons.

Les engagements internationaux s'appliquent également aux cantons. Si les concessions concernant les adjudicateurs sous-centraux (cantons et communes) sont renégociées, les cantons participent aux négociations internationales correspondantes en vertu de l'art. 55 Cst. Le rôle qu'ils jouent dans ces négociations va bien au-delà de celui qui leur revient lors d'une procédure de consultation.

Al. 3

La règle de conflit énoncée à l'al. 3 correspond à la pratique actuelle et repose sur la théorie de l'élément prépondérant (voir le commentaire de l'art. 5). Des différences au niveau des valeurs seuils applicables sont probables en particulier lorsqu'un marché est passé conjointement par des adjudicateurs généraux et des adjudicateurs opérant sur des marchés sectoriels.

Al. 4 et 5

Dans le domaine de la construction s'applique une règle selon laquelle les valeurs estimées des marchés à passer dans le cadre d'un même projet doivent être additionnées même si ces marchés pourraient faire l'objet d'appels d'offres distincts sans que l'interdiction de morceler un marché soit violée. Dans le champ d'application des accords internationaux, la valeur d'un marché de construction correspond à la valeur totale de toutes les prestations de construction (bâtiment et génie civil). Pour les fournitures et les services qui sont soumis aux accords internationaux ainsi que pour tous les marchés qui ne sont pas soumis à ces derniers, c'est en revanche la valeur des marchés considérés isolément qui est déterminante (al. 5). Il faut cependant respecter l'interdiction de morceler un marché. Pour des raisons pratiques, une disposition appelée clause *de minimis* prévoit une dérogation à la règle énoncée plus haut. Cette clause facilite la passation des marchés de construction lorsque la valeur de chacun d'entre eux est inférieure à 2 millions de francs et que la somme des valeurs desdits marchés ne dépasse pas 20 % de la valeur totale de l'ouvrage. La Confédération et les cantons doivent traiter les marchés entrant dans le champ d'application de la clause *de minimis* en tenant compte, pour chaque marché considéré isolément, des valeurs seuils déterminantes (concernant les cantons, voir l'art. 5, al. 2, LMI et les valeurs seuils figurant dans l'annexe 2 du P-AIMP).

Art. 17 Types de procédures

Comme la législation en vigueur, le projet de loi prévoit un ensemble fini de procédures autorisées: la procédure ouverte, la procédure sélective, la procédure sur invitation et la procédure de gré à gré. Aucun nouveau type de procédure ni aucune

forme mixte ne sont admis. Cela ne signifie pas pour autant que les procédures ne peuvent intégrer des éléments spécifiques au marché concerné. Cela est possible à condition que la procédure utilisée soit toujours identifiable et que tant les objectifs du droit des marchés publics que les principes régissant la procédure soient respectés.

Si des motifs suffisants le justifient, l'adjudicateur peut opter pour une procédure de rang supérieur par rapport à la procédure requise par la loi (par ex. pour la procédure ouverte ou sélective plutôt que pour la procédure sur invitation ou, si les circonstances le permettent, pour la procédure sur invitation plutôt que pour la procédure de gré à gré). Un tel choix doit se justifier objectivement. Pour des raisons d'économie administrative, il est inopportun de prévoir une procédure ouverte ou sélective pour des marchés mineurs.

Pour choisir entre les procédures ouverte et sélective, l'adjudicateur prend en considération des aspects pratiques, tels que la complexité des prestations à acquérir et le nombre d'offres attendu. La procédure de gré à gré, qui consiste à adjudger un marché directement, sans lancer un appel d'offres, n'est applicable que lors de l'acquisition de fournitures ou de services d'une valeur inférieure à 150 000 francs ou de travaux de construction d'une valeur inférieure à 300 000 francs.

En dérogation au principe susmentionné selon lequel le choix de la procédure d'adjudication est déterminé par la valeur du marché, le P-LMP prévoit que, dans des cas exceptionnels, il est possible de recourir à une procédure de gré à gré (art. 21, al. 2) ou à une procédure sur invitation (art. 20, al. 3) même si la valeur des marchés concernés dépasse les valeurs seuils déterminantes pour ces deux procédures.

Art. 18 Procédure ouverte

Al. 1 et 2

La procédure ouverte consiste en un appel d'offres direct, sans présélection des soumissionnaires. Tous les soumissionnaires intéressés peuvent présenter directement une offre à l'adjudicateur. Ce dernier peut exclure de la procédure les soumissionnaires qui ne remplissent pas les critères d'aptitude soit par une décision sujette à recours (art. 53, al. 1, let. g), soit au moment de l'adjudication.

Tant la procédure ouverte que la procédure sélective (voir ci-dessous) donnent pleinement accès au marché.

Art. 19 Procédure sélective

Al. 1

La procédure sélective commence elle aussi par un appel d'offres public, mais les soumissionnaires intéressés doivent d'abord présenter une demande de participation.

Al. 2 et 3

L'adjudicateur examine dans un premier temps l'aptitude des soumissionnaires qui ont déposé une demande de participation. Alors que, dans la procédure sur invitation, la sélection des soumissionnaires qui seront invités à présenter une offre est

laissée à l'appréciation de l'adjudicateur, elle repose, dans la procédure sélective, sur un examen structuré de l'aptitude des participants à la procédure. Pour des raisons d'économie de procédure et afin qu'une concurrence suffisante soit garantie lors de la phase de présentation des offres, l'examen de l'aptitude peut déjà inclure la vérification de la satisfaction de certaines exigences minimales impératives concernant l'objet du marché (spécifications techniques). La décision concernant les soumissionnaires sélectionnés au terme de cet examen (préqualification) est sujette à recours (art. 53, al. 1, let. b). Seuls les soumissionnaires préqualifiés sont invités à présenter une offre.

Si une concurrence efficace reste garantie, il est possible de limiter, par mesure d'efficacité, le nombre des soumissionnaires autorisés à présenter une offre. L'adjudicateur est alors soumis à une double obligation: premièrement, il doit pouvoir justifier la nécessité de limiter le nombre de soumissionnaires et, deuxièmement, il est tenu d'indiquer dans l'appel d'offres son intention de limiter le nombre de soumissionnaires ainsi que le nombre maximum de soumissionnaires qui seront admis à présenter une offre¹¹⁷.

Art. 20 Procédure sur invitation

Al. 1

La procédure sur invitation n'est pas prévue par le droit international. Elle est applicable aux marchés qui ne sont pas soumis aux accords internationaux, dans le respect des valeurs seuils pertinentes. Le droit en vigueur prescrit le recours à la procédure sur invitation pour l'acquisition de marchandises d'une valeur égale ou supérieure à 50 000 francs. Dans l'annexe 4 P-LMP, cette valeur seuil a été alignée sur la valeur seuil applicable aux services, de telle sorte que la procédure de gré à gré est autorisée pour les marchés d'une valeur inférieure à 150 000 francs. Pour des raisons d'harmonisation avec le droit cantonal, le projet de révision prévoit que, en ce qui concerne les travaux de construction, la procédure de gré à gré pourra être appliquée pour les marchés d'une valeur inférieure à 300 000 francs. Ainsi, la procédure sur invitation peut être appliquée pour l'achat de tous les biens et services d'une valeur comprise entre 150 000 francs et les valeurs seuils fixées au niveau international et pour l'acquisition de travaux de construction d'une valeur comprise entre 300 000 francs et la valeur seuil nationale (plus basse que la valeur seuil inscrite dans les accords internationaux) déterminante pour les procédures ouverte et sélective (actuellement: 2 millions de francs). Cette harmonisation des valeurs seuils déterminant le choix de la procédure au niveau de la Confédération et au niveau des cantons tient largement compte d'une proposition formulée par la majorité des participants à la procédure de consultation.

Al. 2

La détermination du nombre de soumissionnaires invités à présenter une offre et le choix de ces soumissionnaires sont laissés à l'appréciation de l'adjudicateur. Cette disposition correspond à l'actuel art. 35, al. 1, OMP. Pour qu'une concurrence minimale soit garantie, au moins trois soumissionnaires ayant les aptitudes requises

¹¹⁷ Voir CRM 003/98 du 8 oct. 1998 (JAAC 63.16), consid. 4 s.

doivent être invités à présenter une offre. Cette condition est remplie si au moins trois soumissionnaires, dans la mesure du possible, sont sollicités. Cela ne signifie pas que l'adjudicateur doit recevoir trois offres. Pour le reste, la procédure est régie par les dispositions de la loi applicables aux marchés non soumis aux accords internationaux.

Al. 3

Les marchés portant sur des armes, des munitions ou du matériel de guerre n'étant pas soumis aux accords internationaux (annexe 5, ch. 1, let. c), ils peuvent faire l'objet d'une procédure sur invitation quelle que soit leur valeur. Cela vaut également pour d'autres acquisitions indispensables à des fins de défense et de sécurité. L'al. 3 est lié à l'exception prévue à l'art. 10, al. 4. Pour ces marchés, l'adjudicateur peut soit renoncer à toute procédure d'adjudication, soit, si cela est compatible avec les objectifs de protection, opter pour une procédure sur invitation. Cela peut se révéler judicieux, par exemple, pour les achats des unités administratives chargées de tâches militaires ou policières (armasuisse, fedpol, Administration fédérale des douanes et Corps des gardes-frontière).

Art. 21 Procédure de gré à gré

La procédure de gré à gré était déjà prévue à l'art. XV AMP 1994. Elle l'est également dans le droit européen (art. 32 de la directive 2014/24/UE¹¹⁸ et 50 de la directive 2014/25/UE¹¹⁹) et à l'actuel art. 16 LMP. La phrase introductive de l'art. XIII AMP 2012 (intitulé «appel d'offres limité», désignation de la procédure de gré à gré dans la terminologie de l'OMC), tout comme celle de l'art. XV AMP 1994, précise que l'adjudicateur ne peut pas utiliser cette procédure dans le but d'éviter la concurrence entre les soumissionnaires ou de discriminer les soumissionnaires d'un autre État partie à l'accord. Ce principe vaut pour tous les cas d'application de la procédure de gré à gré exposés ci-après, qui ne doivent être invoqués que de manière restrictive.

Al. 1

Dans la procédure de gré à gré, l'adjudicateur adjuge un marché directement à un soumissionnaire. Cela signifie qu'il engage directement des négociations contractuelles avec un soumissionnaire, sans lancer au préalable un appel d'offres ou une procédure sur invitation. La procédure de gré à gré n'est donc pas comparable aux procédures ouverte et sélective. Les principes du droit des marchés publics (économie, transparence, concurrence) ne s'y appliquent que sous une forme affaiblie. La possibilité de demander des offres à des fins de comparaison et de procéder à des négociations existe, mais elle n'est pas pertinente dans tous les cas d'application de la procédure de gré à gré. Le cas prévu à l'al. 2, let. c, en particulier, exclut par définition toute concurrence entre soumissionnaires et, par conséquent, la possibilité de demander des offres à des fins de comparaison.

¹¹⁸ Voir note de bas de page n° 40.

¹¹⁹ Voir note de bas de page n° 41.

Al. 2

Selon l'annexe 4, la procédure de gré à gré est toujours autorisée pour l'acquisition de travaux de construction d'une valeur inférieurs à 300 000 francs ainsi que pour l'acquisition de fournitures ou de services d'une valeur inférieure à 150 000 francs. Lorsque ces valeurs seuils sont atteintes ou dépassées, la procédure de gré à gré est permise uniquement si l'une des conditions mentionnées à l'al. 2 est remplie.

L'al. 2 transpose dans le droit national la liste des cas d'application de la procédure de gré à gré figurant à l'art. XIII, par. 1, let. a à h, AMP 2012. Cette liste correspond, à de rares modifications près, à celle que contient l'actuel art. 13, al. 1, OMP. Elle est exhaustive et toute interprétation par analogie est exclue. Selon une jurisprudence constante, les dispositions composant cette liste doivent faire l'objet d'une interprétation étroite, dans la mesure où elles définissent les cas dans lesquels il est exceptionnellement possible de recourir à la procédure de gré à gré¹²⁰. Il s'agit de cas dans lesquels les procédures ouverte ou sélective seraient inapplicables ou inappropriées, par exemple parce qu'une concurrence serait impossible pour des raisons relevant de la protection de la propriété intellectuelle, parce qu'il s'agit d'adjuger un marché complémentaire ou parce que, en raison de facteurs imprévisibles et non imputables à l'adjudicateur, un marché est particulièrement urgent.

Let. a: un adjudicateur ne peut concevoir les documents d'appel d'offres de telle façon que les soumissionnaires soient dans l'impossibilité de répondre aux exigences, afin qu'il puisse ensuite adjuger le marché de gré à gré. Un recours à la procédure de gré à gré fondé sur la let. a suppose que les conditions de participation et les autres exigences de l'appel d'offres ne soient pas modifiées substantiellement (art. XIII, par. 1, let. a, AMP 2012). En clair, les exigences fixées pour la procédure ouverte ou sélective ne peuvent être assouplies. Cette disposition s'applique également lorsque l'objet d'un appel d'offres a été divisé en lots et qu'un des lots ne donne lieu à aucune offre.

Let. b: l'existence d'un accord illicite affectant la concurrence entre les soumissionnaires est généralement difficile à établir. La mise au jour d'un tel accord nécessite une enquête approfondie. S'il existe des indices suffisants d'un accord illicite affectant la concurrence, l'adjudicateur peut prendre contact avec la COMCO et lui demander une première évaluation de la situation. S'il a des raisons suffisantes de penser qu'il existe un accord illicite et s'il n'y a pas de concurrence résiduelle en dehors du cartel de soumission, l'adjudicateur doit pouvoir recourir à la procédure de gré à gré.

Let. c: cette disposition correspond à une norme en vigueur dont la pertinence est établie. Elle peut notamment s'appliquer à une première adjudication. Elle prévoit qu'un marché peut être passé de gré à gré si, en raison de ses particularités techniques ou artistiques ou pour des motifs relevant de la protection de la propriété intellectuelle, il ne peut être adjugé qu'à un soumissionnaire bien précis. Cette condition est remplie par exemple lorsqu'un soumissionnaire, du fait de l'absence de solutions de rechange adéquates, est seul capable de fournir un produit, un service ou des travaux de construction donnés. Pour justifier le recours à la procédure de gré

¹²⁰ Voir CRM 2000-007 du 3 nov. 2000 (JAAC 65.41), consid. 4a.

à gré, l'adjudicateur doit non seulement invoquer des facteurs de nature technique ou artistique ou ayant trait à la protection des droits de propriété intellectuelle, mais également expliquer de façon crédible et prouver que ces facteurs rendent le recours à cette procédure absolument nécessaire¹²¹. Les clauses contractuelles entre l'adjudicateur et des tiers qui restreignent la concurrence dans un marché public ou ont un effet correspondant (par ex. une clause d'architecte ou d'ingénieur) ne constituent ni une particularité technique ni une particularité artistique et ne permettent dès lors pas d'invoquer la disposition de la let. c pour justifier un recours à la procédure de gré à gré. Si un soumissionnaire fait recours contre une adjudication de gré à gré, il doit prouver qu'il est disposé et apte à fournir des prestations équivalentes¹²².

Let. d: pour pouvoir invoquer l'urgence du marché, trois conditions cumulatives doivent être remplies. Premièrement, il faut que survienne un événement imprévisible provoquant une situation d'urgence (tel qu'une pandémie, une catastrophe naturelle ou encore l'introduction de nouvelles dispositions légales ou internationales sans délai transitoire). Deuxièmement, l'urgence ne doit pas être imputable à l'adjudicateur (par ex. à son inaction ou à une mauvaise planification). Troisièmement, l'urgence doit être telle que l'adjudicateur ne pourrait remplir ses obligations s'il appliquait une procédure ouverte, sélective ou sur invitation. S'il existe des solutions moins radicales que le recours à la procédure de gré à gré (par ex. une réduction des délais, telle qu'elle est autorisée par l'art. 47, al. 1, pour les marchés soumis aux accords internationaux), il faut opter pour celles-ci.

Let. e: cette disposition concerne les marchés complémentaires. Elle prévoit une adjudication de gré à gré lorsque des prestations destinées à remplacer, à compléter ou à accroître des prestations (fournitures, services ou travaux de construction) déjà fournies doivent être achetées auprès du soumissionnaire initial parce qu'un changement de soumissionnaire est impossible pour des raisons économiques ou techniques ou entraînerait des difficultés considérables ou une augmentation substantielle des coûts. Ces raisons peuvent consister par exemple dans le fait qu'un matériel, des services, des installations ou des logiciels donnés ne sont pas interchangeables avec d'autres prestations du même type. Quand il faut assurer la compatibilité avec des composants existants, recourir à une procédure ouverte ou sélective n'est pas judicieux.

L'adjudicateur doit exposer clairement par écrit pourquoi il considère que le matériel, les services, les installations ou les logiciels acquis antérieurement ne sont pas interchangeables ou compatibles avec d'autres prestations du même type ou pourquoi un changement de soumissionnaire entraînerait des difficultés considérables ou une augmentation substantielle des coûts. En ce qui concerne l'augmentation des coûts attendue, le plafond de tolérance est élevé: toute augmentation ne justifie pas une renonciation à une mise en concurrence des soumissionnaires; les surcoûts doivent être sans commune mesure avec le prix du marché que l'adjudicateur entend adjuger de gré à gré. Les coûts à prévoir incluent les frais de transport et d'installation de même que les frais de formation des utilisateurs et de familiarisation avec les particularités locales.

¹²¹ Voir CRM 2000-007 du 3 nov. 2000 (JAAC 65.41), consid. 4b.

¹²² Voir ATF B-3402/2009 du 6 juill. 2010, consid. 3.2.7 et 4.3.

Les marchés complémentaires supposent l'existence d'un marché de base passé conformément au droit des marchés publics. Si la valeur d'un marché complémentaire atteint la valeur seuil déterminante pour les procédures ouverte et sélective, le marché de base doit également avoir été adjugé selon l'une de ces deux procédures. Sauf exception dûment justifiée, la valeur du marché complémentaire ne peut excéder celle du marché de base. Par ailleurs, celui-ci doit avoir été adjugé au moins en procédure sur invitation. En ce qui concerne les marchés visés à l'art. 20, al. 3, cela vaut sans considération des valeurs seuils.

Si le marché de base n'a pas fait l'objet au moins d'une procédure sur invitation, il n'est pas possible d'adjuger un marché complémentaire de gré à gré en vertu de l'art. 21, al. 2, let. e, car cela encouragerait des stratégies de contournement de la loi. Lorsque plusieurs marchés complémentaires sont liés à un même marché de base, leur valeur totale ne peut, selon cette règle, dépasser celle du marché de base. L'art. XV AMP 1994 prévoyait trois cas de marchés complémentaires pouvant être adjugés de gré à gré: les «livraisons additionnelles» (let. d), les «services de construction additionnels» (let. f) et les «nouveaux services de construction» (let. g). Lors de la révision de l'AMP, ils ont été regroupés, à l'instigation de certains États membres, dans une seule et même disposition (art. XIII, par. 1, let. c, AMP 2012).

La disposition de l'actuel art. 13, al. 1, let. h, OMP, concernant les nouveaux marchés de construction liés à un marché de base similaire, est abandonnée. Dans le projet de révision de la loi, ces marchés entrent dans le champ d'application de la disposition de la let. e.

Let. f à h: ces dispositions correspondent à celles de l'art. XIII, par. 1, let. e à g, AMP 2012. Elles n'ont qu'une importance limitée dans la pratique. La disposition relative au but de la loi (art. 2 P-LMP) doit également être respectée dans les procédures de gré à gré, par exemple lors d'acquisitions effectuées à la faveur d'une liquidation (let. h).

Let. i: cette disposition correspond largement à celle de l'art. XIII, par. 1, let. h, AMP 2012. Elle prévoit qu'un adjudicateur qui a fait élaborer dans le cadre d'une procédure précédente consistant soit dans un concours d'études, soit dans un concours portant sur les études et la réalisation, soit dans des mandats d'étude parallèles, la solution d'une tâche ayant fait l'objet d'un appel d'offres peut recourir à la procédure de gré à gré pour adjuger au lauréat de cette procédure précédente des prestations étroitement liées à ladite tâche.

À la suite d'un concours, il est possible d'adjuger de gré à gré:

- au lauréat d'un concours d'études: la planification subséquente ou conception détaillée ou la coordination des prestations visant à réaliser le travail de conception;
- au lauréat d'un concours portant sur les études et la réalisation: des prestations d'étude ou de conception et la réalisation de la solution proposée pour la tâche ayant fait l'objet de l'appel d'offres.

À la suite d'une procédure de mandats d'étude parallèles, il est possible d'adjuger de gré à gré:

- au lauréat d'une procédure de sélection liée à des mandats d'étude ou à des mandats portant sur l'élaboration d'un concept: des prestations d'étude ou de conception supplémentaires;
- au lauréat d'une procédure de sélection liée à des mandats portant sur les études et la réalisation: des prestations d'étude ou de conception et la réalisation de la solution proposée pour la tâche ayant fait l'objet de l'appel d'offres.

Le terme «jury» est utilisé dans le P-LMP comme un terme générique désignant en particulier tant le jury d'un concours que le collège d'experts d'une procédure de mandats d'étude parallèles. Le jury évaluant les propositions de solutions est considéré comme indépendant lorsqu'aucun soumissionnaire n'en fait partie et qu'il est composé en majorité d'experts indépendants. L'adjudicateur peut y être représenté.

Cette réglementation permettra d'exploiter pleinement la marge de manœuvre que laisse l'AMP 2012. Il est probable que les acquisitions de prestations intellectuelles poursuivent leur progression et qu'elles gagnent donc en importance. L'art. 21, al. 2, let. i, et, de manière générale, les concours et les mandats d'étude parallèles ne concernent pas uniquement le domaine de la construction. Il s'agit de recourir à ces formes de mise en concurrence chaque fois que cela est utile pour réaliser les acquisitions prévues (par ex. lorsqu'on recherche des propositions de solutions dans le cadre de la stratégie énergétique). Le terme «prestations d'étude» recouvre donc également des prestations consistant dans l'élaboration de solutions dans d'autres domaines que la construction, telles que la mise au point d'un concept. Le Conseil fédéral définira dans l'ordonnance les exigences applicables à la procédure. Il suivra ensuite l'exécution des dispositions, en particulier dans le domaine de l'acquisition de prestations intellectuelles, et fera éventuellement évoluer la réglementation. Concernant le thème des concours et des mandats d'étude parallèles, voir également le commentaire de l'art. 22.

Al. 3

Les acquisitions de prestations indispensables à des fins de défense et de sécurité constituent un cas particulier. Des entreprises nationales d'armement sont indispensables pour assurer l'indépendance et la souveraineté du pays. Si leur maintien ne peut être garanti autrement (nécessité de la mesure), une adjudication de gré à gré à ces soumissionnaires est justifiée et ne pose aucun problème au niveau du droit international, étant donné que ces acquisitions ne sont pas soumises aux accords internationaux.

Al. 4

Cet alinéa, comme l'art. XIII, par. 2, AMP 2012 et l'actuel art. 13, al. 2, OMP, dispose que l'adjudicateur est tenu d'établir une documentation sur toute adjudication de gré à gré d'un marché dont la valeur dépasse la valeur seuil déterminante pour la procédure sur invitation. Cette documentation doit notamment indiquer les raisons pour lesquelles il a été renoncé à une procédure ouverte, sélective ou sur invitation. Il n'est pas nécessaire de la publier, compte tenu de la publication de

l'avis concernant l'adjudication et comprenant toutes les informations mentionnées à l'art. 48, al. 6.

Art. 22 Concours d'études, concours portant sur les études et la réalisation et mandats d'étude parallèles

Al. 1

Les concours d'études et les concours portant sur les études et la réalisation jouent un rôle important dans les marchés publics. Les *concours d'études* et les *mandats d'études* permettent d'obtenir, lorsqu'ils prennent la forme de concours d'idées ou de mandats d'idées, des propositions de solutions répondant à des tâches définies et délimitées uniquement dans les grandes lignes ou, lorsqu'ils prennent la forme de concours de projets ou de mandats de projets, des solutions répondant à des tâches définies avec précision (concours de projets) ou à des tâches complexes (mandats de projets). Les concours de projets et les mandats de projets permettent également d'adjuger des marchés portant sur la réalisation partielle ou totale des solutions proposées. Les *concours portant sur les études et la réalisation* et les *mandats portant sur les études et la réalisation* permettent d'obtenir des propositions de solutions répondant à des tâches définies avec précision (concours portant sur les études et la réalisation) ou à des tâches qui sont définies de manière claire et précise lors des discussions que l'adjudicateur mène avec les soumissionnaires dans le cadre des études. Ils permettent par ailleurs d'adjuger des marchés portant sur la réalisation de ces solutions.

La mention des mandats d'étude parallèles a été ajoutée dans le P-LMP compte tenu des résultats de la procédure de consultation. Le droit international ne règle pas les concours et les mandats d'étude parallèles. L'art. XIII, par. 1, let. h, AMP 2012 précise toutefois qu'un marché ne peut être adjugé de gré à gré au lauréat d'un concours que si ce concours a été organisé d'une manière compatible avec les principes de l'AMP, en particulier en ce qui concerne la publication d'un appel d'offres, et que les projets des candidats soient jugés par un jury indépendant en vue de l'adjudication d'un marché au lauréat. Le droit international n'entre donc en jeu qu'une fois le concours achevé. Il influe cependant sur l'organisation du concours.

Si cette organisation n'est pas conforme aux principes de l'AMP 2012 ou si le marché n'est pas adjugé au lauréat, il faut appliquer une procédure ouverte ou sélective. Les concours d'études, les concours portant sur les études et la réalisation et les mandats d'étude parallèles ne constituent donc pas des types de procédures à part entière en droit des marchés publics¹²³. S'il est prévu qu'ils aboutissent à une adjudication de gré à gré au lauréat, ils doivent cependant faire l'objet d'une procédure conforme à l'AMP (généralement une procédure ouverte ou sélective).

Les règlements SIA 142 (2009) et SIA 143 (2009), portant respectivement sur les concours et sur les mandats d'étude parallèles, ont une importance pratique considérable pour les acquisitions dans le domaine de la construction. Il s'agit cependant de règlements privés qui, d'une part, s'appliquent uniquement s'ils sont mentionnés

¹²³ Peter Galli / André Moser / Elisabeth Lang / Marc Steiner, «Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts», 3^e éd., Zurich, 2013, ch. marg. 990.

dans les documents d'appel d'offres et, d'autre part, ne peuvent déroger aux dispositions (impératives) du droit des marchés publics en vigueur. On peut cependant s'y référer à des fins d'interprétation ou pour combler des lacunes¹²⁴.

Al. 2

Cet alinéa mentionne les aspects des concours et des mandats d'étude parallèles que le Conseil fédéral doit régler de manière plus précise dans l'ordonnance.

Par jury, on entend aussi bien le collège d'experts d'une procédure de mandats d'étude parallèles que le jury d'un concours d'études ou d'un concours portant sur les études et la réalisation.

Art. 23 Enchères électroniques

Les procédures d'adjudication se déroulent de plus en plus par voie électronique, ce qui a pour effet non seulement de réduire les coûts, mais également d'augmenter la transparence et de favoriser l'accès au marché de soumissionnaires provenant d'autres régions. Cet instrument est également prévu aux art. 35 de la directive 2014/24/UE¹²⁵ et 53 de la directive 2014/25/UE¹²⁶.

Alors que l'AMP 1994 ne mentionne pas les enchères électroniques, l'AMP 2012 les règle en détail. Dans ce dernier, les enchères électroniques ne sont pas considérées comme une forme particulière de négociation, mais comme un processus itératif dans le cadre duquel les soumissionnaires peuvent revoir leurs offres à la baisse ou à la hausse. Le processus est dit itératif parce que les soumissionnaires peuvent revoir plusieurs fois leur offre. Les enchères peuvent porter non seulement sur le prix, mais également sur d'autres critères. On peut imaginer, par exemple, que les soumissionnaires obtiennent des points supplémentaires lors de l'évaluation de leur offre s'ils s'engagent à réduire le délai d'exécution des prestations faisant l'objet du marché (par ex. le délai de livraison).

Pour que les soumissionnaires puissent facilement participer aux enchères électroniques et pour garantir la sécurité de la procédure, l'adjudicateur doit, lorsqu'il recourt à cet instrument, d'une part utiliser des systèmes et programmes informatiques qui sont généralement disponibles etinteropérables avec d'autres systèmes et logiciels généralement disponibles, d'autre part mettre en place des mécanismes de sécurité qui protègent les offres contre les accès non autorisés (art. IV, par. 3, AMP 2012). Par mesure de transparence, les appels d'offres doivent mentionner la procédure d'adjudication qui sera utilisée et indiquer si celle-ci comportera des négociations ou une enchère électronique (art. VII, par. 2, let. f, AMP 2012).

Les modalités des enchères électroniques, en particulier les indications minimales à fournir aux soumissionnaires, le moment auquel celles-ci doivent être fournies, la manière dont une enchère commence et s'achève, sont réglées à l'art. 23 P-LMP. La question de l'authentification requise pour les enchères électroniques sera réglée

¹²⁴ Voir CRM 1999-011 du 9 décembre 1999 (JAAC 64.63), consid. 4d/bb.

¹²⁵ Voir note de bas de page n° 40.

¹²⁶ Voir note de bas de page n° 41.

dans l'ordonnance. En dépit des similitudes avec les enchères, les dispositions des art. 229 ss CO ne s'appliquent pas.

Al. 1 et 2

Une enchère électronique ne constitue pas une procédure d'adjudication en soi, mais un instrument pouvant être utilisé dans le cadre d'une procédure ouverte, sélective ou sur invitation ou lors de la conclusion de contrats subséquents fondés sur des contrats-cadres. Sa particularité réside dans le fait que les offres sont évaluées selon une procédure automatisée et itérative.

L'enchère électronique porte sur les prix lorsque le marché est adjugé au soumissionnaire présentant l'offre la moins chère ou sur les prix et les valeurs des autres éléments quantifiables de l'offre lorsque le marché est adjugé au soumissionnaire présentant l'offre économiquement la plus avantageuse. Le projet prévoit que cet instrument ne peut être utilisé que pour l'acquisition de prestations standardisées.

Les documents d'appel d'offres mentionnent les exigences en matière d'authentification et de cryptage que les soumissionnaires doivent respecter lors du dépôt de leur offre. La sûreté de ces procédures (en particulier l'incontestabilité des offres) doit faire l'objet de la plus grande attention. Il faut en outre veiller à ce que les participants remettent leurs offres sous pseudonyme. Afin de protéger les secrets d'affaires et d'empêcher la communication réciproque des prix offerts, il faut éviter que les participants puissent savoir quel soumissionnaire a fait quelle offre.

Al. 3

L'enchère électronique est précédée d'une préqualification: l'adjudicateur vérifie que les critères d'aptitude sont remplis et les spécifications techniques respectées et procède à une première évaluation des offres. L'enchère proprement dite n'intervient qu'ensuite. Elle peut comprendre plusieurs phases.

Al. 4

Tous les soumissionnaires qui, à l'issue de la première évaluation, sont admis à participer à l'enchère sont invités simultanément, par voie électronique, à présenter une nouvelle offre. Pour des raisons surtout d'efficacité et de facilité de gestion de l'enchère électronique, l'adjudicateur peut limiter le nombre de soumissionnaires admis à participer à l'enchère, à condition d'avoir préalablement annoncé cette possibilité.

Al. 5

Si l'on recourt à une enchère électronique, l'adjudicateur doit assurer l'information complète et régulière des soumissionnaires afin de garantir la transparence et l'égalité de traitement. Avant une enchère, il communique à chaque soumissionnaire les informations relatives à la méthode d'évaluation automatique, formule mathématique comprise, le résultat de l'évaluation initiale de son offre et tous les autres renseignements pertinents concernant le déroulement de l'enchère. Si l'enchère électronique comporte plusieurs phases, l'adjudicateur informe tous les soumissionnaires des positions respectives qu'ils occupent dans le classement à la fin de chaque phase.

Art. 24 Dialogue

Le dialogue – terme emprunté à la terminologie des directives de l’UE – est un instrument qui n’est prévu ni dans l’AMP 1994 ni dans l’AMP 2012. La formule «méthodes telles que» employée à l’art. IV, par. 4, let. a, AMP 2012 signe la fin du principe qui découlait de l’art. VII, par. 3, AMP 1994 et selon lequel il existe un *numerus clausus* de procédures admises. Par ailleurs, contrairement à l’art. XIV, par. 2, AMP 1994, l’art. XII AMP 2012 ne dispose pas que les négociations doivent servir principalement à déterminer les points forts et les points faibles des offres. Cela rend possibles des procédures telles que le dialogue (comparer également l’art. VII, par. 2, let. f, AMP 2012 à l’art. IX, par. 6, let. b, AMP 1994).

Au sein de l’UE, le «dialogue compétitif» a été instauré par l’art. 29 de la directive 2004/18/CE¹²⁷ en tant que moyen d’assouplir la procédure d’adjudication dans le cas de marchés particulièrement complexes. Selon les explications relatives à cet instrument, les négociations portant sur le prix étaient exclues¹²⁸. L’art. 48 de la directive 2014/24/UE¹²⁹ sert à optimiser et à simplifier la procédure du dialogue compétitif.

Une variante suisse du dialogue a été introduite au niveau fédéral en 2010, lors de la révision de l’OMP. Dans l’OMP, contrairement à ce qui est le cas dans la législation européenne, le dialogue n’est pas conçu comme une procédure autonome, mais comme un instrument utilisable dans une procédure ouverte ou sélective. Cette solution est mieux adaptée au droit fédéral des marchés publics¹³⁰. L’instrument du dialogue n’est pas prévu par le droit cantonal en vigueur. Il figure cependant dans le P-AIMP élaboré parallèlement au P-LMP.

Dans le cadre du dialogue, l’adjudicateur peut élaborer des solutions ou des procédés en collaboration avec une partie des soumissionnaires dans le but de parvenir à une définition des prestations qui d’une part réponde à ses exigences et d’autre part corresponde aux compétences des soumissionnaires. Grâce à cet instrument, il peut mobiliser les connaissances spécifiques des soumissionnaires et promouvoir l’innovation. L’avantage du dialogue pour les soumissionnaires est qu’ils ne doivent pas concevoir leur offre dans les moindres détails au début de la procédure, mais peuvent la préciser progressivement.

Les instruments flexibles tels que le dialogue vont probablement gagner en importance, étant donné qu’ils conviennent notamment à l’acquisition de prestations intellectuelles particulières. Le Conseil fédéral va suivre l’évolution des acquisitions dans ce domaine et, si nécessaire, il apportera des modifications à l’ordonnance ou soumettra au Parlement des propositions de modifications de la loi.

¹²⁷ Voir note de bas de page n° 35.

¹²⁸ Explications de la Commission européenne relatives au dialogue compétitif dans la directive 2004/18/CE (voir note de bas de page n° 35). Ces explications peuvent être consultées à l’adresse suivante: http://ec.europa.eu/internal_market/publicprocurement/docs/explan-notes/classic-dir-dialogue_fr.pdf (état le 25 oct. 2016).

¹²⁹ Voir note de bas de page n° 40.

¹³⁰ Voir note de bas de page n° 116, p. 17.

Al. 1

Dans le cas de marchés particulièrement complexes ou portant sur des prestations intellectuelles ou innovantes, il est fréquent que l'adjudicateur ne soit pas à même, sans l'aide des soumissionnaires, de définir l'objet du marché de manière telle qu'il réponde à ses besoins ou de déterminer les solutions disponibles sur le marché, ou qu'il n'en soit capable qu'en investissant des moyens démesurés. Si l'adjudicateur impose une solution, les ressources et le potentiel d'innovation du marché risquent de ne pas être pleinement exploités.

La complexité d'un marché peut résider dans des caractéristiques techniques ou juridiques ou être la conséquence de la solution de financement retenue (notamment dans le cas de partenariats public-privé). Dans le cas de marchés complexes, la recherche de solutions ou de procédés fait idéalement partie intégrante de la procédure d'acquisition et non de l'étude de marché préalable. L'adjudicateur n'ayant pas les connaissances spécifiques nécessaires, il doit en effet pouvoir discuter des solutions et procédés envisageables avec les soumissionnaires et les développer en collaboration avec ces derniers, dans le cadre d'un processus structuré. Cette manière de procéder permet par ailleurs d'éviter plus facilement des situations délicates de préimplication.

Al. 2

En qualité de droit spécial, les dispositions relatives au dialogue priment l'art. 39 (rectification des offres). Le dialogue n'entre donc pas dans le champ d'application des conditions énoncées à l'art. 39, al. 2. On ne peut recourir à cet instrument dans le but de négocier les prix offerts. Il est cependant tout à fait possible que ces derniers soient adaptés au cours du dialogue par suite de la concrétisation de l'objet du marché.

Al. 3

Si l'adjudicateur a l'intention d'engager un dialogue, il doit le mentionner dans l'appel d'offres sous une forme appropriée: les soumissionnaires doivent savoir dès le début dans quoi ils s'engagent. Pour le reste, la manière dont le dialogue est mené est laissée, pour l'essentiel, à l'appréciation de l'adjudicateur.

Le principe de transparence doit également être respecté dans le cadre du dialogue. L'adjudicateur indique dans l'appel d'offres ses desiderata et ses exigences ainsi que les critères (d'aptitude) sur la base desquels il choisira les participants au dialogue. Par ailleurs, afin que les soumissionnaires puissent se préparer au dialogue, il leur donne, soit dans l'appel d'offres, soit dans les documents d'appel d'offres, certaines indications minimales sur son déroulement. En général, le dialogue est bilatéral, c'est-à-dire qu'il mené avec chacun des soumissionnaires au sujet de leurs propositions de solutions respectives. Des dialogues communs, c'est-à-dire multilatéraux, consistant à combiner et à développer différentes propositions de solutions en collaboration avec tous les soumissionnaires concernés, sont théoriquement envisageables dans des cas très spécifiques, mais ils sont tellement exigeants qu'à ce jour ils sont inexistantes en pratique.

Suivant l'étendue du marché ou la complexité des questions qui se posent, l'adjudicateur peut diviser le dialogue en plusieurs étapes, au cours desquelles l'objet du

marché est délimité de plus en plus précisément. Les modalités d'indemnisation sont à régler par voie d'ordonnance. Il s'agit d'examiner la possibilité de disposer que seuls ont droit à une indemnité les soumissionnaires qui ont accepté que leurs secrets d'affaires soient utilisés mais qui ne se sont pas vu adjuger le marché.

Al. 4

Le but du dialogue est de mettre à profit le savoir-faire et l'expérience des soumissionnaires pour concrétiser les exigences formulées par l'adjudicateur quant au but du marché ou les solutions ou procédés proposés par les soumissionnaires. Pour ce faire, il peut se révéler nécessaire de diviser la procédure en plusieurs phases. Si, durant la procédure, il apparaît qu'un soumissionnaire n'entre raisonnablement pas en ligne de compte pour l'adjudication, l'adjudicateur peut interrompre le dialogue avec lui. Le soumissionnaire concerné en est informé au moyen d'une décision sujette à recours qui peut lui être notifiée soit immédiatement, soit au moment de l'adjudication du marché.

Les soumissionnaires admis à poursuivre le dialogue sont informés de son achèvement et des éléments pertinents qui en sont ressortis et sont invités à présenter une offre définitive et complète dans un délai déterminé. L'adjudicateur évalue les offres qui lui sont remises sur la base des critères d'adjudication fixés dans l'appel d'offres ou dans les documents d'appel d'offres et choisit l'offre économiquement la plus avantageuse. L'ordonnance réglera les modalités.

Al. 5

Pour des raisons de transparence et pour que le déroulement du dialogue puisse être reconstitué et soumis à un contrôle judiciaire, il est nécessaire d'établir un rapport sur toutes les étapes du dialogue. Si les participants au dialogue sont indemnisés, les ressources qu'ils ont investies dans ce dernier doivent être consignées d'une manière appropriée.

Art. 25 Contrats-cadres

L'instrument des contrats-cadres n'est prévu ni dans l'AMP 1994 ni dans l'AMP 2012. L'art. XV, par. 7, AMP 2012 dispose seulement qu'un adjudicateur «n'utilisera pas d'options (...) de manière à contourner les obligations au titre du présent accord». Les contrats-cadres et les options présentent des points communs: dans les deux cas, l'appel d'offres porte non pas sur un volume de prestations déterminé, mais sur le droit de l'adjudicateur d'acquiescer certaines prestations au cours d'une certaine période. Les contrats-cadres sont conclus notamment pour des raisons économiques, pour éviter une dépendance vis-à-vis d'un seul fournisseur ou pour prévenir toute difficulté d'approvisionnement.

Dans les États membres de l'UE, il existe depuis longtemps des entités adjudicatrices centrales qui ont pour tâche d'acquiescer des prestations pour une pluralité d'entités adjudicatrices. Pour ce faire, elles recourent à des contrats-cadres. Lorsqu'il s'agit d'acheter de grandes quantités, cet instrument contribue à l'amélioration du jeu de la concurrence et à la rationalisation des marchés publics. Dans le domaine de l'acquisition de médicaments, en particulier, il serait inconcevable de se passer d'accords-cadres.

En droit européen, la notion d'«accord-cadre» a été introduite dans les directives 2004/17/CE¹³¹ (art. 14 et 29) et 2004/18/CE¹³² (art. 32). Largement utilisé et considéré dans toute l'Europe comme une méthode efficace de passation de marchés, cet instrument est également prévu dans les directives 2014/24/UE¹³³ (art. 33) et 2014/25/UE¹³⁴ (art. 51).

Al. 1

La conclusion d'un contrat-cadre avec un ou plusieurs soumissionnaires ne fait pas l'objet d'une procédure particulière. Les procédures générales s'appliquent également aux appels d'offres portant sur des contrats-cadres et à la conclusion de ces derniers. Il en va de même pour les principes généraux régissant la procédure d'adjudication (art. 11 P-LMP), auxquels il faut veiller à la fois lors de la conclusion des contrats-cadres et lors de la conclusion des contrats subséquents, cette dernière étant cependant soumise au droit civil.

La teneur et l'étendue d'un contrat subséquent ainsi que la procédure régissant sa conclusion dépendent directement du contrat-cadre et de sa densité réglementaire. Si toutes les conditions ont été fixées dans le contrat-cadre, ces conditions sont également valables pour le contrat subséquent fondé sur ce dernier. Sinon, les prestations et les modalités doivent être décrites en détail dans le contrat subséquent. En général, celui-ci ne stipule plus que les quantités à livrer, les délais et, le cas échéant, les conditions commerciales particulières (rabais).

Si, dans l'appel d'offres, l'adjudicateur exige des prix unitaires, il prévoit une grille quantitative à partir de laquelle un prix total approximatif est calculé en multipliant les quantités par les prix unitaires. Une autre solution consiste à prévoir un prix total pour toutes les prestations qui seront fournies sur la base du contrat-cadre.

Le prix total constitue la base de l'adjudication et doit être publié conformément à l'art. 48. Sauf convention contraire, ni le prix total ni la grille quantitative n'obligent l'adjudicateur à acquérir les prestations faisant l'objet d'un contrat-cadre. Un nouvel appel d'offres doit être lancé en temps utile avant l'échéance (option de prolongation incluse) du contrat-cadre.

Al. 2

La disposition relative aux éventuels effets des contrats-cadres sur la concurrence repose sur l'art. XV, par. 7, AMP 2012. Il est par exemple inadmissible de conclure un contrat-cadre pour couvrir les besoins en informatique de l'administration fédérale durant les années 2017 à 2020, car cela aurait pour conséquence de soustraire au jeu de la concurrence, pendant plusieurs années, un nombre considérable de marchés objectivement distincts. Or, un contrat-cadre ne peut avoir pour but ou pour effet d'empêcher ou de supprimer la concurrence. Par ailleurs, un contrat-cadre doit toujours concerner une catégorie spécifique de prestations. Celles-ci doivent donc être décrites de manière suffisamment précise. Un contrat-cadre ne sert pas à pallier une description lacunaire des prestations.

¹³¹ Voir note de bas de page n° 37.

¹³² Voir note de bas de page n° 35.

¹³³ Voir note de bas de page n° 40.

¹³⁴ Voir note de bas de page n° 41.

Al. 3

L'actuel art. 15*a*, al. 1, OMP dispose que la durée contractuelle en cas de prestations périodiques est limitée à cinq ans. Cette disposition a été édictée après que la Commission fédérale de recours en matière de marchés publics a relevé¹³⁵ que le législateur fédéral n'avait manifestement pas pris conscience du problème posé par les contrats de (trop) longue durée et qu'il n'avait par conséquent pas introduit dans la LMP une disposition limitant la durée de tels contrats¹³⁶. Une limitation temporelle est également importante pour les contrats-cadres, qui, typiquement, s'inscrivent dans la durée.

Ainsi, un contrat-cadre portant sur des prestations destinées à répondre à un besoin permanent ou durable de l'adjudicateur ne peut être conclu que pour une durée limitée. Les prestations concernées doivent faire l'objet de nouveaux appels d'offres à intervalles réguliers. En cohérence avec la règle énoncée à l'art. 15, al. 4, et à l'instar de la législation actuelle, le P-LMP prévoit que la durée d'un contrat-cadre ne peut excéder cinq ans. Une prolongation automatique n'est pas autorisée. Un contrat-cadre d'une durée indéterminée, impossible à résilier des années durant, procurerait à l'adjudicataire un avantage concurrentiel et fausserait donc la concurrence en restreignant l'accès des autres entreprises au marché. De ce fait, une durée contractuelle supérieure à cinq ans ne peut être prévue qu'à titre exceptionnel. Elle se justifie par exemple si, en raison de la complexité des prestations faisant l'objet du marché, de l'importance des investissements initiaux à consentir ou des connaissances et aptitudes particulières que le soumissionnaire doit acquérir et qui seraient perdues en cas de changement de prestataire, elle se traduit par des gains d'efficacité. Tel est le cas, par exemple, lors de l'acquisition de marchandises dont l'entretien et la maintenance doivent être assurés par le fabricant ou par une société spécialement mandatée à cet effet ou lors de la conclusion de contrats-cadres avec un organe de révision ou avec des experts en prévoyance professionnelle, qui, s'il s'agit d'une institution de prévoyance importante, ont besoin d'une période d'initiation d'une durée pouvant atteindre une année. Une durée contractuelle supérieure à cinq ans est également justifiée si un appel d'offres débouche sur la conclusion de plusieurs contrats-cadres et que, du fait de la procédure de conclusion des contrats subséquents, il subsiste entre les adjudicataires une concurrence résiduelle («mini-appels d'offres»).

Par ailleurs, le contrat-cadre est prorogé de la durée des contrats subséquents conclus pendant la durée de validité du contrat-cadre. Il faut cependant veiller, lors de la conclusion de contrats subséquents, à ce que la durée maximale de cinq ans ne soit pas dépassée ou qu'elle ne le soit qu'exceptionnellement et de manière raisonnable. C'est également pour cette raison que le P-LMP ne prévoit pas une durée maximale plus longue.

¹³⁵ Voir CRM 2000-007 du 3 nov. 2000 (JAAC 65.41), consid. 3c/ii.

¹³⁶ Voir note de bas de page n° 116, p. 9.

Al. 4

Lorsqu'un contrat-cadre est conclu avec un seul soumissionnaire, les contrats subséquents sont toujours conclus aux conditions fixées dans le contrat-cadre en question. Si les conditions n'ont pas toutes été fixées dans le contrat-cadre, l'adjudicateur peut, en vue de la conclusion d'un contrat subséquent, demander par écrit au soumissionnaire de compléter son offre. En l'absence d'un nouvel appel d'offres, un contrat subséquent ne peut cependant prévoir des modifications substantielles de la nature ou de l'étendue des prestations faisant l'objet du contrat-cadre.

Al. 5

Lorsqu'un adjudicateur conclut des contrats-cadres avec plusieurs soumissionnaires (par ex. pour garantir la couverture de ses besoins ou la sécurité d'approvisionnement, pour éviter toute dépendance vis-à-vis d'un fournisseur donné, pour abaisser les coûts de transaction ou pour d'autres motifs suffisants), il peut prévoir de conclure les contrats subséquents selon la procédure décrite à l'al. 5. Dans le cadre de cette procédure, les besoins et les critères définis lors de la procédure d'appel d'offres pour la conclusion des contrats subséquents sont précisés et les partenaires contractuels sont invités à soumettre une offre. Ce faisant, ces partenaires doivent satisfaire au moins autant que lors de la remise de leur offre initiale aux critères à remplir impérativement et aux critères d'adjudication fixés lors de la procédure d'adjudication des contrats-cadres. Les principes généraux, en particulier celui de l'économicité, doivent toujours être respectés.

L'adjudicateur a également la possibilité de conclure les contrats subséquents sans consulter ses partenaires contractuels, en se fondant sur les critères fixés dans le contrat-cadre. Cela peut se justifier par exemple pour de petits volumes d'achat, compte tenu des coûts de transaction. Les principes généraux d'égalité de traitement, de transparence, d'économicité et de concurrence entre les soumissionnaires doivent également être respectés dans ces cas de conclusion directe des contrats subséquents. Les critères pris en considération doivent être communiqués en toute transparence et être appliqués équitablement.

Le principe de l'offre économiquement la plus avantageuse (art. 41) peut également être respecté lors de la conclusion de plusieurs contrats-cadres, si l'on adopte une perspective globale pour juger de ce qui est «économiquement le plus avantageux»: s'ils sont utilisés à bon escient, les contrats-cadres permettent de réduire les frais de transaction et de gagner du temps et contribuent ainsi à l'économicité des acquisitions. La procédure de conclusion des contrats subséquents constitue un moyen supplémentaire de garantir que le contrat soit conclu avec le soumissionnaire dont l'offre est économiquement la plus avantageuse.

La conclusion d'un contrat subséquent sur la base d'un contrat-cadre repose sur l'acceptation d'une offre du soumissionnaire relevant du droit privé. Il n'y a pas de nouvelle adjudication. La procédure d'adjudication s'achève par l'entrée en force de l'adjudication du ou des contrats-cadres. Les contrats subséquents doivent être conclus dans le respect des dispositions du contrat-cadre. Si un soumissionnaire n'accepte pas les décisions relatives à la conclusion des contrats subséquents, il peut intenter une action civile, mais non pas faire recours, ces décisions n'étant pas sujettes à recours (art. 53, al. 6).

Chapitre 5 Conditions d'adjudication

Tant l'AMP 1994 que l'AMP 2012 emploient toute une série de termes, qui se recoupent en partie, pour désigner les exigences à remplir sur les plans personnel, formel et matériel dans le cadre d'un appel d'offres public («conditions de participation», «critères d'adjudication», «spécifications techniques», «qualification», «critères d'évaluation»). Le P-LMP clarifie ces termes, étant précisé que les deux expressions consacrées par le droit en vigueur, à savoir «spécifications techniques» et «critères d'adjudication», ainsi que l'expression «critères d'aptitude» (qui remplace l'expression «critères de qualification» utilisée dans la législation actuelle) servent de fil directeur. La définition de conditions de participation formalisées a fait ses preuves dans la pratique. Deux articles règlent respectivement les exigences de forme et les listes de soumissionnaires qualifiés.

Les conditions de participation, les critères d'aptitude, les listes, les systèmes d'enregistrement, les spécifications techniques et les critères d'adjudication ne doivent avoir pour but ou pour effet d'entraver l'accès au marché et de créer des obstacles inutiles au commerce international. Ils doivent notamment respecter les principes du traitement national et de non-discrimination.

Alors que les critères d'aptitude concernent les capacités et les qualités des soumissionnaires, les spécifications techniques et les critères d'adjudication concernent les prestations attendues. Lorsqu'un soumissionnaire remplit les conditions de participation et les critères d'aptitude et que son offre respecte les spécifications techniques (exigences minimales à satisfaire impérativement pour pouvoir exécuter le marché à adjuger), l'adjudicateur examine si et dans quelle mesure cette offre remplit les critères d'adjudication.

En 2010, le critère d'adjudication «développement durable» a été introduit à l'art. 27, al. 2, OMP¹³⁷. Les cantons, quant à eux, l'ont intégré à la liste des critères d'adjudication pertinents en 2001 (art. 32, al. 1, DEMP). On observe une évolution similaire au niveau européen. Dans son Livre vert du 27 janvier 2011 sur la modernisation de la politique de l'UE en matière de marchés publics, la Commission européenne s'exprimait déjà en ces termes: «Un deuxième objectif (...) consiste à permettre aux acheteurs publics de faire en sorte que leurs marchés servent mieux les objectifs communs de la société: protection de l'environnement, amélioration de l'utilisation des ressources et de l'énergie et lutte contre le changement climatique, promotion de l'innovation et de l'inclusion sociale, et mise en place des meilleures conditions possibles pour la fourniture de services publics de haute qualité.»¹³⁸

L'art. IX, par. 1 à 3, AMP 2012 autorise l'utilisation de systèmes d'enregistrement. Ceux-ci doivent permettre d'abaisser les coûts de transaction sans entraver l'accès au marché. L'article du P-LMP relatif aux listes de soumissionnaires qualifiés a été élaboré sur la base de l'art. 22 DEMP (listes permanentes) ainsi que de l'art. 52 de la

¹³⁷ Voir note de bas de page n° 116, p. 19.

¹³⁸ Livre vert de la Commission européenne du 27 janvier 2011 sur la modernisation de la politique de l'UE en matière de marchés publics. Vers un marché européen des contrats publics plus performant, p. 5. Ce document peut être consulté à l'adresse suivante: http://ec.europa.eu/internal_market/consultations/docs/2011/public_procurement/20110127_COM_fr.pdf (état le 7 nov. 2016).

directive 2004/18/CE¹³⁹ et de l'art. 64 de la directive 2014/24/UE¹⁴⁰ (listes officielles d'opérateurs économiques agréés). À part la Confédération, seuls deux cantons, à savoir le Valais et la Thurgovie, tiennent actuellement de telles listes. Les autres cantons y ont renoncé pour différentes raisons.

Art. 26 Conditions de participation

Al. 1 et 2

Quel que soit l'objet du marché, les soumissionnaires et leurs sous-traitants doivent remplir les conditions de participation et en apporter la preuve. Les fausses déclarations peuvent entraîner des sanctions pénales et des sanctions prévues par le droit des marchés publics. Les impôts et cotisations sociales exigibles comprennent, outre les impôts et taxes fédéraux (TVA, AVS, AI, APG, AC, LPP et LAA), les impôts cantonaux et communaux.

Le respect de l'égalité de traitement salarial entre femmes et hommes peut être contrôlé par l'adjudicateur lui-même ou par des tiers, par exemple à l'aide de l'outil Logib¹⁴¹. L'adjudicateur peut définir librement les déclarations ou autres preuves qu'il entend exiger des soumissionnaires concernant le respect de l'égalité salariale, des dispositions relatives à la protection des travailleurs et des conditions de travail. Dans les documents d'appel d'offres, il peut par exemple spécifier que les soumissionnaires doivent joindre à leur offre des preuves du fait qu'eux-mêmes et, le cas échéant, leurs sous-traitants remplissent les conditions de participation. En général, il est exigé une déclaration faite au moyen d'un formulaire. Il est également possible d'exiger des attestations relatives aux contrôles effectués par les autorités ou organes visés à l'art. 12, al. 4. Dans certains cas, il convient d'effectuer une analyse des risques fondée sur des facteurs objectifs (site de production, branche, produit), qui servira de base pour décider de l'opportunité d'autres mesures, comme la réalisation d'audits sur le lieu d'exécution à l'étranger. L'adjudicateur peut effectuer une analyse des risques à tout moment, y compris après la conclusion du contrat, et faire appel à cet effet à des organismes spécialisés. Si les conditions de participation ne sont pas ou plus remplies, l'adjudicateur prend les mesures qui s'imposent.

Des informations complémentaires figurent dans les recommandations de la CA pour des achats durables¹⁴². Cette publication présente en détail les moyens de vérifier le respect des conditions de participation.

Al. 3

La remise des preuves requises implique une charge de travail considérable pour les soumissionnaires. Les exigences en la matière devraient donc toujours tenir compte de l'objet du marché. Pour éviter une bureaucratie inutile, il peut être judicieux, par exemple, de n'exiger certaines preuves, comme une garantie bancaire, qu'à un stade

¹³⁹ Voir note de bas de page n° 35.

¹⁴⁰ Voir note de bas de page n° 40.

¹⁴¹ Voir www.bfeg.admin.ch > Nos prestations > Outil d'autocontrôle: Logib.

¹⁴² DFF/OFCL/CÄ, «Achats durables. Recommandations aux services d'achat de la Confédération», Berne, 2014. Ces recommandations peuvent être consultées à l'adresse suivante: www.bkb.admin.ch/bkb/fr/home.html > Moyens auxiliaires > Fiches techniques.

ultérieur de la procédure (mais dans tous les cas avant l'adjudication) et que de la part du soumissionnaire occupant le premier rang du classement. On décharge ainsi d'un travail superflu les soumissionnaires dont l'offre n'a aucune chance d'être retenue.

Art. 27 Critères d'aptitude

Al. 1

Les critères d'aptitude doivent être objectifs. De plus, leur satisfaction doit être non seulement cruciale pour l'exécution du marché, mais également pouvoir être vérifiée. Le principe de proportionnalité protège des exigences excessives. Bien que ces critères concernent toujours la personne du soumissionnaire, ils doivent être définis en tenant compte de l'objet du marché. Les critères retenus ne doivent pas restreindre le cercle des soumissionnaires davantage que ne le justifie l'objet du marché (art. VIII, par. 1, AMP 2012).

Al. 2

Les critères d'aptitude mentionnés, à savoir les capacités des soumissionnaires sur les plans professionnel, financier, économique, technique et organisationnel ainsi que leur expérience, ne forment pas une liste exhaustive. Les critères d'aptitude sont toujours des exigences qui se rapportent aux soumissionnaires. Les exigences discriminatoires, notamment celles qui sont en rapport avec les connaissances linguistiques, sont illicites. Les exigences qui se justifient objectivement (par exemple celles qui concernent les compétences linguistiques du chef de projet ou d'autres partenaires), dans la mesure où elles visent à assurer que l'adjudicateur et le soumissionnaire puissent communiquer efficacement lors de l'exécution du marché, sont cependant admises.

Al. 3

L'adjudicateur a toute latitude pour définir les preuves à fournir concernant les critères d'aptitude. Le projet ne prévoit pas l'obligation, pour l'adjudicateur, de valider ces preuves en demandant des informations complémentaires. Il va cependant de soi qu'en cas de doute évident quant à la validité d'une preuve, une vérification s'imposera. Celle-ci devra respecter la légalité et être documentée en toute transparence.

Le Tribunal fédéral juge qu'il est en principe licite d'utiliser les références à la fois comme critère d'aptitude et comme critère d'adjudication (par ex. en exigeant d'une part deux références en lien avec les critères d'aptitude et d'autre part des références supplémentaires se rapportant aux critères d'adjudication et auxquelles il sera attribué un certain nombre de points). Par ailleurs, l'adjudicateur a le droit de se procurer des références auprès de tiers. Toutefois, si une telle référence désavantage le soumissionnaire concerné, celui-ci doit pouvoir s'exprimer à son sujet (droit d'être entendu)¹⁴³.

¹⁴³ Voir ATF 139 II 489, consid. 3.2 s.

Comme les preuves relatives à la satisfaction des conditions de participation, les preuves concernant les critères d'aptitude peuvent, si cette possibilité est mentionnée dans l'appel d'offres ou dans les documents d'appel d'offres, n'être fournies qu'à un stade ultérieur de la procédure, pour des raisons de rationalisation des coûts de transaction. On limite ainsi la bureaucratie et la charge administrative pour les soumissionnaires.

Al. 4

Cet alinéa met en œuvre la réglementation de l'art. VIII, par. 2, let. a, AMP 2012, selon laquelle l'adjudicateur ne peut poser comme condition de participation que le soumissionnaire ait déjà obtenu un ou plusieurs marchés publics – exigence ne pouvant d'ailleurs pas non plus constituer un critère d'adjudication ou une spécification technique. Cette disposition garantit la transparence et la non-discrimination et prévient une restriction de l'accès au marché. Il s'agit ainsi d'empêcher que se nouent des liens de plusieurs années entre adjudicateurs et soumissionnaires. Il reste possible d'exiger des références relatives à des marchés exécutés pour d'autres adjudicateurs, privés ou publics (voir art. VIII, par. 2, let. b, AMP 2012). Les références doivent cependant concerner des marchés comparables au marché à adjuger.

Art. 28 Listes

L'AMP 2012 prévoit à l'art. IX, par. 7 à 13, la possibilité de tenir des «listes à utilisation multiple». Ces listes doivent permettre de renforcer l'efficacité des procédures d'adjudication, dans la mesure où elles évitent de devoir revérifier chaque fois l'aptitude d'un soumissionnaire. Elles recèlent cependant le risque de ne pas être actuelles et d'inciter à privilégier les soumissionnaires qui y sont inscrits. Il convient de mettre dans la balance ces deux aspects. À l'heure actuelle, la consultation des profils de soumissionnaires figurant sur la plateforme Internet de la Confédération et des cantons permet un gain d'efficacité similaire. Là encore, il faut s'assurer que les données soient constamment à jour et que les soumissionnaires dépourvus de profil ne soient pas désavantagés.

Al. 1 et 2

L'al. 1 habilite les adjudicateurs à tenir une liste de soumissionnaires qualifiés. L'exigence de transparence s'applique également à l'élaboration et à la tenue d'une telle liste. L'al. 2 contient une liste exhaustive des indications à publier à propos des listes. Les soumissionnaires qui prouvent qu'ils remplissent les exigences doivent être inscrits sur la liste dans un délai raisonnable (art. IX, par. 10, AMP 2012). Les indications mentionnées à l'al. 2 sont publiées à intervalles réguliers sur la plateforme Internet de la Confédération et des cantons ainsi que – au choix de l'adjudicateur – dans d'autres organes. Les indications doivent être tenues constamment à jour.

Al. 3

Par souci de qualité, il y a lieu de prévoir une procédure garantissant que les inscriptions sur la liste et la vérification de l'aptitude des soumissionnaires sont possibles à tout moment. Cette vérification doit pouvoir être menée non seulement lorsqu'un soumissionnaire demande son inscription sur la liste, mais à tout moment, et être suivie si nécessaire de la radiation des soumissionnaires concernés.

Al. 4

Qu'ils soient inscrits ou non sur une liste, tous les soumissionnaires doivent avoir la possibilité de prouver leur aptitude dans le cadre d'une procédure d'adjudication donnée. En clair, un adjudicateur ne peut pas autoriser uniquement des soumissionnaires figurant sur une liste à participer à la procédure.

Al. 5

Si la liste est supprimée, tous les soumissionnaires qui y figurent doivent en être avertis. Cette décision n'est pas susceptible de recours.

Art. 29 Critères d'adjudication*Al. 1*

Les critères d'adjudication sont définis essentiellement en fonction des prestations à fournir (lien objectif avec l'objet du marché). Le prix de l'offre constitue toujours un critère d'adjudication, mais rarement le seul (art. 41). Il est illicite d'évaluer et de sélectionner des offres exclusivement en fonction de critères autres que le prix.

Comme l'actuel art. 21, al. 1, LMP, cette disposition contient une liste non exhaustive de critères d'adjudication possibles, dont certains entrent dans la catégorie des objectifs dits secondaires. La prise en considération de ces critères ne doit conduire à une discrimination de certains soumissionnaires.

«Coûts du cycle de vie» est une expression générique recouvrant les coûts d'acquisition, d'exploitation, de démolition et d'élimination. Les coûts d'utilisation comprennent les coûts d'utilisation (par ex. consommation d'énergie et d'autres ressources) et les coûts de maintenance. Si l'adjudicateur évalue les coûts en fonction du cycle de vie, il précise dans les documents d'appel d'offres les données que les soumissionnaires doivent lui fournir et la méthode utilisée pour calculer les coûts du cycle de vie. Les coûts externes engendrés par les atteintes à l'environnement liées à l'objet du marché pendant son cycle de vie peuvent être pris en considération, à condition qu'ils puissent être évalués à l'aide d'une méthode largement reconnue et approuvée par l'organe compétent (par ex. la CA ou la Conférence de coordination des services de la construction et des immeubles des maîtres d'ouvrage publics [KBOB]).

Le critère du développement durable comprend trois dimensions, à savoir les dimensions économique, écologique et sociale. La dimension écologique recouvre la compatibilité environnementale ainsi que la préservation et l'utilisation rationnelle des ressources. Ces aspects peuvent être évalués au travers de facteurs tels que la teneur en polluants, la pollution de l'eau, des sols et de l'air, la consommation d'énergie ou d'eau et l'impact sur la biodiversité. Les critères écologiques peuvent concerner non seulement l'objet du marché en soi, mais également sa fabrication, son utilisation et son élimination. La prise en compte de la dimension sociale conduit par exemple à acheter des produits issus du commerce équitable, à accorder de l'importance à l'emploi de personnes atteintes dans leur santé ou à la réinsertion de chômeurs de longue durée ou encore à fixer des exigences concernant la sécurité au travail. Pour définir des critères écologiques et sociaux et évaluer leur respect,

l'adjudicateur peut s'appuyer sur des systèmes de certification reconnus sur le plan international. Cela simplifie les contrôles et les processus d'évaluation. Il faut toutefois toujours admettre les preuves relatives au respect d'exigences équivalentes. Lorsqu'un soumissionnaire ne peut fournir de certificat, l'adjudicateur peut par exemple procéder à une analyse des risques et, si celle-ci met en évidence un risque (par ex. lorsque le lieu d'exécution des prestations est situé à l'étranger), faire effectuer un audit. La KBOB émet des recommandations¹⁴⁴ concernant la manière dont les aspects économiques, environnementaux et sociaux peuvent être pris en compte dans le domaine de la construction, depuis le choix du lieu d'édification d'un bâtiment jusqu'à la phase d'exploitation de ce dernier, en passant par la conception et la réalisation du projet de construction.

Les techniques innovantes et ménageant les ressources sont plus économiques à long terme que des techniques obsolètes et gourmandes en ressources. Le caractère innovant d'une prestation peut être déterminé en particulier dans le cadre d'un dialogue au sens de l'art. 24. Cela ne signifie pas que les adjudicateurs doivent privilégier à tout prix les nouvelles technologies par rapport aux solutions éprouvées. Ainsi, ils ne devront pas faire développer une nouvelle solution logicielle si une solution standard possède toutes les fonctions requises. Le caractère innovant n'est pas un critère autonome, mais un aspect du critère de la rentabilité.

Lorsque les compétences des personnes qui exécuteront le marché sont déterminantes (par ex. experts, personnes effectuant des audits), la qualité d'une présentation orale des prestations offertes et des réponses des soumissionnaires aux questions qui leur sont posées à cette occasion peut constituer un critère d'adjudication, pour autant que d'autres critères, tels que le prix et la qualité, soient pris en considération de manière appropriée.

Dans le cas des marchés qui ne sont pas soumis aux accords internationaux, les adjudicateurs bénéficient d'un large pouvoir d'appréciation pour ce qui est de la définition des critères. Ils peuvent tenir compte notamment de facteurs linguistiques ou d'aspects relevant de la politique du marché intérieur ou de la politique économique. Un service d'achat de la Confédération peut par exemple demander une offre, dans une procédure sur invitation, à des soumissionnaires provenant de régions linguistiques différentes ou adjuger le marché à un producteur régional (par ex. lorsque le marché porte sur des denrées périssables).

Al. 2

Le droit en vigueur (art. 21, al. 1, LMP) permet déjà de prendre en compte la formation de personnes en formation professionnelle initiale comme critère d'adjudication. Ce critère, qui est motivé par des préoccupations touchant la politique de la formation et de l'emploi et qui a été introduit à la suite d'une initiative parlementaire¹⁴⁵, ne peut être utilisé que pour des marchés non soumis aux accords internationaux, étant donné que la majorité des États parties à l'AMP 2012 ne connaissent

¹⁴⁴ Ces recommandations peuvent être consultées à l'adresse suivante: www.kbob.admin.ch/kbob/fr/home.html > Publications / Recommandations / Modèles de contrats > Construction durable.

¹⁴⁵ Initiative parlementaire Lustenberger 03.445 «Marchés publics. La formation des apprentis constituerait un critère de sélection».

pas le système dual de formation. Son utilisation est laissée à l'appréciation des adjudicateurs et doit respecter le principe de l'égalité de traitement. Le nombre de places de formation offertes par les soumissionnaires ayant leur siège ou un établissement en Suisse doit être mis en relation avec le nombre total de postes que comptent les entreprises concernées. Ce n'est donc pas le nombre absolu mais la proportion de places de formation qui est déterminante¹⁴⁶.

Al. 3

Par souci de transparence, les critères d'adjudication et leur pondération doivent être indiqués dans l'appel d'offres ou dans les documents d'appel d'offres. En cas d'appel d'offres fonctionnel, en particulier lorsqu'un dialogue est prévu, il est possible, à titre exceptionnel, de renoncer à indiquer par avance la pondération. Lorsque le marché porte sur des solutions, des propositions de solution ou des procédés, on ne peut exiger de l'adjudicateur qu'il pondère les critères d'adjudication à l'avance. Le propre de ces appels d'offres est que l'adjudicateur indique uniquement le but du marché, ne connaissant pas ou ne voulant pas imposer de moyen de l'atteindre. L'impossibilité de prévoir le contenu des offres qui vont être remises empêche de pondérer correctement les critères par avance. L'adjudicateur doit néanmoins fixer par avance l'ordre d'importance des critères et établir un rapport sur le processus d'évaluation.

Art. 30 Spécifications techniques

Al. 1

Comme le faisait déjà l'AMP 1994, l'AMP 2012 dispose qu'un adjudicateur «n'établira, n'adoptera ni n'appliquera de spécifications techniques ni ne prescrira de procédures d'évaluation de la conformité ayant pour but ou pour effet de créer des obstacles non nécessaires au commerce international» (art. X, par. 1, AMP 2012). Il énumère par ailleurs des exigences pouvant constituer des spécifications techniques (art. I, let. u, AMP 2012). L'al. 1 reprend cette liste presque sans modification. La notion de spécifications techniques doit être comprise dans un sens large; elle englobe également les exigences techniques concernant par exemple les caractéristiques, les fonctions et les paramètres de performance.

Al. 2

Comme l'art. VI, par. 2, AMP 1994 et l'art. X, par. 2, AMP 2012, cet alinéa dispose que l'adjudicateur définit les spécifications techniques en se fondant si possible sur des normes internationales (ou d'autres documents normatifs internationaux), sur des prescriptions techniques appliquées en Suisse, sur des normes nationales ou d'autres documents normatifs reconnus ou sur les recommandations en usage dans la branche. Constituent des documents normatifs autres que les normes techniques par exemple, dans le domaine des produits de construction, les documents d'évaluation européens au sens de la loi fédérale du 21 mars 2014 sur les produits de construction (LPCo)¹⁴⁷. Les normes ou documents normatifs internationaux au sens de l'al. 2 sont

¹⁴⁶ Voir ATF 2P.242/2006 du 16 mars 2007, consid. 4.2.1 ss.

¹⁴⁷ RS 933.0

applicables s'ils ont été désignés en Suisse conformément aux prescriptions techniques. Pour les marchés soumis aux accords internationaux, il faut si possible se référer à des normes techniques internationales.

Al. 3

L'al. 3 reprend la *clause du produit phare* faisant l'objet de l'art. VI, par. 3, AMP 1994 et de l'art. X, par. 4, AMP 2012 ainsi que de l'art. 16a, al. 4, OMP et du § 15 DEMP. En principe, il est contraire au droit des marchés publics de citer dans la description de l'objet du marché une marque ou un nom commercial, un brevet, un droit d'auteur, un dessin ou un modèle, un type, une origine spécifique ou encore un fournisseur ou un producteur déterminés. Une exception est admise lorsqu'il n'y a pas d'autre moyen suffisamment précis et compréhensible de décrire l'objet du marché. Cela arrive en pratique, d'où l'impossibilité d'une interdiction stricte.

Si, exceptionnellement, l'adjudicateur définit les spécifications techniques en se fondant sur des produits ou des services de fournisseurs déterminés, il est tenu d'admettre des produits ou des services concurrents lorsqu'il est prouvé qu'ils satisfont aux exigences. Il doit indiquer dans les documents d'appel d'offres cette possibilité d'offrir des produits ou services comparables, en utilisant une formule telle que «ou équivalent»¹⁴⁸.

Al. 4

Comme l'art. X, par. 6, AMP 2012, l'al. 4 concerne spécifiquement les spécifications techniques permettant de préserver les ressources naturelles ou de protéger l'environnement. Les spécifications techniques à visée écologique peuvent, bien qu'elles ne transparaissent alors pas dans le produit final, se rapporter au processus de fabrication s'il existe un lien objectif avec l'objet du marché. C'est également ce que prévoit l'art. I, let. u, AMP 2012. L'adjudicateur peut se baser sur des systèmes de certification reconnus sur le plan international pour définir des spécifications techniques pertinentes en matière d'environnement et de ressources et pour vérifier leur respect, mais il doit toujours accepter les preuves relatives au respect d'exigences équivalentes. Il est recommandé de prendre en considération si possible les meilleures techniques disponibles (*best available technologies*) afin de préserver au mieux les ressources naturelles. Les recommandations de la CA pour des achats durables¹⁴⁹ renseignent sur l'utilisation et la licéité de spécifications techniques liées à l'environnement. La disposition de l'al. 4 s'applique sous réserve du respect des principes mentionnés à l'art. 11 P-LMP. L'utilisation de spécifications techniques à visée écologique ne doit en particulier pas conduire à favoriser les soumissionnaires suisses ou produire d'autres effets défavorables au commerce. Outre l'interdiction de discrimination (art. IV AMP 2012), il faut observer les dispositions de l'art. XXII, par. 6 à 8, AMP 2012 (*statu quo*, c'est-à-dire renonciation à l'adoption de nouvelles mesures discriminatoires et suppression des mesures discriminatoires existantes,

¹⁴⁸ Voir le rapport explicatif du DFF du 1^{er} janv. 2010 sur la modification de l'ordonnance sur les marchés publics (OMP), commentaire de l'art. 16a, al. 4, p. 11. Ce rapport peut être consulté à l'adresse suivante: www.efd.admin.ch > Documentation > Communiqués > Du 18.11.2009 jusqu'au 18.11.2009 > Le Conseil fédéral approuve la modification de l'ordonnance sur les marchés publics.

¹⁴⁹ Voir note de bas de page n° 142.

teneur des futures négociations et mise en œuvre du programme de travail de l'AMP 2012 sur les marchés durables). Par ailleurs, la formulation des spécifications techniques ne doit pas entraîner une distorsion de la concurrence.

Art. 31 Communautés de soumissionnaires et sous-traitants

Al. 1

Comme le droit en vigueur (art. 21 OMP), le P-LMP prévoit que les communautés de soumissionnaires sont en principe admises. Pour des raisons de transparence, les noms de leurs membres, tout comme les noms des sous-traitants qui fournissent des prestations essentielles, doivent toujours être indiqués dans les offres. Les soumissionnaires ne peuvent invoquer un droit (justiciable) quelconque de constituer une communauté de soumissionnaires. L'adjudicateur dispose d'un large pouvoir d'appréciation pour décider s'il admet ou non les communautés de soumissionnaires, qui doit cependant toujours être exercé dans le respect du but et des principes du droit des marchés publics (art. 2 P-LMP). De manière générale, l'accès des soumissionnaires au marché ne doit être restreint sans nécessité. La manière dont ceux-ci sont organisés relève de leur liberté économique. Ainsi, de nombreux secteurs comprennent des entreprises dont l'intégration est plus ou moins importante. Dès lors, il ne serait pas admissible d'accepter uniquement les offres des soumissionnaires présentant une intégration verticale complète.

Le droit des marchés publics doit permettre de procéder à des acquisitions économiques dans un contexte de neutralité concurrentielle. Les communautés de soumissionnaires peuvent contribuer à dynamiser un marché et à renforcer la concurrence, dans la mesure où elles facilitent l'accès des PME aux gros marchés publics. C'est pourquoi la participation de communautés de soumissionnaires ne doit être limitée ou même exclue que pour de justes motifs. Une exclusion est justifiée notamment lorsqu'un travail de coordination excessif compromet l'atteinte du but du marché ou génère des coûts de transaction inutiles, c'est-à-dire lorsqu'il n'est pas économique d'acquiescer les prestations requises auprès d'une communauté de soumissionnaires. Cela vaut principalement pour les petits projets qui peuvent être réalisés aisément par un seul soumissionnaire. En cas de projets d'envergure et complexes, les communautés de soumissionnaires ne devraient pas être exclues sans motif valable.

La décision d'admettre ou d'exclure le recours à des sous-traitants s'appuie sur des considérations similaires. Au cas où il y aurait un grand nombre de sous-traitants, l'adjudicateur pourrait rencontrer des difficultés déjà lors de l'examen de la satisfaction des critères d'aptitude (à noter toutefois que les sous-traitants ne doivent pas toujours remplir la totalité des critères d'aptitude). L'exclusion tant des communautés de soumissionnaires que des sous-traitants doit reposer sur une motivation qualifiée. En revanche, l'admission des sous-traitants compense l'exclusion des communautés de soumissionnaires et constitue donc un argument en faveur de cette dernière.

Al. 2

Le fait qu'un sous-traitant participe plusieurs fois à la procédure peut renforcer la concurrence, notamment lorsque ce sous-traitant a des connaissances ou des ressources particulières (par ex. un parc de machines) qu'on trouve très peu sur le

marché. De tels sous-traitants devraient être autorisés à participer plusieurs fois, car cela permet d'obtenir davantage d'offres. D'un autre côté, la participation multiple peut faciliter une collusion entre soumissionnaires, car une part parfois considérable des offres étant commune à ces dernières, elle est neutralisée au regard du droit des marchés publics. Il faut dès lors un motif suffisant (par ex. des connaissances et expériences particulières, des droits de propriété intellectuelle ou des contrats d'entreprise totale ou générale) pour admettre une participation multiple des sous-traitants.

Les considérations qui précèdent valent également pour la participation des soumissionnaires à plusieurs communautés de soumissionnaires.

Si des sous-traitants ou des membres de communautés de soumissionnaires participent plusieurs fois à la procédure, bien que ni l'appel d'offres ni les documents d'appel d'offres ne les y autorisent, les offres concernées sont écartées.

Al. 3

Cette disposition vise à éviter les offres de soumissionnaires qui n'assument aucune tâche ou que des tâches secondaires. L'intervention de tels soumissionnaires servant principalement d'intermédiaires prêtant leur nom se traduit généralement par des coûts supplémentaires. Les adjudicateurs doivent acquérir les prestations requises directement auprès des fournisseurs. Lorsque le soumissionnaire est une société appartenant à un groupe, la prestation est considérée comme étant fournie par ses soins même si elle est fournie par d'autres sociétés du groupe en Suisse ou à l'étranger. Il est possible de déroger au principe d'une fourniture des prestations par les soumissionnaires pour des raisons dûment fondées.

Dans le cas d'une communauté de soumissionnaires, il suffit que l'un des membres de cette dernière fournisse la prestation caractéristique. Concernant les prestations qui sont fournies par des entreprises générales, la prestation caractéristique consiste à coordonner toutes les prestations spécifiques et à assumer la responsabilité générale de l'exécution du marché. Pour le reste, la nature de la prestation caractéristique est déterminée sur la base de l'objet de l'appel d'offres.

Art. 32 Lots et prestations partielles

Al. 1

Cet alinéa pose le principe que les offres présentées par les soumissionnaires doivent porter sur la totalité des prestations faisant l'objet de l'appel d'offres. Les offres portant seulement sur une partie des prestations requises ne sont pas prises en considération. Ce principe admet une exception lorsque l'adjudicateur divise le marché en lots.

Al. 2

L'adjudicateur peut soumettre les prestations requises à appel d'offres soit en les considérant comme un tout indivisible, soit en distinguant des sous-ensembles (lots). Le regroupement des prestations permet d'obtenir des prix plus avantageux. La division d'un marché en lots, quant à elle, renforce la concurrence et accroît en particulier les chances des PME (de Suisse, des États parties à l'AMP et des États

avec lesquels la Suisse a conclu un accord de libre-échange ou un accord bilatéral portant sur les marchés publics) de participer à des marchés importants. Les lots et les prestations partielles ne doivent pas servir à éviter qu'un marché n'atteigne les valeurs seuils (art. II, par. 6, AMP 2012).

Les soumissionnaires n'ont pas le droit de dégroupier les prestations faisant l'objet d'un marché. La formation de lots peut être recommandée pour des raisons de délai ou pour prévenir des interdépendances. Les lots peuvent être constitués en fonction de la nature des prestations (travaux de peinture, travaux de plâtrerie, travaux sanitaires) ou en fonction de critères quantitatifs ou temporels. Chaque lot fait l'objet d'une évaluation et d'une adjudication distinctes. Un marché ne peut jamais être divisé en lots dans le but de ne pas devoir appliquer une procédure donnée.

Al. 3

Les soumissionnaires sont en principe libres de présenter une offre pour un ou plusieurs lots. Cette liberté de choix peut cependant être restreinte dans l'appel d'offres. Ainsi, l'adjudicateur peut décider (par ex. pour éviter des interdépendances) qu'il y aura autant d'adjudicataires que de lots ou qu'un soumissionnaire ne pourra se voir adjuger qu'un nombre déterminé de lots. Il ne peut cependant limiter la liberté de choix dans le but de favoriser certains soumissionnaires ou groupes de soumissionnaires.

Al. 4 et 5

La division du marché en lots implique généralement un besoin de coordination. Si l'adjudicateur veut obliger les différents adjudicataires à collaborer lors de la fourniture des prestations, il l'indique dans l'appel d'offres (al. 4). Il en va de même lorsque l'adjudicateur veut se réserver le droit d'adjuger des prestations partielles (lots), quand bien même une offre globale serait soumise (al. 5).

Art. 33 Variantes

Al. 1

Cette disposition correspond dans une large mesure à l'actuel art. 22a, al. 1, OMP. Les variantes d'entreprise, comme on les appelle, présentent des avantages comme des inconvénients. D'un côté, elles permettent aux soumissionnaires de proposer de meilleures solutions que celles qui sont définies dans l'appel d'offres. De l'autre, elles rendent difficile la comparaison des offres et ont pour effet d'accroître les coûts de transaction inhérents à un appel d'offres. C'est la raison pour laquelle l'adjudicateur peut limiter (par ex. à un domaine) ou exclure totalement la possibilité de présenter des variantes, sans avoir à motiver sa décision. En l'absence d'une telle limitation ou exclusion, les variantes sont admises. Les soumissionnaires doivent cependant toujours présenter une offre pour la solution définie par l'adjudicateur.

Al. 2

L'admission des variantes ne vise pas l'acquisition de prestations autres que celles qui font l'objet de l'appel d'offres. Elle permet plutôt de recevoir des offres pour des solutions différentes. Les variantes doivent donc toujours porter sur des prestations qui, de par leur nature, s'éloignent des prestations faisant l'objet de l'appel d'offres,

mais qui permettent d'atteindre le même but que ces dernières. Les soumissionnaires doivent prouver cette équivalence fonctionnelle. Les variantes qui ne remplissent pas cette condition d'équivalence ne sont pas prises en considération.

Il est très difficile de comparer des offres qui ne sont pas fondées sur le même type de prix. Si une offre est établie sur la base d'un autre type de prix que celui qui est prescrit (par ex. sur un prix global au lieu d'un prix unitaire), il ne s'agit pas d'une variante, mais d'une offre qui ne respecte pas les exigences de l'appel d'offres. Les adjudicateurs demeurent bien entendu libres de décrire la «proposition officielle» de manière suffisamment générale pour que l'adjudicateur puisse choisir le type de prix¹⁵⁰. Il est indispensable que les différentes offres puissent être comparées et évaluées.

Art. 34 Exigences de forme

Al. 1

Les offres doivent toujours être présentées par écrit (art. XV, par. 4, AMP 2012). Elles doivent être munies d'une signature juridiquement valable des soumissionnaires, être complètes et parvenir à l'adjudicateur dans les délais. Les règles concernant la remise des offres sont définies dans l'appel d'offres ou dans les documents d'appel d'offres.

L'inobservation des exigences de forme peut conduire à l'exclusion de l'offre concernée. Toute irrégularité ne justifie cependant pas une telle sanction. Pour des raisons de proportionnalité, il est possible et même nécessaire de s'abstenir d'exclure l'offre en cause lorsque l'irrégularité constatée est mineure et que l'atteinte du but visé par l'exigence de forme qui n'a pas été respectée n'est pas sérieusement compromise (interdiction d'un formalisme excessif)¹⁵¹.

Al. 2

Le P-LMP prévoit que les offres peuvent être remises par voie électronique, à condition que les soumissionnaires qui les présentent puissent être identifiés avec certitude. Les exigences de forme, notamment les obligations de respecter le délai de remise des offres et de présenter une offre complète, doivent être définies dans l'appel d'offres ou dans les documents d'appel d'offres.

Chapitre 6 Déroulement de la procédure d'adjudication

Art. 35 Contenu de l'appel d'offres

Cet article met en œuvre les exigences de l'art. VII, par. 2 et 3, AMP 2012 relatives au contenu minimal d'un appel d'offres public. Dès lors qu'une indication est soumise à publication, sa rectification l'est également. Cette disposition correspond à

¹⁵⁰ Voir le rapport explicatif du DFF du 1^{er} janv. 2010 sur la modification de l'ordonnance sur les marchés publics (OMP), commentaire de l'art. 22a, al. 2, OMP, p. 15. Ce rapport peut être consulté à l'adresse suivante: www.efd.admin.ch > Documentation > Communiqués > Du 18.11.2009 jusqu'au 18.11.2009 > Le Conseil fédéral approuve la modification de l'ordonnance sur les marchés publics.

¹⁵¹ Voir ATF 2D_50/2009 du 25 févr. 2010, consid. 2.4.

l'annexe 4 de l'actuelle OMP (indications minimales de l'appel d'offres public concernant une procédure ouverte ou sélective).

Let. m: par «la ou les langues de la procédure», on entend la ou les langues dans lesquelles l'adjudicateur communique avec les soumissionnaires, depuis la publication de l'appel d'offres jusqu'à l'adjudication. Les exigences en matière linguistique seront réglées dans l'ordonnance, conformément à l'art. 48, al. 5. Le Conseil fédéral se réserve le droit d'édicter des prescriptions concernant les langues admises pour les offres (voir ch. 1.2.5).

Let. p: la pondération des critères d'adjudication ne doit pas toujours être indiquée. On peut y renoncer dans le cas des appels d'offres fonctionnels, c'est-à-dire lorsque seul le but du marché est défini (art. 29, al. 3).

Art. 36 Contenu des documents d'appel d'offres

Les adjudicateurs fournissent aux soumissionnaires des documents qui contiennent toutes les indications nécessaires pour soumettre des offres ou des demandes de participation. Ces documents d'appel d'offres sont en général mis à disposition en même temps que l'appel d'offres et sous forme électronique comme ce dernier.

«Documents d'appel d'offres» est un terme générique. Il désigne non seulement les documents concernant les appels d'offres publics (autrement dit les marchés faisant l'objet d'une procédure ouverte ou sélective), mais également les documents établis dans le cadre d'une procédure sur invitation (voir art. 20, al. 2).

Let. c: les critères d'aptitude sont des exigences minimales relatives à l'aptitude des soumissionnaires, raison pour laquelle il ne sont généralement pas pondérés. Une exception s'applique à la procédure sélective lorsque seul un nombre limité de soumissionnaires doivent être autorisés à présenter une offre. Dans ce cas, les soumissionnaires doivent en effet pouvoir être classés, ce qui suppose une évaluation de la mesure dans laquelle ils remplissent les critères d'aptitude.

Let. d: l'obligation d'indiquer la pondération des critères d'adjudication ne s'applique pas lorsque le marché porte sur des solutions ou des propositions de solutions ou de procédés (art. 29, al. 3). Dans le cas de tels marchés, il est en effet difficile de pondérer les critères d'adjudication à l'avance.

Let. g: à la Confédération, contrairement à ce qui est le cas dans différents cantons, l'ouverture des offres n'est généralement pas publique. Il existe néanmoins des exceptions. Il convient, notamment en application de la recommandation n° 8 de la DSN¹⁵², de laisser aux adjudicateurs le pouvoir d'appréciation dont ils disposent dans ce domaine.

¹⁵² Voir note de bas de page n° 43.

Art. 37 Ouverture des offres*Al. 1*

Les offres sont ouvertes selon une procédure formalisée et on vérifie que, d'un point de vue formel, elles sont complètes. Cela permet d'empêcher, dans un souci d'égalité de traitement des soumissionnaires, des améliorations illicites des offres. La tradition d'ouverture publique des offres que connaissent différents cantons ne s'est pas imposée au niveau fédéral. L'ouverture publique des offres peut fausser la rectification des offres et favoriser les ententes lors des prochains appels d'offres.

Al. 2

L'ouverture des offres donne lieu à un procès-verbal. Celui-ci ne doit contenir aucune remarque sur le contenu des offres. Ce procès-verbal d'ouverture est versé au dossier relatif à la procédure d'adjudication concernée. À la Confédération, l'ouverture des offres n'est généralement pas publique, afin de prévenir les pratiques concertées et les échanges entre les soumissionnaires au sujet des prix de leurs offres respectives.

Art. 38 Examen des offres*Al. 1*

Le but de l'examen des offres est la correction, par l'adjudicateur, des erreurs manifestes. On vérifie tout d'abord si les offres reçues respectent les exigences de forme (remise dans le délai imparti, exhaustivité, signatures, etc.). Elles sont ensuite, si nécessaire, l'objet de rectifications techniques et arithmétiques, avant d'être examinées par rapport aux critères d'aptitude et d'adjudication. Il faut ensuite de dresser un tableau comparatif des offres destiné à servir de base à la décision d'adjudication.

Les erreurs de calcul manifestes sont corrigées d'office. Cela signifie qu'elles n'entraînent pas l'exclusion de l'offre concernée. Une fois corrigée, celle-ci est donc prise en compte dans la procédure d'évaluation. Le terme «erreur de calcul» correspond à celui qui est utilisé dans l'art. 24, al. 3, CO. Il s'agit d'une opération arithmétique erronée concernant des valeurs correctes figurant dans l'offre. On a affaire à une telle erreur par exemple lorsque la livraison de 1000 m³ de matériel à 2 francs le mètre cube est proposée à 200 francs au lieu de 2000 francs. Cette erreur doit être corrigée et ne compromet nullement la validité de l'offre. Ces erreurs de calcul manifestes doivent être clairement distinguées des erreurs de calcul intentionnelles ou commises par négligence (exemple: le prix indiqué pour la fourniture et la mise en place de béton d'une qualité donnée est de 150 francs au lieu de 250 francs, en raison de l'omission des coûts de transport) ainsi que des erreurs touchant les prix unitaires indiqués par le soumissionnaire (par ex. indication, pour la fourniture de bois équarri départ scierie, d'un prix de 35 francs par mètre cube au lieu de 350 francs par mètre cube). Dans ces cas-là, toute rectification d'office est illicite.

Al. 2

La demande d'explications au soumissionnaire vise à garantir la comparabilité des offres, en particulier au niveau des données déterminantes pour le rapport qualité-prix. À cette occasion, le soumissionnaire ne peut en principe que corriger des

erreurs involontaires et non modifier son offre ou remédier à des défauts (autres que les erreurs de calcul)¹⁵³.

Il appartient à l'adjudicateur de décider s'il va demander des explications aux soumissionnaires et – dans le respect du principe de l'égalité de traitement des soumissionnaires – de déterminer les modalités de communication de ces explications (par ex. présentation orale de l'offre ou explications écrites). Si une rectification s'impose dans l'intérêt d'une comparabilité objective, il faut en rendre compte de manière claire.

Al. 3

Cette disposition est fondée sur l'art. XV, par. 6, AMP 2012 et correspond à l'actuel art. 25, al. 4, OMP. Elle autorise l'adjudicateur qui reçoit une offre à un prix anormalement bas à demander au soumissionnaire s'il remplit les conditions de participation et s'il a compris les modalités du marché. Si le soumissionnaire ne peut garantir le respect des conditions de participation, ou le garantir de manière convaincante, ni balayer les doutes éventuels quant à l'exécution correcte du marché, son offre peut être exclue (voir art. 44, al. 2, let. c, P-LMP).

Une offre dont le prix est anormalement bas ne pose en soi aucun problème au regard du droit des marchés publics. Sont en revanche illicites les offres déloyales au sens de la loi fédérale du 19 décembre 1986 contre la concurrence déloyale (LCD)¹⁵⁴. Une offre est dite déloyale lorsqu'une entreprise couvre la différence par rapport au prix coûtant en recourant à des moyens illégaux, par exemple en enfreignant des conventions collectives de travail ou en utilisant les économies réalisées par soustraction d'impôt.

Le Tribunal administratif fédéral (TAF) pose que l'adjudicateur a une obligation qualifiée de déterminer pourquoi le prix d'une offre est anormalement bas lorsqu'il s'agit d'une offre présentée par un adjudicateur soumis au droit public. Du principe constitutionnel de la neutralité concurrentielle découle l'interdiction de fausser la concurrence entre les soumissionnaires au moyen de subventions croisées. Le TAF estime donc que lorsqu'il existe des indices sérieux selon lesquels le prix de l'offre remise par un adjudicateur soumis au droit public ne couvre pas les frais, l'adjudicateur doit vérifier la base de calcul du prix¹⁵⁵. Il n'a pas encore été précisé quels indices sont suffisamment sérieux et sur la base de quels critères le calcul du prix doit être vérifié.

L'exclusion d'une offre anormalement basse peut en outre s'imposer lorsque le transfert de coûts d'un article auquel correspond un prix unitaire à un article auquel correspond un prix forfaitaire expose les pouvoirs publics à un risque considérable ou lorsque des investigations poussées révèlent que le soumissionnaire est effectivement incapable de fournir les prestations demandées au prix proposé ou de respecter les modalités du marché. Il serait cependant inapproprié et donc illicite de tenir compte, lors de l'évaluation du prix, de doutes quant à la qualité des prestations que

¹⁵³ Voir ATF B-2675/2012 du 23 juill. 2012, consid. 4.

¹⁵⁴ RS 241

¹⁵⁵ Voir ATAF B-3797 du 13 avr. 2016, non encore entré en force.

peut fournir le soumissionnaire, à seule fin d'éviter que celui-ci obtienne le marché¹⁵⁶.

Art. 39 Rectification des offres

Les prestations offertes pourront être adaptées lors de la rectification des offres, afin de garantir la possibilité de comparer celles-ci de manière équitable. Cela correspond largement à la pratique actuelle au niveau de la Confédération (art. 25 OMP). Dans le cadre de la rectification, il est possible de prendre contact avec les soumissionnaires. Ces échanges doivent faire l'objet d'un rapport.

Al. 1 et 2

Une rectification des offres peut se révéler indispensable en particulier lorsque le marché porte sur de prestations complexes. Elle sert à dissiper les malentendus et à combler les lacunes manifestes des documents d'appel d'offres. Par ailleurs, elle offre à l'adjudicateur un moyen d'améliorer, dans certaines limites, la définition de l'objet du marché au cours de la procédure d'adjudication, contribuant ainsi à l'assouplissement de cette dernière, et lui permet de rendre les offres comparables.

La modification ou la réduction des prestations ne doivent pas servir à mettre en conformité avec les exigences des offres qui, au départ, ne satisfaisaient clairement pas aux conditions du marché. Les offres incomplètes ou ne répondant pas aux exigences de l'appel d'offres pour d'autres raisons doivent être exclues de la procédure. Un soumissionnaire ayant présenté une offre qui ne respecte pas les spécifications techniques n'a pas le droit de modifier cette offre de sorte qu'elle remplisse finalement ces dernières¹⁵⁷. Lorsqu'une offre ne s'écarte que faiblement des exigences, l'adjudicateur est libre de poser ou non des questions au soumissionnaire concerné afin qu'il puisse être remédié à cet écart¹⁵⁸. Lorsqu'une offre présente des défauts minimes, l'adjudication doit, compte tenu de l'interdiction d'un formalisme excessif, permettre au soumissionnaire de la rectifier.

Al. 3

L'art. XII, par. 1, AMP 2012 prévoit que des négociations peuvent être menées sous certaines conditions. Tel était déjà le cas de l'AMP 1994. Contrairement aux canons, la Confédération exploite actuellement cette possibilité. Cependant, le droit en vigueur interdit déjà les négociations portant sur le prix qui ont pour but ou pour effet d'avantager certains soumissionnaires ou d'en défavoriser d'autres, comme c'est le cas par exemple lorsqu'un soumissionnaire choisi arbitrairement est autorisé à améliorer l'offre qu'il a déposée.

Conformément à l'exigence formulée par de nombreux participants à la procédure de consultation et aux fins de l'harmonisation des législations fédérale et cantonales, le P-LMP n'autorise une adaptation des prix après l'ouverture des offres que sous condition (voir également l'art. 11, let. d). Une telle adaptation peut s'avérer nécessaire lorsque l'objet du marché doit être modifié ou précisé dans le cadre de la

¹⁵⁶ Voir CRM 2003-032 du 15 juin 2004, consid. 2 ss.

¹⁵⁷ Voir CRM 2006-016 du 5 déc. 2006, consid. 3.

¹⁵⁸ Voir ATF B-5563/2012 du 28 févr. 2013, consid. 2.2.

rectification des offres. L'impératif de l'économicité des acquisitions peut impliquer qu'une modification des prestations offertes conduise à une adaptation des prix. Dans le cas des appels d'offres fonctionnels, qui indiquent uniquement le but du marché, il est régulièrement nécessaire d'adapter les prestations offertes. Le principe de l'égalité de traitement des soumissionnaires doit toujours être respecté.

De même que les négociations sont autorisées dans la procédure de gré à gré (art. 21, al. 1), elles sont admises dans les procédures ouverte et sélective lorsqu'une seule offre répond aux exigences devant impérativement être satisfaites et que, faute de pouvoir effectuer une comparaison avec d'autres offres, il est impossible de déterminer si le prix de cette offre est concurrentiel.

En prévoyant une autorisation conditionnelle des adaptations des prix, on supprime une différence fondamentale entre les législations fédérale et intercantonale en vigueur. Le P-LMP n'exploite pas toute la marge de manœuvre que laisse l'AMP 2012 et autorise une rectification du contenu des offres avec une adaptation consécutive des prix uniquement dans des cas dûment justifiés et dans un cadre formel strict.

Al. 4

La rectification des offres est soumise à la loi et doit respecter les principes de proportionnalité et d'équité. L'obligation de consigner les résultats de la rectification dans un procès-verbal vise à garantir le respect des prescriptions légales et du principe d'égalité de traitement des soumissionnaires.

Art. 40 Évaluation des offres

Al. 1

Les offres ne peuvent être évaluées que sur la base des critères d'adjudication indiqués dans l'appel d'offres ou les documents d'appel d'offres. Pour faciliter la comparaison des offres, il convient de consigner les résultats de l'évaluation dans un tableau. En pratique, l'adjudicateur dispose d'une marge d'appréciation considérable en ce qui concerne à la fois l'établissement de ce tableau et l'évaluation¹⁵⁹. Le rapport dont cette dernière fait l'objet doit cependant permettre de comprendre clairement les motifs des notes attribuées aux différentes offres et donc faire ressortir nettement les avantages de l'offre retenue par rapport aux autres offres.

Al. 2

Selon la complexité des marchés, l'évaluation des offres peut requérir des moyens plus ou moins importants. Lorsque des offres sont établies sur la base d'articles normalisés couramment utilisés dans le domaine du bâtiment ou du génie civil, l'évaluation de quelques chapitres principaux peut suffire pour déterminer quelles offres entrent encore en considération pour l'adjudication. Dans d'autres cas, il peut être nécessaire de réaliser des examens en laboratoire ou des tests sur le terrain pour évaluer les propriétés effectives d'un produit et non seulement ses propriétés théoriques. Compte tenu du principe d'économicité, l'adjudicateur doit pouvoir écarter

¹⁵⁹ Voir ATF 2D_49/2011 du 25 sept. 2011, consid. 7.4.

un certain nombre d'offres après avoir procédé à une première évaluation et ne soumettre que les offres restantes à un examen et à une évaluation plus détaillés. Les soumissionnaires dont les offres sont exclues à ce stade sont informés de cette décision, qui n'est pas attaquable en tant que telle. Par souci de transparence, il est recommandé d'annoncer dans l'appel d'offres le recours à cette procédure d'évaluation en deux temps et le nombre d'offres qui feront l'objet d'une évaluation approfondie. Dans tous les cas, il faut s'assurer qu'il subsiste une véritable concurrence après la réduction du nombre d'offres.

Art. 41 Adjudication

Al. 1

Un principe cardinal du droit international veut que le marché soit adjugé à «la soumission la plus avantageuse» (art. XV, par. 5, let. a, AMP 2012), soit, dans la terminologie du droit fédéral, l'offre économiquement la plus avantageuse. Cette disposition correspond aux législations fédérale et cantonales en vigueur.

Cette expression ne désigne pas l'offre la meilleur marché, mais celle qui répond aux critères d'adjudication de manière optimale. Le soumissionnaire ayant présenté l'offre économiquement la plus avantageuse peut donc faire valoir un droit à l'obtention du marché¹⁶⁰. Cette offre se détermine en tenant compte de la qualité et du prix des prestations offertes ainsi que, selon l'objet du marché, d'autres critères (art. 29). La prise en considération d'objectifs secondaires, tels que la promotion de l'innovation, l'intégration sociale et l'offre de places de formation professionnelle initiale, ne doit pas conduire à une discrimination ou à un refus injustifié de l'accès au marché.

La recommandation n° 10 de la DSN¹⁶¹ va dans le même sens. Selon celle-ci, il convient en effet «de créer les conditions juridiques afin qu'il soit possible, pour les ouvrages complexes, de désigner l'offre qui est réellement la plus avantageuse économiquement à partir de l'évaluation technique et de l'évaluation du prix, et de garantir qu'une qualité supérieure, dans l'intérêt du projet, puisse justifier un prix plus élevé».

Al. 2

Comme l'actuel art. 21, al. 3, LMP, cet alinéa dispose que les marchés portant sur des biens largement standardisés peuvent être adjugés sur la base du seul critère du prix le plus bas. La possibilité d'évaluer les offres uniquement sur la base du prix est prévue aux art. X, par. 7, let. c, et XV, par. 5, let. b, AMP 2012. Cette manière de procéder peut être admise en particulier lorsque des normes généralement reconnues définissent la qualité du produit d'une manière suffisamment précise ou que les aspects écologiques sont déjà pris en compte au niveau des spécifications techniques. Tel peut être le cas lors de l'acquisition de matériaux de construction, de combustibles ou de carburants. L'adjudicateur dispose à cet égard d'un pouvoir d'appréciation. Lorsqu'un appel d'offres portant sur des produits standard ne men-

¹⁶⁰ Voir ATF 2D_49/2011 du 25 sept. 2012, consid. 1.3.1.

¹⁶¹ Voir note de bas de page n° 43.

tionne pas de critères d'adjudication, le marché sera adjudgé exclusivement sur la base du critère du prix le plus bas.

Pour les prestations non standardisées, le prix n'est pas, *a priori*, plus important que les autres critères. Le poids attribué aux critères qualitatifs, aux délais de livraison, au service à la clientèle, à la force d'innovation ou au respect de critères de développement durable peut être plus important que le poids attribué au prix, à condition que l'utilisation économe des deniers publics au sens de l'art. 2, let. a, soit garantie.

L'importance du prix dépend toujours du système d'évaluation appliqué. La courbe de notation du prix des offres devrait être choisie (du point de vue de sa pente) de telle sorte qu'elle couvre la fourchette de prix qui est attendue sur la base de l'étude du marché. Il faut éviter que la fonction choisie pour noter le prix ne diminue le poids de ce critère et soit donc inadaptée.

Art. 42 Conclusion du contrat

Al. 1

L'adjudication fait l'objet d'une décision au sens de l'art. 5 PA.

Au moment où cette décision est rendue, l'interdiction de contracter, qui relève du droit public, est levée. Le contrat qui est alors conclu est généralement (mais pas nécessairement) soumis au droit privé. Si le soumissionnaire ayant présenté l'offre économiquement la plus avantageuse peut s'attendre à ce que le marché lui soit adjudgé, il ne peut cependant prétendre à la conclusion d'un contrat (aucune obligation de contracter). Cette dernière dépend du bon vouloir de l'adjudicateur. Pour éviter de longues négociations contractuelles après l'adjudication, certains adjudicateurs ont pris l'habitude de joindre le projet du contrat aux documents d'appel d'offres. Il serait licite d'indiquer dans l'appel d'offres que les modifications apportées à ce projet de contrat constituent un critère d'adjudication et de l'évaluer en tant que tel.

Étant donné qu'une protection juridique secondaire est prévue pour les marchés non soumis aux accords internationaux (art. 52, al. 2, P-LMP), la décision d'adjudication concernant un tel marché est immédiatement exécutoire. Il n'est pas nécessaire d'attendre qu'elle entre formellement en force avant de conclure le contrat. Même après le dépôt d'un recours, il est possible de conclure valablement un contrat avec le soumissionnaire retenu.

Al. 2

Il en va différemment dans le cas des marchés soumis aux accords internationaux. L'al. 2 correspond à l'actuel art. 22, al. 1, LMP, à la différence près qu'il mentionne expressément l'obligation d'attendre l'expiration du délai de recours avant de pouvoir conclure le contrat. Bien que les recours n'aient pas d'office un effet suspensif, le contrat ne peut être conclu qu'à l'expiration du délai de recours ou, en cas de recours avec demande d'effet suspensif, qu'après le rejet de cette dernière¹⁶². Vu les

¹⁶² Voir ATF B-3402/2009 du 2 juill. 2009, consid. 7.1.

délais de transmission de la demande du recourant et de la décision du tribunal compétent, il faut en pratique attendre 25 jours avant de pouvoir conclure le contrat.

Dans le domaine des marchés soumis aux accords internationaux également, un contrat conclu prématurément n'est pas automatiquement frappé de nullité (art. 20 CO). Cette conséquence juridique ne se produit que si elle est expressément prévue par la loi ou si elle découle du sens et du but de la norme enfreinte¹⁶³. Le droit des marchés publics, destiné en premier lieu à garantir des acquisitions économiques, ne prévoit pas de sanction aussi lourde. Le vice matériel réside non pas dans la conclusion prématurée du contrat mais, le cas échéant, dans l'infraction aux règles et principes du droit des marchés publics dont la réalisation a été établie dans le cadre d'une procédure de recours. Si le tribunal conclut à la réalisation d'une telle infraction, il est concevable qu'il demande à l'adjudicateur de lancer un nouvel appel d'offres. L'adjudication d'un marché dont la valeur atteint au moins la valeur seuil déterminante pour la procédure sur invitation ou la valeur seuil déterminante pour les procédures ouverte et sélective et qui fait l'objet d'une procédure de gré à gré en vertu de l'art. 21, al. 2, est sujette à recours. Dans le cas d'une telle adjudication, il faut par conséquent également attendre l'expiration du délai de recours pour conclure le contrat, à moins que celui-ci ne soit conclu sous clause suspensive. Une adjudication de gré à gré peut être annulée après la signature du contrat sans que cela implique nécessairement la nullité du contrat de droit privé¹⁶⁴.

En ce qui concerne l'applicabilité du droit privé, on fait une distinction, en droit des marchés publics, entre la formation de la volonté de l'adjudicateur, d'une part, et la conclusion du contrat par l'adjudicateur et le soumissionnaire, d'autre part. Le fait qu'au terme de la procédure d'adjudication un contrat de droit privé est conclu avec le soumissionnaire retenu ne fonde aucune responsabilité générale de droit privé de la collectivité publique envers les soumissionnaires qui n'ont pas été retenus et encore moins envers des tiers indirectement concernés¹⁶⁵.

Contrairement au droit européen, le P-LMP ne dispose pas que le contrat doit être conclu par écrit. Pour des questions de preuve, les marchés publics doivent cependant en principe être conclus par écrit (voir également l'actuel art. 29, al. 1, OMP).

Si un crédit d'engagement est nécessaire pour une acquisition en vertu des dispositions de la loi du 7 octobre 2005 sur les finances¹⁶⁶, l'adjudication est subordonnée à l'approbation du crédit par le Parlement. L'avis d'adjudication doit mentionner cette réserve. Le délai de recours commence néanmoins à courir dès la publication de l'adjudication, et non pas à partir de l'approbation du crédit. Si, à titre exceptionnel (par ex. pour une question d'efficacité), le contrat est conclu avant que le crédit n'ait été approuvé, il doit comporter une condition suspensive correspondante.

¹⁶³ Voir ATF **102** II 401.

¹⁶⁴ Voir ATF B-3402/2009 du 2 juill. 2009, consid. 7.2.

¹⁶⁵ Voir ATF 4A_397/2012 du 11 janv. 2013, consid. 2.2.

¹⁶⁶ RS **611.0**

Al. 3

Si aucune demande d'octroi de l'effet suspensif n'a été pas déposée ou si une telle demande a été rejetée, l'adjudicateur peut conclure le contrat avec le soumissionnaire retenu. Un recours devant le Tribunal fédéral contre une décision portant sur des mesures provisionnelles (recours qui, du reste, ne peut être formé qu'au motif de la violation de droits constitutionnels et si la décision concernée soulève une question juridique de principe¹⁶⁷) ne déploie pas d'effet suspensif, faute de base légale. Étant donné que la conclusion immédiate du contrat est susceptible de constituer un abus de droit, il convient d'attendre généralement cinq jours après la réception de la décision de première instance avant de conclure le contrat¹⁶⁸. Si le contrat est conclu avant la fin de la procédure de recours, le tribunal saisi doit en être avisé. Le recourant ne bénéficie alors plus que de la protection juridique dite secondaire.

Art. 43 Interruption de la procédure d'adjudication*Al. 1*

Une procédure d'adjudication s'achève soit par une décision d'adjudication, soit par une décision d'interruption. Elle peut être interrompue pour des motifs suffisants à n'importe quel stade de la procédure (art. XV, par. 5, AMP 2012; art. 30 OMP). L'adjudicateur décide seul de la nécessité du marché. Les motifs d'interruption énumérés à l'al. 1 sont donnés à titre d'exemple. Ce qui est déterminant, c'est que la décision de l'adjudicateur d'interrompre la procédure s'appuie sur des motifs objectifs suffisants et qu'elle n'ait ni pour but ni pour effet de discriminer un soumissionnaire ou d'entraver la concurrence¹⁶⁹. Cette réglementation répond à la recommandation n° 12 de la DSN¹⁷⁰ en élargissant la marge de manœuvre dont dispose l'adjudicateur pour interrompre la procédure d'adjudication.

Let. a: si l'adjudicateur ne réalise pas le projet envisagé, une interruption est généralement définitive et licite. L'adjudicateur peut être amené à interrompre la procédure par exemple lorsque l'exécution des prestations faisant l'objet de l'appel d'offres est subordonnée à l'octroi d'un crédit et que ce dernier n'est finalement pas accordé. De nouvelles informations peuvent également le conduire à renoncer à une adjudication.

Let. b à e: parfois, les exigences relatives à la prestation sont excessivement spécifiques. Une interruption est donc également licite lorsqu'aucune offre ne répond aux spécifications techniques *ou* aux autres exigences (let. b). Une modification des conditions-cadres et la possibilité qui en résulte de recevoir des offres plus avantageuses (let. c) constituent un autre motif d'interruption de la procédure. Une telle modification se produit par exemple lorsque l'adjudicateur apprend l'existence de nouvelles techniques en cours de procédure. Une interruption est également possible en cas de modification importante des besoins (let. f) ou lorsque les prix des offres présentées dépassent nettement les coûts estimés (let. d). Concernant l'évaluation de

¹⁶⁷ Voir art. 83, let. f, ch. 2, et 98 LTF.

¹⁶⁸ Voir ATF 2C_203/2014 du 9 mai 2015, consid. 1.4 s.

¹⁶⁹ Voir ATF 134 II 192, consid. 2.3 s.

¹⁷⁰ Voir note de bas de page n° 43.

l'existence d'un accord illicite affectant la concurrence (let. e), il est renvoyé au commentaire de l'art. 44, al. 2.

Les exigences concernant la motivation d'une décision d'interruption de la procédure sont un peu plus élevées que celles concernant la motivation d'une décision d'adjudication. L'adjudicateur doit indiquer dans la décision d'interruption pour quelles raisons objectives il interrompt la procédure et si cette interruption est définitive ou s'il envisage de répéter la procédure¹⁷¹.

Actuellement, ni la LMP ni l'OMP ne prévoient d'obligation de publier la décision d'interruption de la procédure, mais elles n'excluent pas non plus une telle publication¹⁷². L'art. 48, al. 1, met fin à cette incertitude juridique en disposant que l'adjudicateur publie l'interruption des procédures ouvertes et sélectives. Il est donc possible de renoncer à une notification individuelle (art. 51, al. 1).

Al. 2

Si l'interruption est objectivement motivée, les soumissionnaires n'ont droit à aucune indemnisation pour les dépenses qu'ils ont engagées pour établir leurs offres. Une telle décision d'interruption ne constitue pas une violation du droit.

Art. 44 Exclusion de la procédure et révocation de l'adjudication

La possibilité d'exclure des soumissionnaires pour comportement fautif ou pour d'autres motifs était déjà prévue à l'art. VIII, let. h, AMP 1994 (conditions de participation). Elle était cependant formulée de manière moins directe et seules la faillite et les fausses déclarations étaient citées comme exemples de faits justifiant une exclusion de la procédure. L'art. VIII, par. 4, AMP 2012 prévoit davantage de motifs d'exclusion. Ainsi, il mentionne à titre d'exemples:

- a) la faillite;
- b) des fausses déclarations;
- c) des faiblesses significatives ou persistantes dans l'exécution d'une prescription ou obligation de fond dans le cadre d'un marché ou de marchés antérieurs,
- d) des jugements définitifs concernant des délits graves ou d'autres infractions graves;
- e) une faute professionnelle ou des actes ou omissions qui portent atteinte à l'intégrité commerciale du fournisseur;
- f) le non-paiement d'impôts.

Il est précisé que l'exclusion pour ces motifs n'est possible que si les faits en question sont prouvés. La possibilité pour l'adjudicateur d'invoquer les expériences négatives faites dans le cadre de marchés antérieurs ou les résultats d'une enquête menée par la COMCO (offres concertées, collusion) constitue une nouveauté capitale fondée sur l'art. VIII, par. 4, AMP 2012. Selon ce dernier, l'inobservation par

¹⁷¹ Voir ATF B-2449/2012 du 6 sept. 2012, consid. 4.2 ss.

¹⁷² Voir ATF B-2449/2012 du 6 sept. 2012, consid. 3.4.1.

un soumissionnaire d'un point secondaire d'un contrat antérieur ne justifie cependant pas une exclusion, même si cette infraction a été commise à plusieurs reprises¹⁷³.

Al. 1

Les sanctions pouvant être prises dans le cadre de l'adjudication de marchés publics ne se limitent pas à l'exclusion de la procédure. Un arsenal juridique efficace doit compter également la possibilité de radier un soumissionnaire d'une liste officielle et de révoquer une adjudication. Les adjudicateurs disposent en la matière d'un large pouvoir d'appréciation. Parfois, il peut être recommandé d'interrompre la procédure.

L'article contient une liste de faits justifiant une exclusion, une révocation de l'adjudication ou la radiation d'une liste. L'al. 1 énumère de manière exhaustive les faits qui doivent être avérés pour motiver une telle sanction. L'adjudicateur est tenu de vérifier qu'il s'agit de faits certains avant de prendre sa décision.

Let. a: il appartient à l'adjudicateur de juger si le comportement (pouvant consister en une inaction) d'un soumissionnaire ou d'un tiers auquel celui-ci fait appel, par exemple l'inobservation de ses directives malgré un rappel à l'ordre, est inapproprié au point que cela justifie une exclusion de la procédure ou une révocation de l'adjudication.

Let. b: dans l'appel d'offres et dans les documents d'appel d'offres, l'adjudicateur fixe les exigences applicables à la forme et au contenu des offres. Ces exigences (concernant par ex. le respect de critères écologiques donnés) doivent être respectées, à moins qu'elles n'aient un effet discriminatoire. Les offres qui ne répondent pas à ces exigences peuvent être écartées. Lorsqu'une offre présente des défauts minimes, il convient d'accorder au soumissionnaire un court délai pour remédier aux problèmes constatés (interdiction d'un formalisme excessif).

Let. c: cette disposition mentionne la condamnation entrée en force du soumissionnaire ou de ses organes (par «ses organes», on entend les membres de ses organes) pour des faits de gravité variable. Ainsi, ces faits peuvent consister soit dans des crimes contre des tiers, soit dans des crimes ou des délits commis au préjudice de l'adjudicateur. Dans ce deuxième cas, l'adjudicateur est donc le lésé au sens de l'art. 115 du code de procédure pénale (CPP)¹⁷⁴. La let. c concerne non seulement les crimes et délits faisant l'objet du code pénal (CP)¹⁷⁵, mais également ceux qui sont prévus par les législations spéciales, comme le droit fédéral de la protection de l'environnement.

Let. d: la procédure de saisie ou de faillite suit une procédure de poursuite. Celle-ci se continue soit par voie de saisie, soit par voie de faillite. À partir de ce moment, il y a un risque considérable que la fortune du soumissionnaire concerné diminue en raison de mesures d'exécution et qu'il ne dispose donc plus des ressources nécessaires pour l'exécution d'un marché public.

¹⁷³ Voir Hubert Stöckli / Martin Beyeler, «Neues GPA, neue Urteile, neue Tendenzen», in: Zufferey / Stöckli (éd.), «Aktuelles Vergaberecht 2012 / Marchés publics 2012», Zurich, 2012, p. 36.

¹⁷⁴ RS 312.0

¹⁷⁵ RS 311.0

Let. e: la lutte contre la corruption dans le domaine des marchés publics était l'une des principales préoccupations lors de la révision de l'AMP. La corruption peut prendre différentes formes. L'élément déterminant est l'octroi ou l'acceptation d'avantages pécuniaires qui ne reposent sur aucune base légale. La corruption doit être avérée; un simple soupçon ne suffit pas. Cela ne signifie cependant pas que le soumissionnaire ou l'organe du soumissionnaire concernés doivent, comme c'est le cas pour les infractions visées à la let. c, avoir fait l'objet d'une condamnation entrée en force. De fortes présomptions, fondées par exemple sur l'ouverture d'une enquête par les autorités d'instruction pénale, suffisent. Si l'adjudicateur sait avec certitude qu'un soumissionnaire est coupable de corruption, on ne peut raisonnablement attendre de lui qu'il collabore avec ce dernier. Les dispositions relatives à la lutte contre la corruption dont il est question sous cette let. e se trouvent en partie dans le code pénal (art. 322^{ter} ss CP). Toutefois, elles comprennent également des dispositions de la LCD et d'autres dispositions relevant du droit civil (telles que les clauses d'un contrat ou de conditions générales) qui ont pour objet la lutte contre la corruption. La disposition de la let. e tient compte de la recommandation du Groupe de travail de l'OCDE mentionnée dans le commentaire de l'art. 11, let. b.

Let. f: les contrôles visés à l'art. 12 peuvent être ordonnés et effectués soit par l'adjudicateur, soit par des autorités instituées par des lois spéciales, soit par des organes paritaires. Les soumissionnaires sont tenus de coopérer lors d'un tel contrôle. S'ils refusent de se soumettre à ces contrôles ou s'ils entravent leur bon déroulement, ils peuvent être exclus de la procédure.

Let. g: les soumissionnaires qui ne paient pas les impôts fédéraux, cantonaux ou communaux exigibles ou les cotisations sociales exigibles (telles que les cotisations AVS, AI, APG, AC, LPP et LAA) peuvent également être exclus de la procédure.

Let. h: l'art. VIII, par. 4, let. c, AMP 2012 autorise les États contractants à exclure un soumissionnaire en raison des expériences négatives faites avec ce dernier dans le cadre d'un marché antérieur. Les faits invoqués à ce titre doivent être objectifs et graves. Des manquements mineurs lors de l'exécution de marchés antérieurs ne justifient pas une exclusion.

Sont visés notamment la mauvaise exécution de marchés antérieurs et le fait que le soumissionnaire s'est révélé d'une autre manière ne pas être un partenaire fiable. Le deuxième point est mentionné à titre subsidiaire; son invocation nécessite une pesée soigneuse des intérêts en jeu et suppose en principe que le soumissionnaire a été rappelé à l'ordre plusieurs fois en vain. Probablement que l'adjudicateur ne peut avoir une connaissance certaine des motifs d'exclusion faisant l'objet de cette disposition que s'il a constaté les faits correspondants à l'occasion d'une collaboration antérieure avec le soumissionnaire concerné. Il est recommandé aux adjudicateurs de consigner les faits témoignant d'un manque de fiabilité d'un partenaire contractuel.

Let. i: la préimplification (art. 14) conduit à l'exclusion, sauf si l'avantage concurrentiel acquis par le soumissionnaire concerné peut être compensé (par ex. par la publication des résultats de l'étude menée par ce dernier).

Let. j: selon l'art. 45, al. 1, un soumissionnaire se trouvant dans un ou plusieurs des cas énoncés à l'art. 44, al. 1, let. c, e et k, et 2, let. b, f et g, peut être exclu des futurs

marchés publics pour une durée maximale de cinq ans. La disposition mentionne explicitement ce motif d'exclusion de la procédure.

Let. k: dans un contexte d'absence de concurrence, l'adjudicateur est autorisé à vérifier le calcul du prix (art. 59). Si le soumissionnaire concerné s'oppose à cette vérification ou entrave son bon déroulement, il peut faire l'objet d'une exclusion au sens de l'art. 45.

Al. 2

L'al. 2 comprend une liste non exhaustive de faits qui appellent des mesures dès qu'on dispose d'«indices suffisants» de leur existence. Par exemple, en cas de soupçons sérieux concernant un accord illicite affectant la concurrence, il n'est pas possible d'attendre que la COMCO ait terminé son enquête pour exclure les soumissionnaires concernés. Cela vaut également en cas de lourds soupçons d'insolvabilité ou d'inobservation des conditions de participation (telles que les obligations de respecter les dispositions relatives à la protection des travailleurs, les dispositions relatives au travail au noir et l'égalité salariale entre femmes et hommes). La collaboration dans le cadre de l'exécution du marché suppose une relation de confiance entre l'adjudicateur et le soumissionnaire. Si cette confiance est brisée ou sérieusement menacée, l'adjudicateur ne devrait pas être contraint de collaborer avec le soumissionnaire concerné. Il ne peut toutefois pas non plus exclure un soumissionnaire sur un simple soupçon. Il est tenu de clarifier ce dernier et d'évaluer soigneusement les éventuelles preuves.

La formulation potestative des dispositions des al. 1 et 2 implique qu'un manquement du soumissionnaire à ses obligations n'a pas obligatoirement les conséquences mentionnées dans la phrase introductive de l'al. 1. Si, par exemple, la violation d'une prescription donnée peut être considérée comme une infraction mineure et qu'il soit possible d'y remédier sans délai, l'exclusion serait injustifiée. Ainsi, une discrimination salariale est sanctionnée (al. 2, let. f) lorsqu'une analyse des salaires révèle une différence statistiquement significative de plus de 5 % en défaveur soit des femmes, soit des hommes. La marge de tolérance de 5 % s'applique exclusivement dans le cadre des contrôles liés aux marchés publics. Elle se justifie par le fait que les salaires d'une entreprise peuvent dépendre de facteurs qui ne sont pas pris en compte lors de l'analyse.

En cas de condamnation entrée en force pour une grave infraction, une exclusion devrait s'imposer (comme le prévoit l'art. 57, par. 1, de la directive 2014/24/UE¹⁷⁶).

Les offres à prix cassé ne sont pas forcément illicites. L'adjudicateur doit cependant s'assurer que le soumissionnaire a bien compris toutes les conditions du marché et qu'il présente les garanties d'une bonne exécution du contrat (art. 38, al. 3).

Le principe de proportionnalité et l'interdiction d'un formalisme excessif doivent être respectés quel que soit le motif d'exclusion¹⁷⁷. C'est d'autant plus indiqué que l'adjudicateur pourrait, dans la plupart des cas, exclure un soumissionnaire de la procédure, le radier d'une liste ou révoquer une adjudication sur la base de seuls soupçons. S'il a à apprécier des faits relevant d'une branche du droit dans laquelle il

¹⁷⁶ Voir note de bas de page n° 40.

¹⁷⁷ Voir ATF 2C_782/2012 du 10 janv. 2013, consid. 2.3.

ne possède pas de connaissances particulières (par ex. violation de règles professionnelles reconnues, des dispositions sur le travail au noir ou du principe de l'égalité salariale entre femmes et hommes, accords illicites affectant la concurrence), il peut au besoin consulter les autorités compétentes.

La décision d'exclure un soumissionnaire de la procédure d'adjudication peut, au choix de l'adjudicateur, être notifiée personnellement au soumissionnaire concerné ou être contenue implicitement dans la décision d'adjuger le marché à un autre soumissionnaire. Comme la législation en vigueur¹⁷⁸, le P-LMP ne prévoit aucun droit à une notification individuelle.

Art. 45 Sanctions

Toute violation grave des dispositions du droit des marchés publics par un adjudicateur peut entraîner une enquête administrative et des mesures disciplinaires pour les personnes responsables. L'adjudicateur, pour sa part, a la possibilité de sanctionner un soumissionnaire ou un sous-traitant qui a commis des actes illégaux.

En vertu du principe de la légalité, les sanctions doivent être réglées formellement dans une loi. Un avertissement doit être adressé par écrit et constitue en général une réaction à une infraction qui ne nécessite pas une sanction plus grave.

Par ailleurs, l'application d'une sanction suppose une faute. Le plus souvent, la négligence suffit (par ex. dans le cas d'une infraction aux dispositions relatives à la protection des travailleurs). Lorsqu'il prononce une sanction, l'adjudicateur doit tenir compte du principe de proportionnalité et de la gravité de l'infraction. L'art. 53, al. 1, let. h, dispose que le soumissionnaire peut faire recours contre le prononcé d'une sanction.

Al. 1

En cas d'infraction grave, l'adjudicateur peut, sans avertissement préalable, exclure les soumissionnaires ou sous-traitants fautifs de ses futurs marchés pour une durée maximale de cinq ans. Dans les cas de peu de gravité, un avertissement peut être prononcé. Au lieu de prononcer directement une sanction directe, l'adjudicateur peut également dénoncer le soumissionnaire ou le sous-traitant fautif auprès d'une autorité spéciale. Un avertissement ou une exclusion des futurs marchés publics sont possibles lorsqu'un soumissionnaire, un sous-traitant ou un organe d'un soumissionnaire ou d'un sous-traitant ont fait l'objet d'une condamnation entrée en force pour un crime en lien avec un marché public ou pour un crime ou un délit commis au préjudice de l'adjudicateur en cause. Ces sanctions peuvent également être prononcées lorsqu'un soumissionnaire ou un sous-traitant ont enfreint les dispositions relatives à la lutte contre la corruption¹⁷⁹. Enfin, la violation des obligations touchant au droit de regard des autorités (art. 59), la conclusion d'un accord illicite affectant la concurrence ou l'inobservation des dispositions relatives à la protection des travailleurs, aux conditions de travail, à l'égalité de traitement salarial entre femmes et

¹⁷⁸ Voir CRM 2002-016 du 4 févr. 2003, consid. 1.

¹⁷⁹ Voir le postulat Engler 14.3208 «Combattre la corruption dans l'attribution des marchés publics».

hommes ou à la confidentialité peuvent également donner lieu à un avertissement ou à une exclusion des futurs marchés publics.

Il appartient à l'adjudicateur de décider s'il va prononcer une sanction ou non. Une exclusion de ses futurs marchés publics est une lourde sanction, qu'une première et légère infraction ne justifie généralement pas. En cas d'infractions répétées ou graves, tels qu'un fait de corruption ayant donné lieu à un jugement pénal entré en force, cette sanction peut en revanche être appropriée.

Plus ou moins longue suivant la gravité de l'infraction, l'exclusion des futurs marchés publics ne s'applique généralement qu'aux marchés de l'adjudicateur concerné. Par adjudicateur, on entend toutes les unités d'organisation dotées de la même personnalité juridique (par ex. administration centrale, entreprises publiques). Ainsi, les services d'achat centraux de la Confédération ne peuvent obliger les CFF ou la Poste à exclure certains soumissionnaires de leurs marchés (et inversement). Les adjudicateurs peuvent apprécier librement les sanctions des autres adjudicateurs. Ils peuvent en particulier exclure un soumissionnaire d'une procédure au motif que celui-ci a fait l'objet d'une exclusion des futurs marchés d'un autre adjudicateur (motif d'exclusion prévu à l'art. 44, al. 1, let. j).

Si un soumissionnaire est exclu des futurs marchés publics en raison de délits de corruption, cette exclusion vaut, quant à elle, pour les marchés de tous les adjudicateurs soumis à la loi.

Un soumissionnaire ayant fait l'objet d'une condamnation entrée en force pour cause de violation grave ou répétée de certaines dispositions relatives au travail au noir est en principe sanctionné selon les modalités prévues à l'art. 13 LTN: soit il est exclu par l'autorité cantonale compétente des futurs marchés publics au niveau communal, cantonal *et* fédéral pour cinq ans au plus, soit les aides financières qui lui sont accordées peuvent être réduites pendant un certain temps. Le P-LMP prévoit quant à lui qu'un soumissionnaire ayant contrevenu aux obligations d'annonce et d'autorisation mentionnées dans la LTN peut recevoir un avertissement de la part de l'adjudicateur ou, si cette sanction n'a pas déjà été prononcée par l'autorité cantonale compétente (*ne bis in idem*), être exclu des marchés publics de cet adjudicateur pour une durée maximale de cinq ans.

Al. 2

Les sanctions que sont l'avertissement et l'exclusion peuvent être prononcées indépendamment de l'application d'autres mesures juridiques contre le soumissionnaire fautif. Sont concernées en particulier les enquêtes et les sanctions des autorités en matière de concurrence, des autorités de poursuite pénale ou de commissions paritaires, pour autant qu'elles ne constituent pas la condition des sanctions prévues à l'al. 1.

Comme l'art. 33 Org-OMP, le P-LMP prévoit que, lorsqu'il existe des indices suffisants d'une collusion entre soumissionnaires, il faut en informer la COMCO. Un tel signalement à la COMCO peut intervenir sans que les soumissionnaires concernés soient sanctionnés. Ainsi, lorsque l'adjudicateur, en raison de soupçons de concertation des offres, passe un marché de gré à gré (art. 21, al. 2, let. b) ou interrompt une procédure d'adjudication (art. 43, al. 1, let. e) ou lorsqu'il sanctionne un

soumissionnaire soupçonné d'avoir conclu un accord illicite affectant la concurrence (art. 44, al. 2, let. b, P-LMP), il en informe la COMCO.

Al. 3

Cette disposition doit servir de base légale à la tenue d'une liste centrale des soumissionnaires et sous-traitants exclus des futurs marchés publics. Les cantons prévoient une liste comparable dans l'AIMP. La Confédération et les cantons échangeront de façon appropriée les données ainsi collectées.

Étant donné que l'inscription d'un soumissionnaire sur la liste des soumissionnaires sanctionnés pourrait avoir pour lui des conséquences négatives irrémédiables (notamment un préjudice commercial allant bien au-delà de l'exclusion d'un marché public), cette liste ne sera pas publique. Cela signifie d'une part qu'elle ne sera pas publiée (information active) et d'autre part qu'elle ne fera pas partie des documents accessibles en vertu de la loi sur la transparence (information passive). Les adjudicateurs ne pourront demander des renseignements que sur un soumissionnaire déterminé participant à un appel d'offres donné. À l'expiration de la durée de la sanction, le soumissionnaire concerné sera radié de la liste. Aucun renseignement ne sera communiqué spontanément sur les sanctions dont la durée est échue. Tant l'inscription sur la liste que la radiation de cette liste constituent des décisions sujettes à recours.

Cet alinéa constitue une base légale autorisant les autorités à rendre des données personnelles accessibles en ligne, au sens de l'art. 19, al. 3, de la loi fédérale du 19 juin 1992 sur la protection des données¹⁸⁰.

Chapitre 7 Délais et publications, statistiques

Concernant la publication des appels d'offres, l'art. IX, par. 1, AMP 1994 renvoyait aux organes de publication indiqués à l'appendice II, à savoir, pour les marchés de la Confédération, une plateforme Internet (actuellement simap.ch) et, pour les marchés des cantons et des communes, les organes de publication officiels respectifs. L'art. XVIII AMP 1994 prévoyait en outre que les adjudicateurs fassent paraître un avis 72 jours au plus tard après l'adjudication d'un marché. Les directives 2014/24/UE¹⁸¹ et 2014/25/UE¹⁸² contiennent également diverses dispositions relatives aux questions de la publication et de la transparence.

Afin d'améliorer la transparence, un article consacré spécifiquement aux «renseignements sur le système de passation des marchés» a été introduit dans l'AMP 2012. Cet article (art. VI AMP 2012) dispose que chaque État partie publiera dans le média (électronique ou papier) désigné à l'appendice III des avis relatifs aux appels d'offres, aux inscriptions des soumissionnaires sur les listes à utilisation multiple ainsi qu'aux adjudications et aux informations y afférentes. Par ailleurs, l'art. VII, par. 1, AMP 2012 précise que les avis doivent être publiés dans un média largement diffusé et rester facilement accessibles au public, au moins jusqu'à l'expiration du délai qui y est indiqué. L'art. XVI AMP 2012, intitulé «transparence des renseigne-

¹⁸⁰ RS 235.1

¹⁸¹ Voir note de bas de page n° 40.

¹⁸² Voir note de bas de page n° 41.

ments relatifs aux marchés», contient, au par. 3, des dispositions sur la conservation de la documentation et des rapports ainsi que des données assurant la traçabilité de la passation des marchés par voie électronique.

Le droit en vigueur n'offre pas de vue d'ensemble des décisions et communications qui doivent être publiées. Les art. 48 et 50 P-LMP remédient à ce défaut et transposent les prescriptions de l'AMP 2012 en matière de transparence. Par ailleurs, l'art. 47 P-LMP met en œuvre les dispositions de l'art. XI AMP 2012 relatives à la réduction des délais minimaux.

Art. 46 Délais

Al. 1

L'ampleur et la complexité des marchés soumis à la loi varient considérablement. C'est pourquoi le P-LMP ne prévoit que des délais minimaux. En cas de marchés d'envergure, ces délais devraient être prolongés de manière appropriée. L'actuel art. 19, al. 2, OMP prévoit déjà la possibilité d'une telle prolongation.

Sauf indications contraires de l'adjudicateur, le délai de dépôt des offres ou des demandes de participation est respecté si celles-ci sont remises à l'adjudicateur ou, à son intention, à la Poste Suisse ou à une représentation diplomatique ou consulaire suisse au plus tard à minuit le dernier jour du délai (art. 21 PA). Si l'offre ou la demande de participation est envoyée par la poste, le sceau postal fait foi¹⁸³. Comme cela se fait déjà aujourd'hui, l'adjudicateur peut cependant stipuler que le jour et l'heure de dépôt fixés dans l'appel d'offres correspondent au délai dans lequel les offres ou les demandes de participation doivent lui parvenir. Dans ce cas, la date du sceau postal n'a aucune importance: seul compte le fait que l'offre ou la demande de participation, complète et présentée sous la forme requise, soit entre les mains de l'adjudicateur à la date et à l'heure fixées.

Al. 2

Concernant les marchés soumis aux accords internationaux, les délais minimaux pour la procédure ouverte et la procédure sélective sont fondés sur l'art. XI, par. 3, let. a, AMP 2012. Ils sont identiques aux délais fixés dans l'actuel art. 19, al. 3, OMP. Le délai de 40 jours recommence à courir à compter de la publication de rectifications substantielles de l'appel d'offres ou des documents d'appel d'offres, mais non à compter de la publication de petites rectifications n'entraînant pas de charge supplémentaire importante pour les soumissionnaires et ne conduisant pas à une modification du cercle des soumissionnaires. Le fait que le délai recommence ou non à courir dépend cependant non seulement de l'importance de la rectification, mais également du moment où celle-ci intervient, dans la mesure où les soumissionnaires doivent avoir le temps de tenir compte de la rectification.

¹⁸³ Voir CRM 2002-015 du 29 janv. 2003, consid. 2.

Al. 3

Contrairement aux réductions de délai, les prolongations de délai sont laissées à la libre l'appréciation de l'adjudicateur et ne sont soumises à aucune limite. La seule condition à respecter en la matière est l'égalité de traitement des soumissionnaires. Dans le cas des procédures ouverte et sélective, les prolongations de délais doivent être publiées. Dans le cas des procédures sur invitation, il suffit d'en aviser simultanément tous les soumissionnaires par écrit. Cet alinéa est le pendant de l'actuel art. 19, al. 2, OMP.

Al. 4

Pour les marchés non soumis aux accords internationaux, le délai de remise des offres est généralement d'au moins 20 jours. Un délai plus court n'est possible que dans des cas exceptionnels (par ex. lors de l'acquisition de marchandises ou de services standardisés).

Art. 47 Réduction des délais pour les marchés soumis
aux accords internationaux

Les délais peuvent être réduits tant pour la procédure ouverte que pour la procédure sélective. Sauf urgence, cela ne vaut cependant que pour le délai de présentation des offres. Le délai de présentation des demandes de participation (procédure sélective) ne peut être réduit.

Al. 1

La disposition selon laquelle le délai peut être réduit à 10 jours en cas d'urgence dûment établie correspond à l'art. XI, par. 4, let. c, AMP 2012.

Al. 2

Si l'appel d'offres est publié par voie électronique (let. a), si les documents d'appel d'offres sont publiés simultanément par voie électronique (let. b) et si les offres peuvent être transmises par voie électronique (let. c), le délai minimal de 40 jours prévu pour la remise des offres peut être réduit de 5 jours par condition remplie, soit de 15 jours au maximum (art. XI, par. 5 AMP 2012).

Al. 3 et 4

Le délai de dépôt des offres peut également être réduit à 10 jours au minimum lorsqu'un avis annonçant l'appel d'offres a été publié au plus tard 40 jours et au plus tôt 12 mois avant la publication de l'appel d'offres en question ou lorsque, dans le cadre de l'acquisition de prestations nécessaires périodiquement, l'adjudicateur a annoncé cette réduction de délai dans un appel d'offres antérieur. Cette réglementation figure déjà aux actuels art. 19 s. OMP.

Al. 5

La notion de «marchandises ou services commerciaux» est reprise de l'AMP 2012 et recouvre les fournitures, les services et les travaux de construction. Cette disposition singulière transpose l'art. XI, par. 7, AMP 2012. Cette norme de l'AMP 2012 n'interdit pas de réduire le délai à 10 jours en vertu d'autres dispositions.

Les «marchandises ou services commerciaux» au sens de cette disposition sont des prestations (essentiellement des prestations répondant aux besoins courants) généralement achetées par des acquéreurs privés à des fins privées. Cette définition correspond à celle qui figure à l'art. 1, let. a, AMP 2012 et laisse une marge d'appréciation. L'acquisition de telles prestations en vue d'une vente ou d'une revente est exclue du champ d'application du P-LMP en vertu de l'art. 10, al. 1, let. a. En revanche, si l'adjudicateur achète des marchandises ou services commerciaux pour son propre usage, une réduction du délai est possible.

Art. 48 Publications

Al. 1

Le recours à des technologies de l'information modernes améliore la transparence des marchés publics et facilite l'accès au marché. Dans les procédures ouverte et sélective, l'appel d'offres, l'adjudication et la décision d'interrompre la procédure sont publiés sur une plateforme Internet exploitée conjointement par la Confédération et les cantons. Les adjudications de gré à gré de marchés soumis aux accords internationaux doivent également être publiées. L'extension des voies de droit a pour conséquence que toutes les adjudications de gré à gré de marchés d'une valeur égale ou supérieure à la valeur seuil déterminante pour les procédures ouverte et sélective doivent être publiées, que les prestations acquises soient ou non soumises aux accords internationaux. Tel n'est pas le cas des adjudications de gré à gré de marchés dont la valeur est inférieure à ce seuil tout en atteignant au moins la valeur seuil déterminante pour la procédure sur invitation. Étant donné qu'on ne peut faire valoir un droit d'être invité à participer à la procédure, il n'y a aucune raison de publier ces adjudications. C'est pour cette même raison que les adjudications liées à une procédure sur invitation ne sont pas publiées, mais notifiées par écrit aux soumissionnaires ayant présenté une offre.

Étant donné que les décisions relatives aux marchés visés à l'annexe 5, ch. 1, let. c et d, ne sont pas sujettes à recours, les adjudications de gré à gré de ces marchés ne doivent pas être publiées.

Vu la rapidité de l'évolution des noms de domaine et de la cyberadministration, la plateforme de publication n'est pas citée nommément dans le P-LMP. Aujourd'hui, il s'agit de la plateforme simap.ch, qui existe en allemand, en français, en italien et en grande partie aussi en anglais. Cette plateforme est gérée par l'Association pour un système d'information sur les marchés publics en Suisse. La Confédération de même que tous les cantons sont membres de cette association et paient des contributions. Outre la Confédération et les cantons, de nombreuses villes et communes cette plateforme de publication. Les prescriptions de l'art. VII, par. 1, AMP 2012 sont donc respectées.

Al. 2

Les documents d'appel d'offres sont généralement mis à disposition en même temps que l'appel d'offres et également par voie électronique. Si les documents d'appel d'offres ne sont pas mis en ligne sur la plateforme Internet lors de la publication de l'appel d'offres prévue à l'al. 1, l'adjudicateur doit les mettre à la disposition des

soumissionnaires intéressés d'une autre manière (par ex. en les leur envoyant par la poste sur DVD ou CD-ROM ou sous forme papier).

Si les documents d'appel d'offres sont publiés en même temps que l'appel d'offres sur la plateforme Internet, ils ont le même effet de publicité. L'art. 53, al. 2, prévoit par conséquent que, le cas échéant, ils doivent être attaqués dans le cadre d'un recours contre l'appel d'offres.

L'accès aux publications concernant les appels d'offres et les adjudications est gratuit.

Al. 3

Les prestations de l'exploitant de la plateforme autres que l'accès aux appels d'offres et aux documents d'appel d'offres (par ex. l'hébergement de certaines preuves d'aptitude, l'archivage électronique des offres, les services d'abonnement, les prestations de support ou d'autres services) peuvent être payantes. Il est, par exemple, envisageable de donner la possibilité aux soumissionnaires de souscrire un abonnement à des alertes relatives à la publication d'appels d'offres (service *push*) ou d'enregistrer sur la plateforme les preuves relatives au respect des conditions de participation ou de critères d'aptitude standard (par ex. extrait du registre du commerce, rapport de gestion). Ces prestations peuvent donner lieu à la perception de rémunérations ou d'émoluments dont le montant satisfait au principe d'équivalence.

Al. 4

Fondée sur l'art. VII, par. 3, AMP 2012, cette disposition prévoit que lorsqu'un appel d'offres concernant un marché soumis aux accords internationaux n'est pas publié dans une des langues officielles de l'OMC, à savoir le français, l'anglais et l'espagnol, l'adjudicateur en publie un résumé dans l'une de ces langues. L'AMP dispose en outre que ce résumé doit être publié en même temps que l'appel d'offres. Ces prescriptions visent à faciliter le travail des soumissionnaires et à éviter les barrières linguistiques.

Al. 5

De nombreuses interventions parlementaires ont porté sur la question des langues officielles dans le domaine des marchés publics¹⁸⁴. C'est pourquoi il convient d'inscrire dans la loi le principe selon lequel le plurilinguisme de la Suisse peut être pris en compte de manière appropriée. Pour la mise en œuvre de ce principe, le Conseil fédéral vise une solution aussi pragmatique que possible et nécessitant des ressources raisonnables. Par ailleurs, il se déclare prêt à examiner à moyen terme, en considérant les effets de ces nouvelles dispositions, l'opportunité de prescriptions supplémentaires (voir ch. 1.2.5).

Al. 6

Comme l'AMP 1994 l'AMP 2012 dispose que l'adjudication doit être publiée 72 jours au plus tard après la décision d'adjudication. L'art. XVI, par. 2, AMP 2012 vise à garantir une transparence minimale sur les adjudications. À la Confédération, les adjudications font habituellement l'objet simultanément d'une publication et

¹⁸⁴ Voir ch. 1.2.5 («Digression: exigences linguistiques»).

d'une notification individuelle. Un délai de 30 jours devrait généralement suffire. Si l'avis d'adjudication mentionne non seulement les indications énumérées aux let. a à f, mais également les caractéristiques et avantages décisifs de l'offre retenue, les exigences relatives à la motivation sommaire de l'adjudication définies à l'art. 51, al. 3, sont respectées et la décision d'adjudication notifiée conformément à la loi (art. 51, al. 1).

Art. 49 Conservation des documents

Al. 1 et 2

L'art. XX, par. 4, AMP 1994 prévoyait déjà un délai de conservation de trois ans pour «la documentation relative à tous les aspects de la passation des marchés». L'art. XVI, par. 3, AMP 2012 va dans le même sens. Les adjudicateurs peuvent conserver les documents pendant une durée supérieure au délai minimum prévu par cet accord. L'obligation de conserver s'applique à tous les documents qui retracent de manière compréhensible le déroulement de la procédure et établissent la légalité de l'adjudication. Le délai de trois ans court à compter de la conclusion définitive de la procédure d'adjudication, c'est-à-dire à compter de l'entrée en force de la décision d'adjudication ou de la décision de clôture de la procédure.

L'adjudicateur n'est pas tenu de conserver les offres des soumissionnaires qui n'ont pas été retenus. Il peut choisir de les conserver, de les renvoyer ou de les détruire, à moins que la loi fédérale du 26 juin 1996 sur l'archivage¹⁸⁵, le CO ou les ordonnances d'exécution, notamment, ne contiennent des dispositions plus strictes en matière d'obligation de conserver.

La notion de «procès-verbaux relatifs à la rectification des offres» englobe le procès-verbal des négociations éventuellement menées dans le cadre d'une procédure de gré à gré fondée sur l'art. 21, al. 2, P-LMP.

Al. 3

Le droit des marchés publics est fondamentalement axé sur la transparence (appel d'offres public, publication de l'adjudication, etc.). Selon cet alinéa, les documents doivent être tenus secrets pendant la durée de leur conservation, à moins que la loi ne prévoie leur publication.

Cette disposition posant l'obligation de garder le secret constitue une disposition spéciale au sens de l'art. 4 de la loi du 17 décembre 2004 sur la transparence (LTrans)¹⁸⁶. La LTrans vise à promouvoir la transparence quant à la mission, l'organisation et l'activité de l'administration (art. 1 LTrans). Étant donné qu'il existe de nombreuses redondances entre la LTrans et les dispositions du P-LMP relatives à la transparence, il est justifié que, dans l'intérêt des soumissionnaires (par ex. confidentialité du contenu des offres et des contrats) et afin d'éviter des charges considérables et n'apportant aucune plus-value, aucun accès ne soit accordé en vertu de la LTrans, même après la clôture de la procédure d'adjudication, aux documents qui ne sont pas soumis à l'obligation de transparence.

¹⁸⁵ RS 152.1

¹⁸⁶ RS 152.3

Non seulement cette réglementation répond aux attentes légitimes des soumissionnaires, qui souhaitent que leurs secrets professionnels, leurs secrets d'affaires et leurs secrets de fabrication soient protégés de manière générale au-delà de l'adjudication, mais elle préserve également la concurrence. Un droit d'accès illimité aux offres et aux contrats conduirait à un échange indésirable d'informations sur les prix et les conditions et permettrait aux bénéficiaires de ce droit de manipuler la concurrence et de présenter des offres concertées dans le cadre d'appels d'offres ultérieurs similaires.

L'accès à la plateforme Internet pour les marchés publics visés à l'art. 48, al. 1, et à la statistique globale mentionnée à l'art. 50, al. 4, est cependant garanti. Ces deux sources d'information permettent de connaître et d'étudier les données relatives aux marchés publics. S'il incombait à des collaborateurs de la Confédération d'analyser ces données en réponse aux demandes de citoyens ou de journalistes, il faudrait créer de nombreux postes dans le domaine des relations publiques.

En application de la motion Graf-Litscher 14.3045, le P-OMP prévoit l'obligation de publier régulièrement une liste de tous les marchés adjugés d'une valeur égale ou supérieure à 50 000 francs. Les journalistes et autres personnes intéressées pourront ainsi obtenir des renseignements sur la manière dont sont utilisés les deniers publics sans devoir suivre la procédure (souvent coûteuse et gourmande en temps pour l'administration) prévue par la LTrans.

Art. 50 Statistiques

L'art. XIX, par. 5, AMP 1994 prévoyait déjà que les États parties établissent des statistiques de leurs marchés. Ces statistiques ne sont pas une fin en soi. Elles permettent (sous la forme de données anonymisées et agrégées) de vérifier le respect des engagements internationaux.

En ce qui concerne le droit européen, les art. 85 de la directive 2014/24/UE¹⁸⁷ et 101 de la directive 2014/25/UE¹⁸⁸ prévoient l'obligation de présenter un rapport statistique tous les trois ans.

Les prescriptions relatives aux relevés statistiques fixées dans les accords internationaux ne sont pas les mêmes pour les adjudicateurs centraux que pour les adjudicateurs sous-centraux. L'art. XVI, par. 4, AMP 2012 définit le contenu minimal des rapports statistiques. Il dispose que chaque rapport doit couvrir une année et être présenté dans les deux ans suivant la fin de la période couverte. Les statistiques des adjudicateurs de la Confédération doivent contenir les informations suivantes:

- le nombre et la valeur totale de tous les marchés soumis aux accords internationaux qui ont été adjugés par ces adjudicateurs;
- le nombre et la valeur totale des marchés soumis aux accords internationaux qui ont été adjugés par chacun de ces adjudicateurs, ventilés par catégorie de marchandises et de services sur la base d'un système de classification unifiée reconnu sur le plan international, et

¹⁸⁷ Voir note de bas de page n° 40.

¹⁸⁸ Voir note de bas de page n° 41.

- le nombre et la valeur totale des marchés publics soumis aux accords internationaux qui ont été adjugés de gré à gré par chacun de ces adjudicateurs.

Al. 1

Le P-LMP prévoit que les adjudicateurs, y compris ceux qui opèrent sur des marchés sectoriels, établissent à l'intention du SECO, dans les douze mois suivant la fin d'une année civile, une statistique sur les marchés soumis aux accords internationaux qui ont été adjugés au cours de l'année précédente. Il est renoncé à l'établissement de statistiques concernant les autres marchés, dans la mesure où cela représenterait une lourde charge de travail et n'apporterait pas grand-chose de plus. Les statistiques seront gérées électroniquement et transmises périodiquement au Comité des marchés publics (art. XXI AMP 2012). Il faut comprendre l'al. 1 dans le sens que chaque adjudicateur récolte les données requises concernant son domaine, prépare une statistique et la fait parvenir au SECO.

Al. 2

L'art. XVI, par. 4, AMP 2012 dispose que la statistique doit être ventilée par entité adjudicatrice (appendice I, annexes 1 à 3) ainsi que par catégorie de marchandises et de services suivant une classification reconnue sur le plan international (par ex. la classification CPC ou la classification CPV). Le P-LMP va au-delà des obligations de transparence définies dans l'AMP 2012 en prévoyant que des données relatives à la nature des marchés et aux adjudications de gré à gré de marchés soumis aux accords internationaux seront récoltées également pour les adjudicateurs sous-centraux et les adjudicateurs opérant sur des marchés sectoriels.

La CPC prov. est la classification officielle de l'ONU à laquelle se réfère l'OMC. La classification CPV est utilisée par l'Union européenne et a également été adoptée en Suisse. La statistique relative aux marchés passés par les adjudicateurs de la Confédération doit renseigner sur le nombre et la valeur totale des marchés soumis aux accords internationaux ainsi que sur leur répartition entre les codes CPV (let. a). Elle doit également indiquer le nombre et la valeur totale de tous les marchés adjugés de gré à gré (let. b).

Al. 3

Dans le droit des marchés publics, la valeur du marché prise en considération, que ce soit lors de sa détermination ou lors de l'évaluation des offres, ne comprend habituellement pas la TVA prescrite par la loi. En revanche, la valeur des marchés prise en considération pour établir les statistiques comprend la TVA. Cela permet de rendre compte des coûts totaux des marchés. En effet, la plupart des adjudicateurs n'ont pas le droit de déduire l'impôt préalable. Les montants encaissés pour des activités relevant de la puissance publique, c'est-à-dire non commerciales, ne sont en effet pas soumis à la TVA.

Al. 4

Le SECO publie la statistique globale en respectant la protection des données et la préservation des secrets d'affaires. La statistique globale fournit des informations sur les marchés de la Confédération, des adjudicateurs opérant sur des marchés sectoriels et des cantons. Elle peut contenir d'autres informations que les données mini-

males énumérées à l'al. 2, concernant par exemple la répartition des adjudications en fonction des régions linguistiques et des adjudicataires.

Chapitre 8 Voies de droit

Comme le faisait déjà (en termes légèrement différents) l'AMP 1994, l'AMP 2012 dispose, à l'art. XVIII, que chaque État partie «établira une procédure de recours administratif ou judiciaire s'appliquant en temps opportun, efficace, transparente et non discriminatoire», «prévoyant des mesures transitoires rapides», afin que les soumissionnaires puissent déposer un recours contre de supposées violations du droit. L'art. XX AMP 1994 réglemente la procédure de recours de façon sommaire, en laissant une grande marge de manœuvre au droit national. L'AMP 2012 est plus précis sur ce point et met les droits des soumissionnaires au premier plan. L'art. XVIII, par. 7, AMP 2012 (tout comme l'art. XX, par. 7, AMP 1994) laisse le soin aux États parties de déterminer si un recours contre une décision d'adjudication a un effet suspensif ou non. Le principe selon lequel il faut une procédure de recours qui s'applique en temps opportun et qui soit efficace, transparente et non discriminatoire vaut pour tous les marchés soumis aux accords internationaux.

Selon le droit en vigueur (art. 39 OMP), les décisions relatives à des marchés qui ne sont pas soumis aux accords internationaux ne sont pas sujettes à recours. Compte tenu de la garantie de l'accès au juge (art. 29a Cst.), il convient de se demander s'il ne devrait pas être possible de faire recours contre toute décision, autrement dit dès que la valeur du marché concerné atteint au moins un franc. Cette solution axée sur la protection des droits des soumissionnaires se heurte à des considérations de coûts et d'efficacité. En effet, accorder un droit de recours pour tous les marchés publics entraînerait une augmentation considérable des charges administratives et un ralentissement des procédures d'adjudication, sans vraiment renforcer la concurrence pour autant. Cela serait donc contraire au principe de l'utilisation économique des deniers publics.

Le projet de révision mis en consultation prévoyait, à titre de mesure contribuant à une harmonisation avec le droit cantonal en vigueur, d'étendre les voies de droit en garantissant un accès à la justice pour tous les marchés dont la valeur atteint au moins la valeur seuil déterminante pour la procédure sur invitation (voir ch. 1.3). On avait envisagé une procédure simple et rapide relevant de la compétence d'un juge unique et qui serait close dans un délai de 60 jours. La grande majorité des participants à la procédure de consultation (en particulier les associations économiques et industrielles) se sont montrés favorables au principe de l'extension des voies de droit. L'idée d'introduire une procédure jusque-là inconnue s'est cependant heurtée à des critiques. Après la consultation, on a donc soupesé les intérêts exprimés par l'économie et les arguments des entreprises proches de la Confédération en faveur d'une accélération des procédures. Compte tenu notamment de la longueur des procédures de recours et du renforcement des objectifs du Parlement en matière d'économies, on a accordé plus de poids au souci d'accélération des procédures et privilégié la solution d'une protection juridique secondaire pour les marchés non soumis aux accords internationaux. Le projet d'une procédure de recours simple et rapide a été abandonné.

Le P-LMP prévoit, à l'art. 52, al. 2, une protection juridique secondaire pour les marchés non soumis aux accords internationaux. Les recourants contre les décisions relevant du droit des marchés publics et touchant ces marchés pourront demander au Tribunal administratif fédéral de constater l'illicéité de ces décisions et réclamer des dommages-intérêts pour les dépenses engagées inutilement pour l'établissement d'une offre. La révision de la LMP implique ainsi une extension modérée des voies de droit. Un soumissionnaire qui n'a, à tort, pas été retenu ne peut cependant prétendre à être indemnisé de son intérêt à l'exécution, c'est-à-dire des avantages que lui auraient procurés la conclusion et l'exécution du contrat. Si cela implique une limitation du droit de recours par rapport à la solution susmentionnée d'une procédure simple et rapide, cela constitue surtout une restriction matérielle portant sur les dommages dont la réparation peut être demandée en justice. Les décisions sur recours constatant l'illicéité d'une décision auront une portée plus large, dans la mesure où elles influenceront sur la pratique des adjudicateurs. Le droit régissant le marché intérieur prévoit également la possibilité de former des recours en constatation (voir art. 9, al. 2^{bis} et 3, LMI).

Au vu de l'objectif d'harmonisation, le Conseil fédéral serait éventuellement prêt à soutenir la solution en matière de voies de droit proposée dans le projet de révision mis en consultation.

Les décisions relatives aux marchés soumis à la loi mais non aux accords internationaux qui portent sur des prestations indispensables à des fins de défense et de sécurité ou sur des prestations fournies dans le cadre de l'aide internationale au développement ne sont pas sujettes à recours (art. 52, al. 5).

Art. 51 Notification des décisions

Al. 1

L'appel d'offres, l'adjudication (y compris l'adjudication de gré à gré de marchés dont la valeur atteint au moins la valeur seuil déterminante pour les procédures ouverte et sélective; art. 48, al. 1) et l'interruption de la procédure sont notifiés par publication lorsque ces décisions sont sujettes à recours en vertu de l'art. 52. Le délai de recours fixé à l'art. 56, al. 1, commence à courir à compter de la publication des décisions ou, si celles-ci font l'objet d'une notification individuelle (facultative) avant d'être publiées, à compter de cette dernière. Toutes les autres décisions sont notifiées, au choix de l'adjudicateur, soit individuellement, soit par publication sur la plateforme Internet. Compte tenu du caractère spécial de la procédure et de la protection du secret d'affaires des soumissionnaires, ces derniers ne bénéficient pas, dans le cadre de la procédure de décision, du droit d'être entendu. Les art. 26 à 33 PA ne s'appliquent pas à une procédure d'adjudication de première instance. Une dérogation à ce principe peut être judicieuse lorsqu'un soumissionnaire est exclu de la procédure en vertu de l'art. 44. Dans les autres cas, les différentes interactions au cours de la procédure d'adjudication assurent une protection suffisante du droit d'être entendu des soumissionnaires.

Al. 2

L'AMP 2012 prévoit, à l'art. XVI, par. 1, que l'adjudication ne doit être motivée qu'à la demande d'un soumissionnaire. Il dispose par ailleurs, à l'art. XVI, par. 2, let. f, que l'avis relatif à une adjudication de gré à gré doit indiquer le motif du recours à cette procédure. Le délai de recours de dix jours au minimum prévu à l'art. XVIII, par. 3, AMP 2012 ne commence à courir qu'à compter de la réception de la motivation sommaire. Cette dernière ne peut se réduire à l'indication selon laquelle le marché a été adjugé à l'offre économiquement la plus avantageuse. En cas de motivation lacunaire, il peut éventuellement être remédié à cette dernière dans le cadre d'une procédure de recours¹⁸⁹.

Le P-LMP prévoit que les décisions sujettes à recours seront motivées sommairement. La motivation d'une adjudication comprend notamment l'indication des raisons pour lesquelles l'offre retenue est meilleure que les autres du point de vue des critères d'adjudication. Elle doit permettre aux soumissionnaires non retenus de comprendre globalement la décision d'adjudication.

Si la publication d'une décision sur la plateforme Internet mentionnée à l'art. 48 ne contient aucune motivation sommaire, le délai de recours fixé à l'art. 56 ne commence à courir qu'à compter de la notification individuelle de la décision motivée sommairement.

En complément à la motivation sommaire, les adjudicateurs procèdent régulièrement à un débriefing avec les soumissionnaires. Celui-ci peut être organisé à la demande d'un soumissionnaire ou à l'initiative de l'adjudicateur. Il doit permettre aux soumissionnaires non retenus de mieux comprendre les raisons de leur éviction et, par là, de prévenir autant que possible des recours inutiles.

Al. 3

Le contenu minimal de la motivation de l'adjudication d'un marché soumis aux accords internationaux est fixé à l'art. XVI, par. 1, AMP 2012. Selon ce dernier, tout soumissionnaire a le droit de connaître «les raisons pour lesquelles [l'adjudicateur] n'a pas retenu sa soumission ainsi que les avantages relatifs de la soumission du fournisseur retenu». Dans la décision d'adjudication, on se contentera de mentionner les caractéristiques et avantages décisifs de l'offre retenue (let. c), en indiquant le prix total de cette dernière (let. b), lequel inclura si possible le prix de toutes les options. Lors du débriefing individuel, on pourra aussi parler des faiblesses relatives des offres non retenues.

Al. 4

Les offres présentées dans le cadre des appels d'offres publics renferment souvent des secrets d'affaires des soumissionnaires. C'est pourquoi les possibilités de consulter les offres des autres soumissionnaires sont très limitées. Les secrets d'affaires doivent également être protégés dans le cadre de la motivation sommaire et du débriefing. Les motifs de non-divulcation de certaines informations, dont celui-ci, sont énumérés à l'art. XVII, par. 3, AMP 2012.

¹⁸⁹ Voir ATF B-2675/2012 du 23 juill. 2012, consid. 3.

Art. 52 Recours

Al. 1

L'accès au tribunal est garanti pour les marchés portant sur des fournitures ou des services dont la valeur atteint au moins la valeur seuil déterminante pour la procédure sur invitation et pour les marchés portant sur des travaux de construction dont la valeur atteint au moins la valeur seuil déterminante pour les procédures ouverte et sélective. Cela vaut également pour les marchés adjugés de gré à gré en vertu de l'une des dispositions de l'art. 21, al. 2. Cette extension modérée des voies de droit découle principalement de l'introduction dans la Constitution, en 2007, de la garantie de l'accès au juge (art. 29a Cst.). L'éventuelle augmentation de la charge de travail des autorités judiciaires est compensée par le fait que les procédures de recours, qui peuvent avoir un effet préventif, constituent un gage de l'État de droit.

Dans l'annexe 4 P-LMP, la valeur seuil déterminante pour la procédure sur invitation dans le cas des marchés portant sur des fournitures ou des services est fixée à 150 000 francs et la valeur seuil déterminante pour les procédures ouverte et sélective dans le cas des marchés portant sur des travaux de construction, à 2 millions de francs, tant pour les adjudicateurs visés à l'art. 4, al. 1, que pour les adjudicateurs opérant sur des marchés sectoriels. Le fait que la valeur seuil déterminante pour les appels d'offres publics ne corresponde pas pour tous les types de marchés à la valeur seuil déterminante pour le droit de recours s'explique par la volonté d'éviter à tous les niveaux les procédures de recours concernant des marchés de faible valeur. L'extension des voies de droit n'a aucun effet sur les valeurs seuils déterminantes pour les appels d'offres publics; celles-ci restent inchangées.

Que le marché ait été adjugé par un adjudicateur visé à l'art. 4, al. 1, par un adjudicateur opérant sur un marché sectoriel (art. 4, al. 2) ou par un mandataire (art. 4, al. 4), ou qu'il soit ou non soumis aux accords internationaux n'a aucune influence sur le droit de recours. Le fait qu'un marché soit soumis ou non aux accords internationaux détermine uniquement la recevabilité des demandes formées par les recourants (protection juridique primaire ou secondaire). Les recours contre des décisions relatives à des marchés passés selon les dispositions de la LMP relèvent de la compétence du Tribunal administratif fédéral.

Dans certaines conditions (lorsque les décisions concernées touchent un marché dont la valeur atteint la valeur seuil déterminante fixée dans les accords internationaux et soulèvent une question juridique de principe), les décisions du Tribunal administratif fédéral peuvent faire l'objet d'un recours en matière de droit public devant le Tribunal fédéral dans un délai de trente jours (art. 83, let. f, 85 et 100, al. 1, LTF). En règle générale, les recours déposés devant le Tribunal fédéral – comme les recours devant le Tribunal administratif fédéral – n'ont pas d'effet suspensif (art. 103 LTF). Les recours administratifs devant le Conseil fédéral sont exclus (art. 74 PA).

Al. 2

Cet alinéa dispose que, dans le cas des marchés non soumis aux accords internationaux, il est possible de former un recours tendant à faire constater l'illicéité des décisions attaquables mentionnées à l'art. 53, al. 1 (protection juridique secondaire). Selon l'art. 58, al. 3 et 4, les demandes en constatation peuvent être doublées d'une

demande en dommages-intérêts limités aux dépenses qui ont été nécessaires pour établir l'offre. Les valeurs à partir desquelles un recours est possible selon l'al. 1 sont également valables pour les recours relatifs à des marchés non soumis aux accords internationaux.

Une demande en constatation ne permet pas de corriger de manière appropriée les décisions mentionnées à l'art. 53, al. 1, let. i (prononcé d'une sanction) et j (décisions relatives au remboursement de la rémunération versée en trop et à la réduction de prix rendues à la suite d'une vérification du prix). C'est pourquoi ces dernières peuvent faire l'objet d'un recours cassatoire ou réformatoire. Par ailleurs, le prononcé d'une sanction peut être attaqué même si la valeur du marché concerné est inférieure aux valeurs seuils mentionnées à l'al. 1 (art. 53, al. 4).

Les soumissionnaires étrangers admis à présenter une offre pour un marché non soumis aux accords internationaux ne peuvent faire recours que si l'État dans lequel ils ont leur siège accorde la réciprocité.

Al. 3 et 4

Les recours relatifs aux marchés adjugés par le Tribunal pénal fédéral, le Tribunal fédéral des brevets et le Ministère public de la Confédération relèvent de la compétence du Tribunal administratif fédéral (al. 1). Les décisions concernant des marchés du Tribunal administratif fédéral peuvent être attaquées directement devant le Tribunal fédéral. Les recours portant sur des marchés passés par le Tribunal fédéral ressortissent à une commission interne de recours instituée par ce dernier.

Al. 5

Les décisions relatives à des marchés portant sur des prestations indispensables à des fins de défense et de sécurité ou à des marchés passés dans le cadre de la coopération internationale au développement, de la coopération avec l'Europe de l'Est, de l'aide humanitaire ainsi que de la promotion de la paix et de la sécurité humaine ne sont pas sujettes à recours. Ces marchés ne sont pas soumis aux accords internationaux. Un recours concernant des marchés portant sur des prestations indispensables à des fins de défense et de sécurité serait inconcevable pour des questions de sécurité intérieure (consultation des dossiers). D'autres facteurs s'opposent également à l'octroi d'un droit de recours pour ces marchés (indépendance, maintien de l'industrie d'armement suisse, non-justiciabilité des stratégies militaires).

Au niveau mondial, la coopération internationale a tendance à être exclue complètement du champ d'application du droit des marchés publics. Les marchés liés par exemple à la coopération au développement et à l'aide humanitaire sont toujours tributaires de la situation politique de l'État bénéficiaire. La réputation de partenaire fiable dont jouit la Suisse dans les pays bénéficiaires est cruciale dans ce domaine sensible et le succès des projets dépend souvent en grande partie du rapport de confiance entre les partenaires et de divers facteurs non mesurables. Un droit de recours entraînerait, pour les responsables de programme et les adjudicateurs, une augmentation considérable des charges qui, dans le domaine de la coopération internationale, serait disproportionnée par rapport à la plus-value apportée par le contrôle judiciaire.

Sous l'angle économique et administratif également, la garantie d'un droit de recours dans ce domaine spécifique ne serait pas pertinente pour atteindre les objectifs de la coopération au développement et de la coopération avec l'Europe de l'Est.

Art. 53 Objets du recours

Al. 1

Cet alinéa contient la liste exhaustive des objets de recours. Les autres décisions incidentes ne peuvent être attaquées individuellement, même si elles constituent un préjudice irréparable aux yeux du recourant. La lettre par laquelle un soumissionnaire est informé que son offre ne sera pas examinée plus avant jusqu'à la décision d'adjudication, en particulier, ne peut donner lieu à un recours. La décision communiquée par cette lettre ne peut être attaquée qu'avec la décision finale, à savoir la décision d'adjudication.

L'appel d'offres (let. a) comprend également sa rectification. Alors que dans la procédure sélective la décision concernant le choix des soumissionnaires invités à présenter une offre peut être attaquée (let. b), cela n'est pas le cas dans la procédure sur invitation (art. 20). Dans cette dernière, le choix des participants à la procédure est laissé à la libre appréciation de l'adjudicateur. La participation à une procédure sur invitation n'est pas un droit. Les soumissionnaires qui n'ont pas été invités à présenter une offre n'ont donc pas qualité pour recourir contre les documents d'appel d'offres ou la décision d'adjudication liés à une procédure sur invitation. Ne peuvent pas non plus être attaqués les documents d'appel d'offres qui n'ont pas été mis à disposition en même temps que l'appel d'offres.

En revanche, il est possible de recourir contre la décision d'inscrire un soumissionnaire sur une liste ou de l'en radier (let. c). Les soumissionnaires peuvent également recourir contre les décisions relatives aux demandes de récusation (let. d). Cela peut être pertinent par exemple lorsque l'organisateur de concours d'études et de concours portant sur les études et la réalisation désigne toujours les mêmes personnes comme membres du jury. Cette observation vaut par analogie pour le domaine des mandats d'étude parallèles. La décision d'adjudication (let. e) peut être attaquée quelle que soit la procédure appliquée (ouverte, sélective, de gré à gré¹⁹⁰ ou sur invitation). L'exclusion de la procédure (let. h) comprend l'exclusion décidée lors de la réduction du nombre de soumissionnaires dans le cadre d'un dialogue ou d'une enchère électronique, pour autant qu'elle fasse l'objet d'une décision incidente notifiée séparément. La décision par laquelle un adjudicateur ayant exercé le droit de regard prévu à l'art. 59 demande à un soumissionnaire de rembourser une rémunération ou de réduire le prix peut également être attaquée (let. j).

Al. 2

Pour des raisons d'équité et d'efficacité de la procédure, un soumissionnaire qui entend attaquer les prescriptions contenues dans l'appel d'offres doit le faire immédiatement. Cela signifie qu'il ne peut invoquer dans le cadre d'un recours contre l'adjudication des griefs qu'il aurait pu invoquer dans le cadre d'un recours contre

¹⁹⁰ Voir ATF 137 II 313, consid. 2.3.

l'appel d'offres. En renonçant à exercer son droit de recours contre l'appel d'offres, le soumissionnaire perd ce droit.

La situation juridique est un peu plus compliquée en ce qui concerne les prescriptions qui ne figurent pas dans l'appel d'offres en tant que tel mais dans les documents d'appel d'offres. Selon la jurisprudence du Tribunal fédéral, qui s'oppose sur ce point à la jurisprudence de l'ancienne Commission de recours en matière de marchés publics¹⁹¹ et à celle du Tribunal administratif fédéral, les documents d'appel d'offres peuvent être considérés comme faisant partie intégrante de l'appel d'offres¹⁹².

L'adjudicateur doit pouvoir exiger des soumissionnaires qu'ils respectent les conditions de l'appel d'offres s'ils ne les remettent pas immédiatement en cause. C'est la raison de l'incombance faite aux soumissionnaires participant à la procédure de faire recours contre ce qu'ils jugent contestable (corollaire des règles de la bonne foi). Par ailleurs, l'appel d'offres public doit permettre aux soumissionnaires de déterminer si un marché public est intéressant pour eux.

Selon la jurisprudence actuelle du Tribunal administratif fédéral, un grief est tardif si la signification et la portée de l'exigence litigieuse de l'adjudicateur étaient déjà aisément identifiables antérieurement. Cela ne vaut cependant pas si l'adjudicateur fixe dans les documents d'appel d'offres des «règles de jeu» inhabituelles sans insister sur ces dernières. On ne peut en effet attendre d'un soumissionnaire qu'il soumette immédiatement ces documents à un examen juridique approfondi¹⁹³. Lorsque le soumissionnaire peut identifier les prescriptions et leur portée en faisant preuve de la diligence requise, il est déchu du droit de les contester dans le cadre d'un recours contre la décision d'adjudication, même si les prescriptions en question étaient indiquées dans les documents d'appel d'offres mais pas dans l'appel d'offres.

Al. 3

Les sanctions prévues par le droit des marchés publics, telles que l'exclusion de la procédure, sont comparables à des sanctions pénales. Les dispositions spéciales du droit des marchés publics destinées à accélérer la procédure et à assurer la sécurité juridique ne peuvent donc être appliquées à la légère aux recours contre ces sanctions. La protection juridique des soumissionnaires sanctionnés prime.

C'est la raison pour laquelle les dispositions du P-LMP relatives au droit d'être entendu dans la procédure de décision (art. 51, al. 1), à l'effet suspensif (art. 54) et à la restriction des motifs de recours (art. 56, al. 3) ne s'appliquent pas en cas de recours contre le prononcé de l'une des sanctions prévues à l'art. 45. Ce sont les dispositions sur la procédure administrative qui s'appliquent.

¹⁹¹ Voir CRM 2001-011 du 16 nov. 2001, consid. 3b.

¹⁹² Voir ATF 129 I 313, consid. 6.2; ATF 2C_225/2009 du 16 oct. 2009, consid. 4.2.

¹⁹³ Voir ATAF B-738/2012 du 14 juin 2012, consid. 3.1 et 4.4.

Al. 4

Quelle que soit la valeur du marché, il est possible de faire recours contre la décision d'inscrire un soumissionnaire sur une liste ou de l'en radier et contre le prononcé de l'une des sanctions prévues à l'art. 45, par exemple l'exclusion des futurs marchés publics.

Al. 5

Les décisions concernant des marchés dont la valeur est inférieure à la valeur seuil déterminante pour la procédure sur invitation (fournitures et services) ou à la valeur seuil déterminante pour les procédures ouverte et sélective (travaux de construction) ne sont pas sujettes à recours. Les coûts (directs et indirects) des procédures de recours concernant ces marchés sont généralement excessifs par rapport à leurs avantages. C'est pourquoi il n'est pas nécessaire de prévoir des voies de droit plus étendues.

La garantie de l'accès au juge qui est inscrite dans la Constitution (art. 29a Cst.) n'est pas opposable à cette exclusion du droit de recours. Certes, les marchés publics ne constituent pas des «actes de gouvernement», mais le droit de recours pour les marchés de faible importance est déjà exclu en raison d'une particularité du droit des marchés publics. Lorsque tant le droit international que le droit national permettent de passer un marché de gré à gré en vertu non pas d'une clause d'exception, mais du pouvoir d'appréciation laissé à l'adjudicateur, et que l'exercice de ce pouvoir d'appréciation ne peut faire l'objet d'un examen, aucune procédure de recours ne peut être engagée.

Al. 6

L'entrée en force de la décision d'adjudication d'un marché portant sur un contrat-cadre marque la fin de la procédure d'adjudication. Après, la relation entre l'adjudicateur et l'adjudicataire relève du droit privé. Lorsqu'il y a plusieurs adjudicataires et qu'une procédure de conclusion d'un contrat subséquent est organisée, les adjudicataires qui ne sont pas retenus ne peuvent faire recours contre la décision de l'adjudicateur en invoquant l'art. 53. S'ils veulent contester cette dernière, ils peuvent saisir un tribunal civil.

Art. 54 Effet suspensif

Selon l'art. 55 PA, le recours a un effet suspensif. Le fait de ne pas accorder l'effet suspensif en dérogation à la PA doit donc être réglé dans la loi.

Al. 1

L'art. XVIII, par. 7, AMP 2012 laisse aux États contractants le soin de déterminer si la procédure de recours a automatiquement un effet suspensif ou non. Cela est indésirable principalement pour des raisons pratiques. Si un recours suspendait automatiquement l'entrée en force de la décision d'adjudication et empêchait de conclure le contrat avant que l'autorité de recours n'ait rendu son jugement, cela pourrait ralentir la procédure d'acquisition et entraîner des surcoûts considérables¹⁹⁴.

¹⁹⁴ Voir ATF B-4904/2013 du 29 oct. 2013, consid. 3.

La situation serait tout aussi défavorable pour les soumissionnaires retenus. C'est pourquoi le droit en vigueur exclut déjà l'effet suspensif automatique du recours (art. 28, al. 1, LMP).

Concernant les recours relatifs à des marchés non soumis aux accords internationaux, la question de l'octroi de l'effet suspensif ne se pose pas, étant donné que, pour ces recours, le P-LMP n'admet que des demandes en constatation et des demandes en dommages-intérêts. Si une demande d'octroi de l'effet suspensif était néanmoins formée, elle devrait être rejetée. Sont réservés les cas dans lesquels le litige porte sur la question de savoir si le marché concerné est soumis ou non aux accords internationaux.

Une exception est prévue pour les recours contre le prononcé d'une sanction (art. 53, al. 1, let. i). Selon l'art. 53, al. 3, c'est la règle générale énoncée à l'art. 55, al. 1, PA, qui s'applique dans ces cas, ce qui signifie que ces recours ont un effet suspensif de par la loi, c'est-à-dire sans que celui-ci doive être demandé.

Al. 2

En ce qui concerne les recours relatifs à des marchés soumis aux accords internationaux, les tribunaux acceptent régulièrement les demandes d'octroi de l'effet suspensif à titre superprovisionnel, en attendant que l'adjudicateur ait donné son avis. Jusque-là, aucun contrat ne peut être conclu et aucune action susceptible de compromettre l'issue du recours ne peut être entreprise. Dès réception de l'avis, il est statué sur le maintien des mesures décidées.

Si l'effet suspensif est demandé, on détermine d'abord les chances de succès du recours en procédant à un examen *prima facie* des pièces du dossier. En cas de recours manifestement infondé, l'effet suspensif est refusé. Dans tous les autres cas, c'est-à-dire lorsque le recours a des chances d'aboutir, il convient de procéder à une pesée des intérêts. Les critères intervenant dans la décision d'accorder l'effet suspensif sont d'une part les intérêts de la partie recourante à conserver la possibilité de se voir adjuger le marché, d'autre part les intérêts publics, défendus par l'adjudicateur. L'intérêt public à ce que la décision d'adjudication soit mise en œuvre le plus rapidement possible a un poids considérable. Un autre critère consiste dans les éventuels intérêts de tiers, notamment des autres personnes concernées par un marché. Enfin, un facteur à prendre en considération est l'intérêt public majeur à garantir des voies de droit efficaces et à empêcher les mesures rendant les voies de droit illusoires¹⁹⁵.

Al. 3

Si l'effet suspensif est accordé à un recours, le projet de marché peut se prolonger de plusieurs mois, voire de plusieurs années. Des retards sont à prévoir même lorsque la demande d'octroi de l'effet suspensif est finalement rejetée. Compte tenu de la pratique des tribunaux consistant à accorder systématiquement l'effet suspensif à titre superprovisoire et à statuer à trois juges après un double échange d'écritures, même les requêtes infondées peuvent freiner le déroulement des projets.

¹⁹⁵ Voir ATF B-4904/2013 du 29 oct. 2013, consid. 3.

Une demande d'octroi de l'effet suspensif est abusive ou contraire à la bonne foi lorsqu'elle vise uniquement à différer l'entrée en force de la décision d'adjudication. Peut viser un tel effet notamment la demande déposée par un recourant qui exécute déjà des prestations pour l'adjudicateur et dont le recours a pour seul but d'éviter que le soumissionnaire qui, à juste titre, s'est vu adjuger le marché prenne sa place.

Les demandes dilatoires peuvent causer un dommage tant à l'adjudicateur qu'au soumissionnaire retenu, qui doivent réserver certaines ressources. Elles constituent un comportement illicite de la part des recourants, qu'il est par conséquent justifié de sanctionner. C'est pourquoi l'al. 5 prévoit le droit d'engager une action civile en dommages-intérêts fondée sur l'art. 41 CO.

Une action fondée sur l'art. 41 CO ne peut aboutir que si le demandeur prouve qu'une norme de protection a été violée. L'al. 3 constitue une telle norme et autorise la réparation des dommages résultant d'un comportement abusif ou contraire à la bonne foi.

Art. 55 Droit applicable

Selon cet alinéa, les procédures de décision et de recours sont régies par les dispositions de la PA en ce qui concerne la Confédération, à moins que la loi révisée n'en dispose autrement. Par souci d'uniformité de la procédure administrative, des dérogations aux règles générales ne sont prévues que si elles sont absolument nécessaires. L'art. 53, al. 3, pose que les dispositions de la loi prévoyant des restrictions concernant le droit d'être entendu, l'effet suspensif et les motifs de recours ne sont pas applicables en cas de recours contre le prononcé d'une sanction (art. 53, al. 1, let. i).

Art. 56 Délai et motifs de recours, qualité pour recourir

Al. 1

L'art. XVIII, par. 3, AMP 2012 dispose qu'«il sera ménagé à chaque fournisseur un délai suffisant pour lui permettre de préparer de et de déposer un recours, qui ne sera en aucun cas inférieur à dix jours à compter de la date à laquelle le fournisseur a eu connaissance du fondement du recours, ou aurait dû raisonnablement en avoir eu connaissance». Le fondement du recours ne se réduit pas au fait qu'un soumissionnaire n'a pas été retenu. Il consiste plutôt dans les motifs essentiels de la décision, ce qui suppose que le soumissionnaire connaisse ceux-ci.

Le délai de recours ne doit pas être trop long en raison de l'impératif de célérité et de la volonté d'achever rapidement le processus d'acquisition. S'il est trop court, il risque cependant d'y avoir des «recours spontanés» infondés. Ceux-ci peuvent généralement être évités grâce à un débriefing professionnel, dont l'organisation et la réalisation prennent quelques jours, ce qu'il faut prendre en considération en réglant la durée du délai de recours. Compte tenu de tous ces facteurs, le délai de 20 jours prévu à l'al. 1 semble approprié. Ce délai correspond à celui qui est fixé dans l'actuel art. 30 LMP.

Al. 2

Dans le domaine des marchés publics, les fêries judiciaires ne s'appliquent ni à la procédure de décision ni à la procédure de recours. Les délais courent donc sans jamais être suspendus. Aujourd'hui, ce principe ne vaut que dans le domaine des mesures provisionnelles (effet suspensif du recours). Le P-LMP prévoit, comme le font de nombreuses règles cantonales, qu'il s'applique à l'ensemble de la procédure.

Al. 3

Dans la procédure de recours ne peuvent être invoquées que la violation du droit, les erreurs d'appréciation (excès négatif ou positif ou abus du pouvoir d'appréciation de l'adjudicateur) et la constatation inexacte ou incomplète des faits pertinents. L'al. 3 prévoit qu'on ne peut faire valoir l'inopportunité d'une décision, ce qui correspond à la réglementation actuelle (art. 31 LMP). Une adjudication peut être attaquée pour violation du droit par exemple si un soumissionnaire a été écarté en raison de son origine. Un appel d'offres peut également être attaqué pour violation du droit, lorsqu'il ne remplit pas les conditions formelles ou que les critères ne sont pas pondérés correctement. En revanche, il n'est pas possible de faire examiner l'opportunité d'une adjudication et en particulier du processus d'évaluation des offres, étant donné que les critères techniques et économiques ne sont pas justiciables.

Al. 4

Dans la procédure de gré à gré (art. 21), seuls peuvent être invoqués le choix de la mauvaise procédure et le grief selon lequel l'adjudication est entachée de corruption. Pour pouvoir faire valoir ces griefs, le recourant doit cependant établir de manière crédible qu'il est en mesure de fournir les prestations faisant l'objet de l'adjudication litigieuse.

Art. 57 Consultation des pièces

S'agissant du droit de consulter les pièces, deux principes du droit des marchés publics s'opposent. D'une part, un droit trop étendu de consultation des pièces compromet la concurrence loyale et donc l'égalité de traitement des soumissionnaires. D'autre part, une certaine transparence est indispensable à une protection juridique efficace. Le P-LMP résout ce conflit en réglant la question du droit de consulter les pièces différemment selon la phase de la procédure considérée.

Al. 1

En ce qui concerne la phase de la procédure d'adjudication (procédure de décision), la consultation des pièces, au sens des art. 26 à 28 PA, est explicitement exclue, comme c'est le cas aujourd'hui. Cela se justifie par la nécessité de protéger les secrets d'affaires et la concurrence efficace entre les soumissionnaires.

Al. 2

Ce n'est que pour la phase de la procédure de recours qu'un droit de consulter des pièces est prévu. Pour pouvoir exercer ce droit, le recourant doit faire une demande. Par ailleurs, il n'est autorisé à consulter que les pièces relatives à l'évaluation de son offre et d'autres pièces déterminantes pour les décisions. Les intérêts protégés lors

de la procédure de décision doivent également être respectés lors de la procédure de recours. Il faut en particulier protéger efficacement et de manière appropriée les intérêts de tiers, par exemple en caviardant les passages touchant aux secrets d'affaires.

Art. 58 Décision sur recours

Al. 1

Le tribunal peut soit statuer lui-même, soit renvoyer l'affaire à l'autorité précédente ou à l'adjudicateur en donnant des instructions impératives. Il devra décider au cas par cas quelle est la meilleure option. Lors d'une demande en constatation, il statuera toujours lui-même; un renvoi est inconcevable dans ce cas. Si une décision est entachée de vices de forme irréparables, on ne pourra guère éviter que l'autorité de recours n'annule la décision attaquée et n'ordonne la répétition de la procédure d'adjudication depuis l'étape où le défaut est apparu. L'adjudication du marché au recourant ne sera possible que lorsqu'il est incontestable qu'elle doit lui revenir. Si des investigations sont nécessaires pour établir les faits, l'affaire devra être renvoyée.

Selon l'art. 93 LTF, les décisions de renvoi peuvent faire l'objet d'un recours si les conditions énoncées à l'art. 83, let. f, LTF sont remplies. En cas de décision de renvoi à l'adjudicateur, celui-ci peut faire recours devant le Tribunal fédéral sans devoir prouver qu'il remplit les conditions du droit de recours des autorités fixées à l'art. 89, al. 2, let. a, LTF.

Al. 2

Les décisions en constatation sont la règle dans le cas des recours concernant des marchés qui ne sont pas soumis aux accords internationaux (sauf s'ils sont formés contre les décisions visées à l'art. 53, al. 1, let. i et j). Le tribunal peut également rendre une telle décision lorsqu'il admet un recours contre une adjudication alors que le contrat avec le soumissionnaire retenu a déjà été conclu. Il constate ce faisant l'illicéité de la décision attaquée (protection juridique secondaire). Lorsque l'adjudication a été consacrée par un contrat de droit privé, la révoquer ne sert à rien. L'autorité de recours n'est pas habilitée à intervenir directement dans un contrat de droit privé. Il appartient aux tribunaux civils de statuer sur la validité d'un tel contrat.

Dans le cadre de la procédure administrative, le recourant a toujours la possibilité de réclamer des dommages-intérêts. Lorsqu'un contrat lié à un marché soumis aux accords internationaux a été conclu prématurément ou qu'il ne repose, à tort, ni sur un appel d'offres ni sur une procédure sur invitation, le tribunal peut éventuellement ordonner à l'adjudicateur de résilier le contrat pour la prochaine échéance possible, dans le respect des dispositions contractuelles, et de mettre le marché au concours, à moins que les prestations requises ne puissent être fournies par des ressources internes¹⁹⁶.

¹⁹⁶ Voir arrêt du Tribunal cantonal vaudois GE.2007.0013 du 6 nov. 2009, consid. 5, et ATF 2C_388/2012 du 30 août 2012.

Al. 3

Actuellement, les demandes en dommages-intérêts formées au titre de la protection juridique secondaire doivent faire l'objet d'une procédure distincte régie par la loi du 14 mars 1958 sur la responsabilité (LRCF)¹⁹⁷. L'al. 3 autorise le recourant à faire valoir sa demande en dommages-intérêts devant la même autorité. Cela permet d'éviter des redondances et des coûts de transaction inutiles. Les conditions auxquelles une demande en dommages-intérêts peut être formée sont régies par la LRCF. Pour qu'une telle demande puisse être traitée en même temps que le recours, elle doit être fondée sur des faits incontestables.

Al. 4

Comme le droit en vigueur, le P-LMP prévoit une limitation des dommages-intérêts. Le soumissionnaire n'est dédommagé que des dépenses qu'il a engagées pour préparer et présenter son offre. La réparation ne couvre pas la totalité de l'intérêt négatif. L'autorité de recours ne peut allouer d'indemnité pour d'autres postes de dommages. Étant donné que le droit des marchés publics ne prévoit pas d'obligation de contracter, il est en particulier impossible, même dans le cadre d'une procédure ultérieure fondée sur la LRCF, d'octroyer une indemnité pour l'intérêt à l'exécution.

*Chapitre 9 Droit de regard**Art. 59*

Lorsque les marchés sont adjugés de gré à gré ou en vertu d'une disposition dérogatoire, le coût des prestations offertes est difficile à déterminer, faute de concurrence. Pour compenser cette absence de concurrence, l'actuel art. 5 OMP prévoit l'obligation de convenir avec le soumissionnaire d'un droit de regard sur les bases de calcul des prix. Cette règle, qui a fait ses preuves, a été rejetée par les milieux économiques lors de la procédure de consultation. Sur la base de la recommandation de la DélFin, il est néanmoins proposé de prévoir dans la loi que, lorsqu'un marché est adjugé dans un contexte de monopole, il existe un droit de regard sur le calcul du prix et un droit de vérifier ce dernier.

Al. 1

Cette disposition reprend la teneur de l'art. 5, al. 1, OMP, selon lequel, lorsque la libre concurrence fait défaut (notamment lors de l'adjudication d'un marché de gré à gré), le soumissionnaire doit accorder un droit de regard sur le calcul de son prix. Cependant, contrairement à l'art. 5, al. 1, OMP, elle ne prévoit pas que le droit de regard doit faire l'objet d'un accord entre l'adjudicateur et le soumissionnaire: elle octroie directement ce droit à l'adjudicateur. Le droit de regard vise à garantir aux pouvoirs publics la possibilité d'acquérir des prestations à des conditions économiques en dehors d'un contexte de concurrence. L'éventuelle vérification du prix repose sur la comptabilité financière et la comptabilité d'exploitation du soumissionnaire ou du sous-traitant ainsi que sur le calcul prévisionnel et/ou le calcul rétrospectif du prix du contrat fondés sur ces dernières (formule de calcul des varia-

¹⁹⁷ RS 170.32

tions de prix comprise). Le calcul indique les coûts de revient, présentés sous la forme usuelle dans la branche, ainsi que les suppléments pour risques et le bénéfice.

Al. 2

Si la vérification révèle que le prix convenu est trop élevé, l'adjudicateur impose, en rendant une décision sujette à recours, l'obligation de rembourser la différence et de réduire le prix à l'avenir (art. 53, al. 1, let. i). Il ne peut cependant, en considération du résultat de la vérification du prix, décider une augmentation de ce dernier. Les détails seront réglés dans l'ordonnance. Si un soumissionnaire contrevient à ses obligations liées au droit de regard de l'adjudicateur, il peut être exclu des futurs marchés publics pour une durée maximale de cinq ans (art. 45, al. 1).

Al. 3

La teneur de cette disposition correspond à la pratique actuelle. La délégation de la vérification du prix à un organe étranger relève de l'assistance administrative internationale.

Il est prévu que, lors de la prochaine révision de la loi du 28 juin 1967 sur le Contrôle des finances (LCF)¹⁹⁸, le terme «inspection des finances» sera remplacé par l'expression «service de révision interne».

Al. 4

Cet alinéa habilite le Conseil fédéral à fixer des dérogations à l'al. 1 et à régler d'autres modalités, telles que la vérification du prix.

Al. 5

Le droit de regard de l'adjudicateur s'applique à tous les documents du soumissionnaire qui servent de base à la détermination du prix. Des tiers pourraient, en vertu de la LTrans, avoir également accès à ces documents, qui contiennent généralement divers secrets professionnels, de fabrication ou d'affaires. Même si l'accès de tiers à des documents contenant de tels secrets peut, selon l'art. 7, al. 1, let. g, LTrans, être limité, différé ou refusé, le fait qu'un tel accès soit possible en vertu de la LTrans risquerait d'avoir des conséquences négatives sur la collaboration entre le soumissionnaire et l'inspection des finances compétente ou le CDF et de compliquer le travail de l'organe de vérification. C'est pourquoi il est proposé de prévoir, concernant la vérification du prix, une exception générale à l'application de la LTrans, en édictant une disposition spéciale au sens de l'art. 4, let. a, LTrans. Cela favorise l'acceptation de l'inscription dans la loi d'un droit de regard et constitue une mesure appropriée et proportionnée compte tenu de l'intérêt financier des adjudicateurs au remboursement des montants payés en trop.

¹⁹⁸ RS **614.0**. Message du Conseil fédéral du 7 sept. 2016, FF **2016** 6897. Si la LCF révisée entre en vigueur avant la LMP révisée, le libellé de l'art. 59 devra être adapté en conséquence lors des délibérations parlementaires.

Chapitre 10 Commission des marchés publics Confédération-cantons

Art. 60

La Commission des marchés publics Confédération-cantons (CMCC) a été instituée à la suite de la ratification de l'AMP 1994 par les décisions du Conseil fédéral du 4 décembre 1995 et du 3 avril 1996 ainsi que par la décision de la Conférence des gouvernements cantonaux (CdC) du 21 juin 1996. Il s'agit d'une commission extraparlamentaire composée à parité de représentants de la Confédération et des cantons et présidée par un membre de la direction du SECO, l'organe chargé des négociations en matière de politique économique extérieure. La vice-présidence est assumée par les cantons. Le 5 décembre 2014, le Conseil fédéral a édicté un acte d'institution en vue du renouvellement intégral des organes extraparlamentaires pour la période 2016 à 2019. La légitimité et les attributions de la CMCC reposent sur les compétences législatives de la Confédération et des cantons en matière de marchés publics. La mission principale de la CMCC consiste à assurer à tous les niveaux une mise en œuvre cohérente des engagements internationaux de la Suisse dans le domaine des marchés publics.

À la suite de la conclusion de l'accord entre la Suisse et l'UE, le domaine de compétence de la CMCC a été élargi pour les besoins de la transposition de l'art. 8 de cet accord dans le droit suisse des marchés publics. Ainsi, depuis l'entrée en vigueur de l'accord entre la Suisse et l'UE, la CMCC assume la fonction d'autorité de surveillance indépendante. L'art. 8 de l'accord entre la Suisse et l'UE a été mis en œuvre par les art. 68a à 68d OMP au niveau fédéral et par l'art. 4, al. 2, let. e, g et h, AIMP au niveau cantonal. La CMCC dispose d'un règlement interne qui a été adopté par le Conseil fédéral le 30 novembre 2001 et par l'AiMp le 13 septembre 2001.

La CMCC est chargée notamment des tâches suivantes:

- définir la position de la Suisse dans les organismes internationaux en matière de marchés publics;
- conseiller les délégations suisses au cours de négociations internationales sur les marchés publics et assurer une mise en œuvre appropriée des résultats des négociations;
- promouvoir les échanges d'informations et d'expériences entre la Confédération et les cantons au sujet de la mise en œuvre, de l'application et de la surveillance de l'application des accords internationaux sur les marchés publics aux niveaux fédéral et cantonal, notamment en élaborant des recommandations respectant pleinement les compétences respectives (en matière législative, jurisprudentielle et décisionnelle et en matière de surveillance);
- garantir aux milieux intéressés l'accès à des informations sur les dispositions légales importantes en matière de marchés publics aux niveaux fédéral et cantonal, à moins que cette tâche d'information n'incombe à d'autres organes fédéraux ou cantonaux;
- entretenir des contacts avec les autorités de surveillance étrangères dans le cadre de la coopération internationale en matière de marchés publics;

- donner des conseils et servir de médiateur lors de différends liés à des affaires relevant des compétences susmentionnées.

Lorsqu'un adjudicateur viole les engagements internationaux, qu'il ne remédie pas à la situation et qu'aucun recours n'a été déposé, la CMCC peut, sur avis d'un soumissionnaire ou de sa propre initiative dans le cadre de la coopération internationale, le dénoncer auprès de l'autorité de surveillance compétente de la Confédération ou des cantons.

En vertu de l'art. 7 de son règlement, la CMCC établit chaque année un rapport destiné au Conseil fédéral et à la DTAP, plus précisément à l'AiMp.

La révision des législations fédérale et cantonales en matière de marchés publics, qui vise une mise en œuvre harmonisée de l'AMP 2012, de l'accord entre la Suisse et l'UE ainsi que des accords de libre-échange, est l'occasion d'harmoniser les dispositions légales relatives à la CMCC. Cela constitue une contribution supplémentaire à l'unification et au renforcement de la transparence du droit fédéral et du droit cantonal des marchés publics.

Chapitre 11 Dispositions finales

Art. 61 Exécution

Al. 1 et 2

Ces alinéas habilent le Conseil fédéral à édicter les dispositions d'exécution en respectant les accords internationaux pertinents (en particulier l'AMP, l'accord entre la Suisse et l'UE et les accords de libre-échange). Le Conseil fédéral peut confier l'édiction de dispositions d'exécution relatives aux statistiques à une unité administrative, par exemple au SECO ou à l'Office fédéral des constructions et de la logistique.

L'al. 3 donne une base légale à la participation de la Confédération à l'association simap.ch.

Art. 62 Abrogation et modification d'autres actes

L'annexe 7, ch. I, prévoit l'abrogation de la LMP en vigueur. L'annexe 7, ch. II, prévoit des modifications des lois fédérales mentionnées ci-dessous.

1. Loi fédérale du 20 décembre 1968 sur la procédure administrative (PA)¹⁹⁹

Selon le droit en vigueur, les fêtes prévues par la PA ne s'appliquent pas aux procédures concernant l'octroi de l'effet suspensif et d'autres mesures provisionnelles. Afin d'éviter que les projets d'acquisition ne soient retardés inutilement, il est proposé d'étendre cette réglementation aux procédures concernant les marchés publics.

¹⁹⁹ RS 172.021

2. Loi du 17 juin 2005 sur le Tribunal fédéral (LTF)²⁰⁰

L'extension modérée des voies de droit dans le droit des marchés publics de la Confédération implique une modification de la LTF.

3. Loi du 5 octobre 1990 sur les subventions (LSu)²⁰¹

La LSu est une loi spéciale au sens de l'art. 9 P-LMP. Les modifications qu'il est proposé d'apporter à la LSu sont destinées à clarifier le champ d'application dudit article (correspondant à l'art. 8, al. 2, AP-LMP) et répondent, ce faisant, à la demande formulée par certains participants à la consultation.

Lorsqu'il est prévu de déléguer une tâche publique à un organisme de droit privé et que plusieurs soumissionnaires qualifiés sont aptes à assumer cette dernière, le délégataire doit être sélectionné selon une procédure transparente, objective et impartiale. Pour garantir cela, il est proposé d'introduire un nouveau ch. 1 à l'art. 10, al. 1, let. e, LSu. Par ailleurs, il est prévu d'introduire, dans ce même art. 10, al. 1, let. e, LSu, un nouveau ch. 2, disposant que la LSu doit régler la forme juridique de la délégation (décision ou contrat de droit public), les conditions applicables à la délégation ainsi que les voies de droit et que, si celles-ci ne sont pas réglées, ce sont les dispositions de la LSu relatives aux voies de droit qui s'appliquent.

De nombreuses législations spéciales ne règlent aucunement ou pas suffisamment la procédure de sélection du bénéficiaire de la délégation. Dans ces cas, il convient d'appliquer une procédure d'adjudication. Étant donné que la délégation de tâches publiques est régie principalement par la LSu, il faut régler les cas dans lesquels cette dernière et la législation sur les marchés publics sont simultanément applicables. C'est à cette fin qu'il est proposé d'introduire dans la LSu l'art. 15b. Cet article renvoie, en ce qui concerne la procédure de sélection, aux dispositions de la LMP applicables aux marchés publics non soumis aux accords internationaux (al. 1). Par ailleurs, il dispose que l'ouverture de cette procédure est publiée dans la Feuille fédérale (al. 2) et que tant les voies de droit que la délégation et l'indemnité octroyée après la clôture définitive de la procédure de sélection sont régies par la LSu (al. 2 et 3).

En outre, il est proposé d'introduire à l'art. 30 LSu un al. 2^{bis} qui, par analogie avec l'art. 45 P-AIMP, dispose que les aides financières peuvent être supprimées en tout ou en partie ou faire l'objet d'une demande de restitution partielle ou totale lorsque l'allocataire les utilise en violant des dispositions du droit des marchés publics. Les dispositions en question peuvent être aussi bien cantonales que fédérales.

4. Loi fédérale du 20 décembre 1957 sur les chemins de fer (LCdF)²⁰²

L'al. 5 qu'il est proposé d'introduire à l'art. 5 LCdF constitue une disposition spéciale au sens de l'art. 9 P-LMP, qui exclut l'application du droit des marchés publics aux concessions d'infrastructure.

²⁰⁰ RS 173.110

²⁰¹ RS 616.1

²⁰² RS 742.101

5. Loi du 20 mars 2009 sur le transport de voyageurs (LTV)²⁰³

L'al. 5 qu'il est proposé d'introduire à l'art. 6 LTV dispose que l'octroi d'une concession de transport de voyageurs ne constitue pas un marché public au sens de l'art. 9 P-LMP.

6. Loi fédérale du 6 octobre 1995 sur le marché intérieur (LMI)²⁰⁴

La révision totale de l'AIMP (P-AIMP), qui fait l'objet d'un processus parallèle au processus de révision de la LMP, implique de modifier la LMI. Cela est la condition pour que l'objectif de l'harmonisation matérielle des législations fédérale et cantonales puisse être atteint. Il s'agit également d'éviter les redondances entre la LMI et le P-AIMP, sans toucher aux normes minimales garanties par la LMI ni aux tâches d'exécution de la COMCO dans le domaine des marchés publics cantonaux et communaux. Seule la teneur de la réglementation concernant la garantie à une voie de droit doit être modifiée compte tenu de l'harmonisation des législations fédérale et cantonales.

Art. 5, al. 1, 3^e phrase, LMI

Sur la base des travaux menés dans le cadre de la révision de la LMP, on peut admettre que les cantons vont conclure un nouvel accord intercantonal sur les marchés publics (P-AIMP) dont la teneur sera harmonisée autant que possible avec celle de la LMP révisée. Par conséquent, on peut également admettre que les décisions cantonales ou communales fondées sur le P-AIMP respectent les dispositions de la LMI. Il est proposé que cette présomption soit inscrite à l'art. 5, al. 1, LMI.

Cette présomption légale ne porte pas sur un fait (contrairement à la présomption de suppression d'une concurrence efficace dont il est question à l'art. 5, al. 2 et 4, LCart), mais sur une conséquence juridique. Elle ne remet pas en question l'applicabilité directe de l'art. 5 LMI. La COMCO continuera à veiller à ce que les cantons, les communes et les autres organes assumant des tâches publiques respectent les art. 2 et 5, al. 7, LMI (art. 8, al. 1, LMI) et pourra toujours faire recours pour garantir le respect de ces dispositions (art. 9, al. 2^{bis}, LMI). Ces modalités d'exécution ont fait leurs preuves et ne vont pas être modifiées par la présente révision (ATF 141 II 113; ATF 141 II 307). Ce qui sera nouveau, c'est qu'en cas de recours le tribunal commencera par déterminer si la condition de la présomption prévue à l'art. 5, al. 1, LMI est remplie.

La présomption ne vaut que pour l'adjudication d'un marché ou l'octroi d'une concession de monopole fondés sur le P-AIMP. Cela suppose que le P-AIMP ait été appliqué correctement. Si tel est le cas, on peut présumer, compte tenu de la conformité générale et abstraite du P-AIMP avec la LMI, que les dispositions de la LMI sont respectées. Si, en revanche, les dispositions du P-AIMP ont été violées lors de l'adjudication d'un marché ou de l'octroi d'une concession de monopole, la présomption ne s'applique pas et la procédure d'adjudication est examinée en se référant directement à la LMI.

²⁰³ RS 745.1

²⁰⁴ RS 943.02

Ainsi, la COMCO va devoir d'abord s'intéresser à l'application du P-LMP, mais seulement afin de pouvoir répondre à une question préalable. Si une adjudication de gré à gré, par exemple, repose formellement sur le P-AIMP sans que les conditions d'une adjudication de gré à gré fixées dans le P-AIMP soient respectées, les conditions de la présomption ne sont pas remplies et l'adjudication peut alors être examinée à l'aune de la LMI. Lors de cet examen, la COMCO devra, comme aujourd'hui, communiquer à l'autorité de recours en quoi l'adjudication concernée viole la LMI. On garantit ainsi que la COMCO pourra continuer à prendre des mesures contre les adjudications portant préjudice au marché intérieur.

Un autre point important est qu'il s'agit d'une présomption réfutable. La présomption peut être réfutée lorsqu'il s'avère qu'une adjudication conforme au P-AIMP viole la LMI, par exemple parce qu'une modification du P-AIMP a rendu celui-ci incompatible avec la LMI. Dans un tel cas, il faudrait en priorité examiner la conformité des dispositions du P-AIMP avec la LMI.

Art. 9, al. 1, LMI

Actuellement, l'art. 9, al. 1, LMI dispose 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. La modification prévue est minime, étant donné que le principe selon lequel les restrictions d'accès au marché doivent faire l'objet de décisions est maintenu. Il est cependant proposé de supprimer la référence aux marchés publics. Celle-ci est en effet inutile, d'autant plus que les voies de droit concernant ce domaine seront spécifiées à l'al. 2, selon la proposition de modification de ce dernier. Cela mis à part, le droit cantonal concernant la procédure et la juridiction administratives prévoit déjà que les décisions sont sujettes à recours.

Art. 9, al. 2, 2^e phrase, LMI

Selon l'art. 9, al. 2, LMI, le droit cantonal doit prévoir au moins une voie de recours contre des restrictions à la liberté d'accès au marché devant une autorité indépendante de l'administration. Une affaire spécifique a soulevé la question de savoir si, dans le domaine des marchés publics, cela s'appliquait quelle que soit la valeur du marché et donc également pour des marchés d'une faible valeur. Le Tribunal fédéral est parvenu à la conclusion (ATF 131 I 137 [arrêt Sigriswil]) que cette disposition de la LMI ne devait pas être interprétée dans ce sens et que les cantons pouvaient disposer qu'une voie de droit n'était ouverte qu'à condition, par exemple, que la valeur du marché atteigne un certain seuil, mais qu'ils devaient également prévoir des cas dans lesquels l'accès à une voie de droit est indépendant de la valeur du marché. Dans l'intérêt de la sécurité juridique et de la transparence, il convient de faire de ce principe posé la jurisprudence une norme légale en l'inscrivant à l'art. 9, al. 2, LMI. La disposition proposée prévoit premièrement qu'une voie de droit doit être garantie lorsque le marché atteint au moins la valeur seuil applicable à la procédure sur invitation (let. a). Deuxièmement, elle prévoit que la décision d'inscrire un soumissionnaire sur une liste ou de l'en radier ainsi que le prononcé d'une sanction doivent être sujets à recours (let. b). Enfin, elle pose qu'un recours doit être possible lorsqu'il est fait grief que, selon les dispositions applicables, le marché doit faire l'objet d'un appel d'offres public (let. c). Cela permet notamment de faire recours

contre une adjudication de gré à gré en cas de doute quant au bien-fondé du choix de cette procédure.

Art. 63 Disposition transitoire

En général, une procédure d'adjudication dure assez longtemps. Pour des raisons pratiques, il est préférable que le droit applicable aux procédures lancées avant l'entrée en vigueur de la loi révisée ne change pas. C'est pourquoi il est prévu que cette dernière ne s'appliquera qu'aux appels d'offres publics, aux procédures sur invitation et aux procédures de gré à gré menées après son entrée en vigueur. Est déterminante la date de la publication ou de la notification individuelle.

Les marchés complémentaires adjugés après l'entrée en vigueur de la loi révisée seront régis par cette dernière, même dans les cas où le marché initial aura été adjugé selon l'ancien droit.

S'agissant de la conclusion de contrats-cadres (art. 25), c'est également la date du lancement de la procédure qui est déterminante. La procédure d'adjudication est réputée s'achever au moment de l'adjudication du contrat-cadre. L'acquisition des prestations faisant l'objet des contrats subséquents est régie par les dispositions du code des obligations.

Si une décision d'exclusion ou d'interruption d'une procédure lancée avant la date d'entrée en vigueur de la loi révisée était rendue après cette même date, elle devrait, le cas échéant, être attaquée selon l'ancien droit.

Art. 64 Référendum et entrée en vigueur

Al. 1 et 2

L'al. 1 prévoit que la loi est sujette au référendum. Les négociations relatives à la révision de l'AMP se sont terminées en mars 2012. Généralement, les accords internationaux sont mis en œuvre dans le droit national en l'espace d'un an, mais au plus dans un délai de 24 mois. Cependant, l'harmonisation des législations nationales en matière de marchés publics, visée parallèlement à la mise en œuvre de l'AMP 2012, prend également du temps. L'al. 2 dispose, quant à lui, que le Conseil fédéral fixera la date d'entrée en vigueur de la loi. Si l'accord intercantonal par lequel les cantons mettent en œuvre l'AMP 2012 ne pouvait entrer en vigueur en même temps que la LMP révisée, le Conseil fédéral reporterait l'entrée en vigueur des modifications apportées à la LMI.

Annexes

Le P-LMP comprend sept annexes.

Au ch. 1 des *annexes 1 à 3* sont énumérés les travaux de construction (annexe 1), les fournitures (annexe 2) et les services (annexe 3) qui sont soumis aux accords internationaux.

Annexe 1: par rapport au droit en vigueur, aucune modification n'a été apportée à la liste des travaux de construction soumis aux accords internationaux.

Annexe 2: de même, aucune modification n'a été apportée à la spécification des marchandises acquises par des adjudicateurs généraux (art. 4, al. 1) ou par des

adjudicateurs opérant sur des marchés sectoriels (art. 4, al. 2) qui sont soumises aux accords internationaux. Le droit en vigueur prévoit en effet déjà que tous les biens, autrement dit toutes les marchandises, sont soumis à ces accords.

Par «adjudicateurs compétents en matière de de défense et de sécurité», on entend non seulement les adjudicateurs du domaine militaire, mais également les unités et institutions actives dans les domaines de la police, de la surveillance des frontières et de la protection civile, telles que fedpol, le Corps des gardes-frontière et l'Office fédéral de la protection de la population. Par rapport au droit en vigueur, la liste du matériel civil soumis aux accords internationaux lorsqu'il est acquis par ces adjudicateurs pour la défense et la sécurité a été étendue. Lorsque du matériel civil servant à la défense et à la sécurité est acquis pour les besoins de la protection civile, il est également soumis aux accords internationaux.

Annexe 3: la liste des services soumis aux accords internationaux a également été étendue. Y ont été ajoutés les services suivants:

- services d'hôtellerie et autres services d'hébergement analogues;
- services de restauration et de vente de boissons à consommer sur place;
- services d'agences de voyages et d'organismes touristiques;
- services immobiliers à forfait ou sous contrat;
- services de location simple ou en crédit-bail de machines et de matériel, sans opérateur;
- services de conseils en matière de droit du pays d'origine et de droit international public;
- services de conseil fiscal;
- services de conditionnement;
- services de conseil annexes à la sylviculture.

À l'*annexe 4* sont indiquées les valeurs seuils et les procédures applicables aux marchés publics soumis aux accords internationaux ainsi que les valeurs seuils et les procédures applicables aux marchés qui ne sont pas soumis à ces accords. Les adjudicateurs sont libres d'appliquer une procédure de rang supérieur par rapport à la procédure requise par la loi. Afin de créer des conditions de concurrence, ils peuvent par exemple décider d'adjuger un marché d'une valeur inférieure à la valeur seuil déterminante pour l'application des accords internationaux en procédure sur invitation plutôt que de gré à gré.

L'*annexe 5* donne une vue d'ensemble des marchés publics qui ne sont pas soumis aux accords internationaux ainsi que des dispositions spécifiquement applicables à ces marchés.

L'*annexe 6* énumère les conventions fondamentales de l'OIT, dont le respect constitue une exigence minimale envers les soumissionnaires lorsque le marché à adjuger porte sur des prestations à exécuter à l'étranger (art. 12, al. 2). Cette liste est identique à celle qui, depuis 2010, figure dans l'OMP. Plusieurs participants à la procédure de consultation ont proposé d'y ajouter d'autres conventions de l'OIT et de mentionner également (comme le font les directives européennes) des conventions

essentielles en matière de protection de l'environnement. Étant donné que les États parties à l'AMP prévoient de mener un programme de travail concernant les marchés publics durables, il a été décidé de renoncer, pour l'instant, à suivre ces propositions.

L'*annexe 7* expose les modifications d'autres actes qui découlent de la révision totale de la LMP (voir le commentaire de l'art. 62).

3 Conséquences

3.1 Conséquences pour la Confédération

3.1.1 Conséquences financières

a) Généralités concernant les charges supplémentaires

Les conséquences de la révision pour l'administration et l'économie ont été évaluées au moyen d'une analyse d'impact de la réglementation (AIR)²⁰⁵. Selon cette étude, la révision se traduira par une légère augmentation des charges administratives des *services fédéraux*. On prévoit que c'est surtout dans les premiers temps suivant l'entrée en vigueur de la loi révisée que les adjudicateurs devront faire face à de plus lourdes charges (formation, conseil, mise en œuvre uniforme, etc.). On s'attend également à une hausse des charges consécutive à l'extension modérée des voies de droit. Cette hausse devrait résulter d'une légère augmentation du nombre de recours et de litiges, elle-même due à l'extension mesurée des voies de droit aux marchés non soumis aux accords internationaux, à l'élargissement du champ d'application de la loi, à la tendance à l'augmentation du nombre d'appels d'offres publics et à l'augmentation corrélative du nombre de décisions sujettes à recours. Grâce à la solution choisie pour l'extension des voies de droit (protection juridique secondaire), les procédures d'adjudication concernant des marchés non soumis aux accords internationaux ne devraient pas s'allonger. L'assouplissement de la procédure d'adjudication, lié notamment à l'introduction de nouveaux instruments, tels que les enchères électroniques, aura également un coût. Les frais découlant de la révision dépendent fortement des modalités d'exécution de la loi et ne peuvent être quantifiés avec certitude. La majeure partie des surcoûts prévus devra être compensée sur la totalité du budget de la Confédération.

La hausse des charges administratives des services d'achat de la Confédération résultera également de la mise en œuvre d'une intervention parlementaire demandant que tous les marchés excédant 50 000 francs soient publiés une fois par an sous une forme permettant une lecture automatisée²⁰⁶. Une enquête menée auprès des services d'achat a montré que ceux-ci estiment grossièrement les surcoûts liés à cette extension de l'obligation en matière de publication à quelque 900 000 francs par

²⁰⁵ BSS Volkswirtschaftliche Beratung AG, «Regulierungsfolgenabschätzung: Revision des Bundesgesetzes über das öffentliche Beschaffungswesen», Bâle, 18 janv. 2016.

²⁰⁶ Motion Graf-Litscher 14.3045 «Transparence des marchés publics passés par la Confédération. Publication des informations clés concernant tous les marchés d'un montant de plus de 50 000 francs».

an²⁰⁷. Selon les résultats de cette étude, le nombre de marchés et, par conséquent, les surcoûts sont répartis uniformément entre l'administration fédérale et les entités devenues autonomes (CFF, Poste, domaine des EPF). Il convient de noter que peu de services se sont prononcés sur la question des surcoûts et que les estimations obtenues sont très hétérogènes. Alors qu'un service d'achat s'attend à des surcoûts insignifiants, d'autres jugent qu'ils pourraient atteindre 900 francs par marché. Un autre service d'achat considère que les coûts uniques liés à la programmation de la liste nécessaire au rapport annuel s'élèveront à 6000 francs, étant donné qu'il récolte aujourd'hui déjà la plupart des informations requises.

Surcoûts (en francs) liés à l'extension de l'obligation en matière de publication

	Nombre de marchés	Surcoûts par marché	Total
Tout	5703	150 <small>(0-900)</small>	855 450
Administration fédérale	2957	150	443 550
CFF, Poste, dom. des EPF	2746	150	411 900

Les chiffres correspondent aux valeurs médianes des estimations des surcoûts. Les estimations minimale et maximale des surcoûts par marché sont indiqués en petits caractères.

b) Charges supplémentaires liées aux exigences linguistiques

La mise en œuvre des exigences formulées dans les interventions parlementaires concernant le plurilinguisme dans le domaine des marchés publics²⁰⁸ laissait prévoir des surcoûts considérables. Pour pouvoir se faire une idée de ces derniers, la CA a chargé une entreprise externe de demander à quinze services d'achat (services d'achat centraux et autres de la Confédération, Poste, CFF et Conseil des EPF) de les estimer grossièrement²⁰⁹. Cette étude a révélé qu'une extension de ces exigences en matière de plurilinguisme à l'ensemble des publications et aux documents d'appel d'offres conduirait à une nette hausse des coûts administratifs pour la Confédération et les institutions étatiques telles que la Poste, les CFF et le domaine des EPF: ces surcoûts pourraient en effet atteindre 841 millions de francs par année.

Le tableau ci-après montre la quantité de pages et le nombre de plans, ventilés par type de procédure d'adjudication, qui auraient dû être traduits en 2014 pour la filiale de Thoune (F2) de l'Office fédéral des routes (OFROU), l'une des plus petites filiales de l'OFROU, si les documents d'appel d'offres devaient être mis à disposition dans une autre langue officielle de la Confédération. Étant donné que les coûts d'impression s'élèvent à 2000 francs par plan supplémentaire (valeur moyenne,

²⁰⁷ BSS Volkswirtschaftliche Beratung AG, «Beschaffungskostenschätzung bezüglich Erhöhung der Sprachanforderungen und Erweiterung der Publikationspflicht», Bâle, 23 déc. 2015.

²⁰⁸ Voir ch. 1.2.5.

²⁰⁹ BSS Volkswirtschaftliche Beratung AG, «Beschaffungskostenschätzung bezüglich Erhöhung der Sprachanforderungen und Erweiterung der Publikationspflicht», Bâle, 23 déc. 2015.

quelle que soit la taille du plan), les frais additionnels de traduction et d'impression auraient atteint 8 410 600 francs pour le seul secteur Gestion des projets Nord de la filiale de Thoune. Ce montant devrait être multiplié par 15 pour estimer le coût total que la traduction dans *une* autre langue officielle engendrerait pour l'ensemble de l'OFROU. Selon l'OFROU, les frais supplémentaires s'élèveraient à quelque 250 millions de francs si les plans devaient être intégralement traduits dans *deux* langues officielles de la Confédération.

OFROU-Thoune, Gestion des projets Nord

Statistique: traductions concernant les appels d'offres de 2014

Objet du marché	Type de procédure	Valeur seuil (francs)	Nombre de pages	Nombre de plans	Nombre de marchés	Coûts totaux
Construction: prestations d'étude/services EES*: prestations d'étude/services	Invitation De gré à gré De gré à gré	< 150 000	De 7 à 15 48	De 0 à 4 6	1 154 13	1 848 000
Construction: prestations d'étude/services EES*: prestations d'étude/services	Invitation	De 150 000 à 230 000	85 67	14 10	1 0	30 800
Construction: prestations d'étude/services EES*: prestations d'étude/services	Ouverte	>230 000	De 500 à 2317 De 300 à 350	De 15 à 235 De 15 à 20	12 5	528 000
Construction: fournitures EES*: fournitures	De gré à gré	< 50 000	30	2	10 1	48 400
Construction: fournitures	Invitation	De 50 000 à 230 000	96	15	1	33 000
Fournitures	De gré à gré en situation de concurrence	>230 000			0 0	0
Construction: travaux de construction/ouvrage EES*: travaux de construction/ouvrage	De gré à gré<	< 150 000	De 5 à 250 De 450 à 640	De 1 à 14 De 20 à 40	89 12	2 750 000

Objet du marché	Type de procédure	Valeur seuil (francs)	Nombre de pages	Nombre de plans	Nombre de marchés	Coûts totaux
Construction: travaux de construction/ ouvrage EES*: travaux de construction/ ouvrage	Invitation	De 150 000 à 2 000 000	De 135 à 300 450	De 10 à 20 30	31 10	1 683 000
Construction: travaux de construction/ ouvrage EES*: travaux de construction/ ouvrage	Ouverte OMP	De 2 000 000 à 8 700 000	De 169 à 600 120	De 10 à 62 14	5 1	415 800
Construction: travaux de construction/ ouvrage EES*: travaux de construction/ ouvrage	Ouverte selon LMP	>8 700 000	De 365 à 1350 Aucune	De 68 à 177 Aucune	4 0	1 073 600
Hypothèse: élaboration / modification d'un plan: 2000 francs						Total GP Nord 8 410 600
Traduction d'un plan: 200 francs						
Nombre de plans: nombre moyen (par ex.: de 20 à 40 = 30)						

* EES: équipements d'exploitation et de sécurité

Par ailleurs, les gros travaux de traduction qui seraient nécessaires pourraient ralentir les procédures d'adjudication et constituer une source supplémentaire d'erreurs. Celles-ci pourraient être à l'origine de problèmes de sécurité, en particulier dans le domaine de la construction. Les erreurs de traduction pourraient en outre impliquer une augmentation des risques de recours et des risques de devoir modifier les conditions du marché. Tant le ralentissement des procédures d'adjudication que la hausse du nombre de recours seraient des facteurs supplémentaires d'augmentation des coûts. Il faudrait également s'attendre à des surcoûts indirects considérables dus à une multiplication des cas dans lesquels les conditions du marché doivent être révisées, elle-même consécutive aux erreurs de traduction et aux malentendus dans la communication orale survenant lors de la procédure d'adjudication, de la conclusion du contrat et de l'exécution du marché et découlant d'une insuffisance des compétences linguistiques des interlocuteurs.

Compte tenu des importants déficits structurels, les finances de la Confédération ne permettent pas la mise en œuvre d'exigences aussi coûteuses et impliquant autant de risques. Celle-ci serait par ailleurs en contradiction avec les objectifs d'économies fixées par le Parlement et avec le net resserrement des conditions budgétaires surve-

nu depuis le dépôt des interventions parlementaires susmentionnées (voir par ex. la motion 15.3494 de la Commission des finances du Conseil des États «Geler les effectifs de la Confédération au niveau de 2015»). C'est pourquoi le Conseil fédéral se propose de renoncer à l'introduction de dispositions impliquant des traductions supplémentaires d'appels d'offres ou de documents d'appel d'offres.

L'administration fédérale a néanmoins à cœur de régler la question des langues de manière appropriée et pragmatique. C'est pourquoi il est prévu de mettre en œuvre le principe d'une prise en compte appropriée du plurilinguisme de la Suisse (voir art. 48, al. 5, P-LMP) en introduisant dans l'ordonnance une réglementation aussi pragmatique que possible et dont l'application nécessite des ressources raisonnables. Certaines prescriptions, telles que la disposition prévoyant que, dans les procédures sur invitation, il faut si possible demander une offre à au moins un soumissionnaire provenant d'une autre région linguistique que l'adjudicateur, pourraient cependant entraîner, pour les adjudicateurs, une certaine augmentation des coûts due à des travaux de traduction.

c) Avantages

Les coûts susmentionnés auront pour contrepartie les avantages considérables découlant de la révision. Le renforcement de la sécurité juridique consécutif à l'harmonisation des législations fédérale et cantonale, les nouveaux instruments mis à la disposition des adjudicateurs ainsi que le renforcement de la concurrence entre les soumissionnaires peuvent contribuer à améliorer la qualité des acquisitions de la Confédération et avoir pour les adjudicateurs un effet positif sur le rapport qualité-prix. Cela peut permettre aux pouvoirs publics de réduire leurs coûts. De plus, les nouveautés telles que les enchères électroniques peuvent conduire à un assouplissement de la procédure d'adjudication et à un gain d'efficacité lors de l'acquisition de prestations standardisées. D'autres coûts et avantages dépendent largement de la forme que prendra l'exécution des dispositions prévues.

Il convient également de souligner le potentiel d'économies que les achats durables présentent pour les pouvoirs publics. Une étude de 2015 commandée par la ville de Berlin s'est penchée sur les conséquences financières de l'achat de produits écologiques. Les résultats ont montré que, dans deux tiers des cas, les coûts du cycle de vie des produits respectueux de l'environnement étaient moins élevés que ceux des produits usuels²¹⁰. Des études relatives aux programmes d'achats durables (en particulier écologiques) de la ville de Vienne²¹¹ ou de Chine²¹², par exemple, ont abouti à des conclusions similaires.

²¹⁰ Öko-Institut e.V., «Umwelt- und Kostenentlastung durch eine umweltverträgliche Beschaffung», Berlin, 2015. Ce document peut être consulté à l'adresse suivante: www.stadtentwicklung.berlin.de > Service > Rechtsvorschriften > Umweltverträgliche Beschaffung > Studien zur VwVBU > Umwelt- und Kostenentlastung.

²¹¹ Jason Singh / Alicia Culver / Bitlis Melis, Energy Sector Management Assistance Program / The World Bank, «Public Procurement of Energy Efficient Products. Lessons from Around the World», Washington, 2012. Ce document peut être consulté à l'adresse suivante: www.esmap.org > Publications.

²¹² The International Institute for Sustainable Development, «How Green Public Procurement Contributes to Sustainable Development in China», Winipeg, 2015. Ce document peut être consulté à l'adresse suivante: www.scpclaringhouse.org/upload/publication_and_tool/file/480.pdf (état au 12 févr. 2016).

3.1.2 Conséquences sur l'état du personnel

On s'attend à ce que le surcroît de travail (élargissement de l'éventail des tâches ou alourdissement de la charge de travail liée à l'exécution de tâches déjà assumées aujourd'hui) consécutif à l'augmentation des besoins en matière de prestations de conseil ou de formation, à la nécessité d'une mise en œuvre uniforme de la législation révisée, à l'extension des obligations en matière de publication et à la hausse du nombre de litiges qu'entraînera probablement l'extension des voies de droit conduise, à moyen et à long terme, à une augmentation des besoins en personnel.

Selon les premières estimations grossières effectuées par exemple par les services d'achat centraux que constituent l'OFCL et armasuisse, environ 2 équivalents plein temps seront nécessaires à moyen et long terme en raison de l'extension des voies de droit et de l'augmentation des prestations de conseil et de formation. Selon l'OFROU, les besoins en personnel qu'engendrera la révision ne peuvent pas encore être quantifiés. D'autres services demandeurs, par exemple le Secrétariat d'État aux migrations, estiment qu'il faudra 1,5 à 2 équivalents plein temps supplémentaires. L'Administration fédérale des douanes évalue les besoins à 0,5 équivalent plein temps. Plusieurs unités administratives de la Confédération et des organisations proches de celle-ci, telles que les CFF, la Poste et le domaine des EPF, prévoient également une augmentation des besoins en personnel.

Les besoins dans les premiers temps suivant l'entrée en vigueur de la loi devront être couverts avec les ressources actuelles. Les formations et prestations de conseil supplémentaires et l'introduction de nouveaux instruments (par ex. la mise en place d'une infrastructure informatique pour les enchères électroniques), notamment, conduiront à une hausse des besoins en ressources humaines.

Les postes supplémentaires nécessaires ne peuvent pas encore être quantifiés, notamment parce que différentes questions seront réglées dans l'ordonnance et que les dispositions correspondantes ne pourront être définies de manière définitive qu'après l'adoption de la loi par le Parlement.

Les besoins en postes supplémentaires seront déterminés après l'adoption de la loi et le résultat de cette évaluation sera soumis au Conseil fédéral en même temps que la proposition relative à l'ordonnance (OMP).

3.2 Conséquences pour les cantons et les communes

L'harmonisation des législations nationales relatives aux marchés publics présente également des avantages aux niveaux cantonal et communal. Une fois que l'AIMP révisé sera entré en vigueur, elle devrait avoir un effet positif sur les relations entre la Confédération et les cantons ainsi que sur les relations entre les cantons et les communes, grâce notamment à une jurisprudence plus homogène, aux échanges d'expériences, à des modèles de documents communs et à la mise en place d'outils, de matériel pédagogique ainsi que de formations initiales et continues comparables. Par ailleurs, la révision du droit des marchés publics conduira également aux niveaux cantonal et communal à un renforcement de la sécurité juridique.

3.3 Conséquences économiques

Le droit des marchés publics régit un segment considérable de l'économie nationale suisse. Actuellement, la somme totale des paiements en rapport avec les marchés publics en Suisse est estimée à quelque 41 milliards de francs par an²¹³.

En 2015, l'administration fédérale centrale a acquis à elle seule des biens et des services d'une valeur de 5,65 milliards de francs²¹⁴. On peut déduire de ces chiffres que le droit des marchés publics joue un rôle important pour la place économique suisse.

Une nette majorité des participants à la consultation estiment qu'en cas d'adoption du P-LMP les charges administratives des entreprises n'augmenteront pas, mais resteront stables ou diminueront. Plusieurs participants relèvent en outre une plus grande facilité d'application.

Selon l'AIR, les soumissionnaires considèrent que l'harmonisation des législations sur les marchés publics constitue le principal bénéfice de la révision, car elle permet de standardiser davantage les procédures d'établissement des offres et d'assimiler plus rapidement le droit applicable. La plus grande lisibilité des bases juridiques et l'extension des possibilités de recours à des instruments électroniques sont également accueillies favorablement. On s'attend également à des effets bénéfiques indirects pour l'économie. Parmi eux figurent l'extension des voies de droit au niveau fédéral ainsi que le renforcement de la transparence et de la sécurité juridique. Les entreprises interrogées estiment pour la plupart que les charges liées à l'établissement des offres resteront globalement inchangées. Elles prévoient cependant que les obligations accrues en matière de documentation, les éventuels contrôles et l'éventuel ralentissement des procédures d'adjudication entraîneront une augmentation des coûts. Les dispositions qui ont été introduites après la consultation en vue de limiter les charges administratives des soumissionnaires devraient dissiper cette inquiétude.

En résumé, on peut s'attendre à ce que les charges assumées par les entreprises participant à une procédure d'adjudication diminuent ou restent inchangées.

Une autre conséquence positive pour l'économie réside dans l'accès à de nouveaux marchés internationaux, qui est subordonné à la ratification de l'AMP 2012. Par ailleurs, l'application des règles de l'AMP renforcera la concurrence entre les soumissionnaires, ce qui peut avoir un effet bénéfique sur l'éventail des offres et le rapport qualité/prix.

Il convient également de souligner le potentiel d'économies que les achats durables présentent à long terme pour les pouvoirs publics (voir ch. 3.1.1).

²¹³ Voir Hubert Stöckli / Martin Beyeler (éd.), «Das Vergaberecht der Schweiz», 9^e éd., Zurich, 2014. p. 1. Contribution du P^r Hubert Stöckli, «Die Rechtsquellen im Wandel», note de bas de page n° 3, p. 3.

²¹⁴ Voir feuille d'information de l'OFCL «Paiements des achats 2015». Ce document peut être consulté à l'adresse suivante: www.bkb.admin.ch > Services d'achat > Statistique des paiements liés aux achats de la Confédération.

3.4 Conséquences sociales et environnementales

Les conséquences sociales et environnementales (promotion des marchés publics durables) sont jugées plutôt faibles.

À long terme, la prise en compte systématique d'aspects écologiques lors des acquisitions peut cependant contribuer à la protection de l'environnement ainsi qu'à la préservation des ressources. Elle constitue une condition importante pour faire jouer la concurrence et profitera au final à l'ensemble de la société.

La lutte systématique contre les collusions et la corruption renforce la confiance des contribuables dans l'administration. La Confédération va prendre davantage de mesures destinées à assurer le respect de l'égalité salariale entre femmes et hommes, ce qui devrait avoir des effets positifs sur l'égalité de traitement entre les sexes.

4 Relation avec le programme de la législature et avec les stratégies nationales du Conseil fédéral

4.1 Relation avec le programme de la législature

L'adoption du message relatif à la révision totale de la loi fédérale sur les marchés publics est prévue dans le message du 27 janvier 2016 sur le programme de la législature 2015 à 2019²¹⁵. L'objectif 2 du Conseil fédéral²¹⁶ mentionne que ce dernier prendra acte des résultats de la consultation et, le cas échéant, adoptera le message.

4.2 Relation avec les stratégies nationales du Conseil fédéral

En accord avec la stratégie pour le développement durable du Conseil fédéral²¹⁷, la question du développement durable est inscrite dans le P-LMP. Ainsi, les trois dimensions du développement durable sont mentionnées dans l'article énonçant le but de la loi (et non dans l'ordonnance, comme cela était le cas dans l'avant-projet de révision mis en consultation). La révision totale de la LMP permet ainsi de créer les bases légales d'une politique de marchés publics durables.

De plus, en révisant la LMP, on met en œuvre une mesure prévue par la politique de croissance du Conseil fédéral et, partant, une réforme économique. Depuis trois législatures, le Conseil fédéral poursuit explicitement une politique économique de croissance axée sur le long terme et destinée à jeter les bases d'une prospérité durable. La révision de la LMP comptait au nombre des mesures de croissance inscrites dans les programmes des législatures 2004 à 2007 et 2008 à 2011.

²¹⁵ FF 2016 981 1096

²¹⁶ Volume I, pp. 11, 17 s. Ce document peut être consulté sous www.bk.admin.ch > Documentation > Publications > Planification politique > Les Objectifs.

²¹⁷ Voir note de bas de page n° 45.

5 Aspects juridiques

5.1 Constitutionnalité

La compétence législative de la Confédération en matière de marchés publics fédéraux repose sur diverses dispositions de la Constitution. La base constitutionnelle formelle est l'art. 173, al. 2, Cst. La compétence d'édicter des prescriptions contraignantes pour les autorités fédérales et les entreprises publiques découle de la compétence d'organisation (art. 164, al. 1, let. g, Cst.). Il existe en outre une compétence fédérale explicitement réglée pour certaines questions (art. 65 Cst. concernant la tenue d'une statistique suisse relative aux marchés publics et art. 63, al. 1, Cst. concernant la formation professionnelle).

La répartition des compétences entre Confédération et cantons n'est pas affectée par le projet.

5.2 Compatibilité avec les obligations internationales

La nécessité de mettre en œuvre l'AMP 2012 dans le droit national a donné l'impulsion à la présente révision, mais n'impliquait pas en soi une révision totale. L'ampleur de la révision découle principalement de la volonté d'harmoniser la LMP et l'AIMP. Un autre objectif est de mettre en œuvre dans la loi, soit au niveau approprié, les obligations découlant de l'accord entre la Suisse et l'UE et ayant été transposées dans l'ordonnance. La marge de manœuvre qui reste pour une réglementation nationale autonome ressort du commentaire des dispositions du P-LMP. La révision est compatible avec les obligations internationales de la Suisse.

5.3 Forme de l'acte à adopter

Le présent projet propose aux Chambres fédérales la révision totale d'une loi fédérale. Les lois fédérales sont sujettes au référendum en vertu de l'art. 141, al. 1, let. a, Cst.

Étant donné que la loi s'applique non seulement aux marchés soumis aux accords internationaux, mais également à ceux qui ne sont régis que par des dispositions nationales, il a été décidé de ne pas l'intégrer à l'arrêté fédéral concernant l'approbation de l'AMP 2012 et, partant, de proposer ce dernier et le P-LMP en tant que projets distincts sujets au référendum.

5.4 Assujettissement au frein aux dépenses

En vertu de l'art. 159, al. 3, let. b, Cst., les dispositions qui concernent des subventions et qui entraînent de nouvelles dépenses uniques de plus de 20 millions de francs ou de nouvelles dépenses périodiques de plus de 2 millions de francs doivent être adoptées à la majorité des membres de chaque conseil. Le présent projet ne contient pas de telles dispositions; il n'est donc pas assujéti au frein aux dépenses.

5.5 Respect des principes de subsidiarité et d'équivalence fiscale

Les questions du droit des marchés publics sont réglées à un niveau plus approprié dans le projet de révision que dans la législation en vigueur, ce qui a pour conséquence que le P-LMP est plus volumineux que l'actuelle LMP. Le fait que le P-LMP soit plus long découle également des efforts d'harmonisation: si certaines dispositions ont été intégrées dans la loi, c'est aussi par souci d'unification avec les normes intercantionales en matière de marchés publics (P-AIMP).

5.6 Délégation de compétences législatives

Le P-LMP prévoit la délégation de nouvelles compétences législatives au Conseil fédéral en ce qui concerne d'une part les exigences en matière linguistique applicables dans le domaine des marchés publics (art. 48, al. 5), d'autre part le droit de regard des adjudicateurs (art. 59, al. 4).

Les délégations de compétences législatives dont le Conseil fédéral bénéficie déjà en vertu du droit actuel sont réglées aux art. 16, al. 1, et 22, al. 2. La délégation prévue à l'art. 22, al. 2, est étendue aux mandats d'étude parallèles. Celle qui est prévue à l'art. 16, al. 1, permet une adaptation rapide des valeurs seuils figurant à l'annexe 4. Si le projet de révision de la loi est adopté, le Conseil fédéral restera donc habilité à fixer les valeurs seuils sur la base des prescriptions des accords internationaux. La délégation concernant l'édiction de dispositions relatives à l'exemption des acquisitions effectuées sur un marché sectoriel donné a, quant à elle, été modifiée (art. 7).

Ces délégations se justifient par le fait que les modalités de la mise en œuvre doivent pouvoir être adaptées en fonction des expériences faites dans le cadre de l'exécution de la loi.

5.7 Conformité à la législation sur la protection des données et relation avec la loi sur la transparence

Il est tenu compte des prescriptions de la loi sur la protection des données. Les dispositions du P-LMP concernant le traitement des données personnelles sont l'art. 28, al. 2 (liste de soumissionnaires qualifiés), et l'art. 45, al. 3 (liste des soumissionnaires et sous-traitants sanctionnés). Ces dispositions seront précisées dans l'ordonnance. Il faut également assurer la protection des données lors du traitement des données saisies sous pseudonyme dans le cadre d'enchères électroniques (art. 23) et lors de l'établissement des statistiques concernant les marchés publics (art. 50, al. 4).

Le droit des marchés publics est fondamentalement axé sur la transparence (appel d'offres public, publication de l'adjudication, etc.). Il ne porte pas atteinte aux droits des citoyens qui ne participent pas à une procédure d'adjudication.

Le projet de révision contient des dispositions spéciales qui, dans l'intérêt des soumissionnaires (par ex. confidentialité du contenu des offres et des contrats), restreignent l'application de la LTrans (voir le commentaire des art. 49, al. 3, et 59, al. 5).