



Schweizerische Eidgenossenschaft
Confédération suisse
Confederazione Svizzera
Confederaziun svizra

Département fédéral des finances DFF

Office fédéral des constructions et de la logistique OFCL
Conférence des achats de la Confédération

12 février 2020

Commentaire

de l'ordonnance sur les marchés publics (OMP)

Table des matières

1	Généralités	3
2	Commentaires des différents articles	4
	Section 1: Champ d'application	4
	Art. 1 Réciprocité	4
	Art. 2 Exemption de la LMP	4
	Section 2: Principes généraux	5
	Art. 3 Mesures contre les conflits d'intérêts et la corruption	5
	Art. 4 Conditions de participation et critères d'aptitude	6
	Section 3: Procédures d'adjudication	8
	Art. 5 Procédure sur invitation	8
	Art. 6 Dialogue	8
	Art. 7 Description de la prestation	9
	Art. 8 Questions sur les documents d'appel d'offres	9
	Art. 9 Indemnisation des soumissionnaires	9
	Art. 10 Obligations de documentation	10
	Art. 11 Conclusion du contrat	10
	Art. 12 Débriefing	10
	Section 4: Procédures de concours et de mandats d'étude parallèles	11
	Art. 13 Types de prestations	11
	Art. 15 Types de procédures	11
	Art. 16 Jury indépendant	11
	Art. 17 Dispositions particulières relatives aux procédures de concours	11
	Art. 19 Directives	12
	Section 5: Langues	12
	Art. 20 Langues des publications	12
	Art. 21 Langues des documents d'appel d'offres	13
	Art. 22 Langue des communications	15
	Art. 23 Langue de la procédure	15
	Section 6: Autres dispositions	16
	Art. 24 Vérification du prix	16
	Art. 25 Exclusion et sanctions	17
	Art. 26 Droit d'accès de la Commission de la concurrence	19
	Art. 27 Publication des marchés d'une valeur égale ou supérieure à 50 000 francs	19
	Art. 28 Statistiques concernant les marchés soumis aux accords internationaux	19
	Art. 29 Coûts et indemnités de la CMCC	19
	Art. 30 Exécution et surveillance	19
3	Commentaire des annexes	20
	Annexe 1 Marchés sectoriels au sens de l'art. 4, al. 2, LMP qui sont exemptés de la LMP en vertu de l'art. 7 LMP	20
	Annexe 2 Conventions relatives à la protection de l'environnement et à la préservation des ressources naturelles	20
	Annexe 3 Preuves du respect des conditions de participation et de la satisfaction des critères d'aptitude	20

1 Généralités

La révision de l'Accord de l'Organisation mondiale du commerce (OMC) sur les marchés publics (AMP 1994; RS 0.632.231.422), sur lequel repose la loi fédérale sur les marchés publics (LMP; RS 172.056.1), s'est achevée en mars 2012 (AMP 2012). L'AMP 2012 est entré en vigueur le 6 avril 2014. Depuis, toutes les parties contractantes l'ont ratifié, à l'exception de la Suisse.

L'AMP 2012 et les efforts d'harmonisation des législations fédérale et cantonales ont conduit à la révision totale de la LMP, qui implique à son tour une révision de l'ordonnance sur les marchés publics (OMP; RS 172.056.11). Le 21 juin 2019, la révision totale de la LMP a été adoptée par le Parlement à l'unanimité (FF 2019 4329).

La révision totale de l'OMP en vigueur se justifie par l'intégration dans la nouvelle loi de plusieurs dispositions de l'ordonnance afin de respecter la hiérarchie législative. Elle permet en outre d'adapter les dispositions de l'ordonnance à la nouvelle structure de la loi et de rendre la lecture plus facile.

La révision de l'ordonnance (OMP révisée) vise à poursuivre l'harmonisation des législations fédérale et cantonales sur les marchés publics en l'étendant à la phase d'exécution, ou du moins à ne pas y faire obstacle. L'ordonnance doit donc rester aussi concise que possible. Par ailleurs, elle règle uniquement ce qui concerne la Confédération et les adjudicateurs assujettis à la LMP révisée. Les questions d'exécution qui se posent à tous les échelons de l'État fédéral (Confédération, cantons, communes) doivent si possible être résolues au moyen d'instruments harmonisés.

L'ordonnance révisée entre en vigueur en même temps que la LMP révisée. Le Conseil fédéral en fixe la date.

Seules les nouvelles dispositions de l'ordonnance ou celles ayant subi des modifications seront commentées. Les prescriptions qui ont fait leurs preuves sont conservées sans modification et ne feront donc pas l'objet d'un commentaire.

À l'instar de la loi et de l'ordonnance, le texte ci-après utilise la forme générique pour désigner les deux sexes à des fins de lisibilité.

Concernant l'authentification pour les enchères électroniques, l'art. 6 de l'ordonnance du 18 juin 2010 sur la communication électronique dans le cadre de procédures administratives (OCEI-PA; RS 172.021.2) est notamment applicable. Dans la perspective de l'entrée en vigueur de la loi sur les services d'identification électronique (objet Curia Vista 18.049), il sera nécessaire d'examiner si l'OMP révisée doit être adaptée en conséquence, notamment pour définir le niveau de garantie prévu par l'identification électronique (e-ID) (art. 4 du projet de loi). Conformément à l'art. 22, let. b, du projet de loi, l'adjudicateur est tenu d'accepter l'e-ID comme moyen d'identification.

2 Commentaires des différents articles

Sauf disposition contraire, les dispositions de l'ordonnance s'appliquent à tous les marchés publics passés par des adjudicateurs assujettis à la LMP, que ces marchés soient soumis ou non aux accords internationaux.

Section 1: Champ d'application

Art. 1 Réciprocité

Al. 1 et 2

Les offres de soumissionnaires en provenance d'États qui n'ont pas ratifié l'AMP mais qui se sont engagés à donner à la Suisse un accès à leur marché sont autorisées. Selon l'art. 6, al. 3, LMP révisée, le Conseil fédéral établit une liste des États concernés.

La liste est publiée sur le site www.simap.ch.

Al. 3

En cas de doute, les soumissionnaires suisses et étrangers ainsi que les adjudicateurs peuvent demander au SECO si et dans quelle mesure un État donné accorde la réciprocité. En général, le SECO examine ces demandes de manière ad hoc en collaboration avec les ambassades compétentes.

Art. 2 Exemption de la LMP

Cette disposition et l'art. 7 LMP révisée reprennent les principales dispositions de l'ordonnance du DETEC du 18 juillet 2002 sur l'exemption du droit des marchés publics (RS 172.056.111). L'exemption d'un secteur ou d'un secteur partiel est un acte législatif, étant donné qu'elle implique une restriction du champ d'application de la loi. De telles dispositions générales et abstraites s'appliquent à l'ensemble des adjudicateurs et des soumissionnaires opérant sur les marchés concernés.

Al. 1

Les marchés sectoriels bénéficiant déjà d'une exemption sont mentionnés à l'annexe 1. Il s'agit des domaines de la télécommunication et du transport de marchandises par voie normale. Désormais, l'annexe 1 sera complétée conformément aux al. 2 et 3.

Al. 2

Selon l'art. 7, al. 1, LMP révisée, les propositions d'exemption sont soumises au DETEC par les adjudicateurs assujettis à la loi ou par l'Autorité intercantonale pour les marchés publics (AiMp). Les adjudicateurs soumis au droit cantonal remettent leurs propositions d'exemption à l'AiMp, qui les transmet au DETEC.

Al. 3

L'exemption d'un marché sectoriel se traduit par l'adaptation de l'annexe 1 de l'ordonnance. Elle est accordée si le marché concerné est soumis à une concurrence efficace. La décision incombe au Conseil fédéral, qui consulte au préalable la Commission de la concurrence, l'AiMp et les milieux économiques concernés.

Section 2: Principes généraux

Art. 3 Mesures contre les conflits d'intérêts et la corruption

Cette disposition présente des mesures visant à éviter les conflits d'intérêts et la corruption. La lutte contre la corruption est l'une des priorités de l'AMP 2012. Les mesures énoncées illustrent les possibilités d'agir, mais d'autres mesures peuvent s'avérer nécessaires. L'adjudicateur peut notamment fixer des règles de conduite dans ses conditions générales ou dans le contrat qui le lie au soumissionnaire (clauses d'intégrité, clauses pénales, mesures destinées à garantir des processus commerciaux conformes au droit, etc.). L'adjudicateur peut en outre imposer au soumissionnaire concerné de soumettre ses éventuels sous-traitants aux mêmes mesures.

Al. 1, let. a:

En vertu de l'art. 91 de l'ordonnance du 3 juillet 2001 sur le personnel de la Confédération (OPers; RS 172.220.111.3), les employés de l'administration fédérale doivent annoncer à leur supérieur toutes les charges publiques et les activités rétribuées qu'ils exercent en dehors de leurs rapports de travail. Si le risque de conflit d'intérêts ne peut être exclu, les activités non rétribuées doivent également être annoncées. La disposition de la let. a va plus loin que l'art. 91 OPers, dans la mesure où elle prévoit qu'il faut déclarer non seulement les activités accessoires, mais également les liens d'intérêts susceptibles de conduire à un conflit d'intérêts lors d'un projet d'acquisition.

Un lien d'intérêt susceptible de conduire à un conflit d'intérêts existe par exemple, lorsqu'une offre provient d'un soumissionnaire ayant des liens particulièrement étroits avec les collaborateurs de l'adjudicateur ou avec les tiers mandatés par ce dernier qui participent à une procédure d'adjudication. Il peut s'agir de rapports professionnels d'ordre privé, passés ou présents (par ex. lien client-fournisseur, partenariat stratégique, forme de participation, rapports de travail), de liens de mariage, d'un partenariat enregistré ou de vie de couple de fait, de liens de parenté, directe ou par alliance (voir art. 13, al. 1, let. b et c, LMP révisée). Sont aussi par exemple concernés les rapports de dépendance, économique ou autre, ainsi qu'une profonde camaraderie (en raison du service militaire, par ex.). Lorsqu'un tel cas se présente, les collaborateurs de l'adjudicateur doivent immédiatement en avvertir leur supérieur. Les tiers mandatés par l'adjudicateur en informent ce dernier par écrit dans les plus brefs délais.

La simple existence de liens particulièrement étroits avec un soumissionnaire peut entraîner la récusation du collaborateur de l'adjudicateur, mais ne suffit pas pour réunir les éléments constitutifs de corruption. En règle générale, ces éléments présupposent l'octroi ou l'acceptation d'un avantage indu, soit immatériel soit pécuniaire.

Al. 1, let. b:

Les collaborateurs de l'adjudicateur et les tiers mandatés par ce dernier ne peuvent participer à un projet d'acquisition qu'après avoir signé une déclaration d'impartialité. Cette dernière garantit que seuls des collaborateurs en mesure d'évaluer les offres en toute neutralité et indépendamment de leurs intérêts personnels prennent part au projet.

La déclaration d'impartialité contribue à sensibiliser les collaborateurs à l'importance de l'impartialité et vise à prévenir la corruption. L'administration fédérale exige déjà une déclaration d'impartialité. Cette déclaration peut être de portée générale et s'appliquer ainsi à toutes les acquisitions, ou se rapporter à un projet spécifique. En général, les collaborateurs des services d'achat d'envergure la signent au moment de leur embauche. Les adjudicateurs sont libres d'exiger une déclaration d'impartialité spécifique pour chaque marché public. La disposition de l'ordonnance ne précise donc pas si le service d'achat est tenu d'exiger de la part de ses collaborateurs une déclaration d'impartialité au début des rapports de travail, au

moment de leur première participation à une procédure d'adjudication ou pour chaque procédure d'adjudication.

De la même manière, la déclaration d'impartialité permet également de rappeler aux tiers que les adjudicateurs mandatent par exemple pour élaborer des documents d'appel d'offres ou pour évaluer des offres, qu'ils doivent déclarer leurs liens d'intérêts.

Al. 2

La loi du 24 mars 2000 sur le personnel de la Confédération (LPers; RS 172.220.1), l'OPers et le code de comportement de l'administration fédérale comprennent plusieurs dispositions destinées à réduire le risque de corruption ainsi qu'à prévenir ou à résoudre les conflits d'intérêts. Les adjudicateurs rappellent régulièrement ces dispositions aux collaborateurs participant aux procédures de marchés publics. Des formations spécifiques ou des séances d'information sont organisées si nécessaire.

Art. 4 Conditions de participation et critères d'aptitude

Al. 1

La première phrase reprend le contenu actuel de l'art. 6, al. 4, OMP, avec quelques adaptations d'ordre linguistique. La possibilité de confier les contrôles aux bureaux cantonaux ou communaux d'égalité entre femmes et hommes a été supprimée pour des raisons de compétence. Le but étant de garantir un contrôle uniforme de tous les adjudicateurs à l'échelon de la Confédération, ces derniers peuvent confier les contrôles en matière d'égalité salariale au Bureau fédéral de l'égalité entre femmes et hommes (BFEG).

La deuxième phrase concerne l'activité de contrôle du BFEG. Celle-ci est édictée sous la forme d'une directive du BFEG (et non plus dans des lignes directrices communes du BFEG et de la CA).

Le 14 décembre 2018, le Parlement a adopté une modification de la loi sur l'égalité (LEg; RS 151.1) obligeant les employeurs qui occupent un effectif d'au moins 100 travailleurs (sans les apprentis) d'effectuer à l'interne une analyse de l'égalité des salaires, de la faire vérifier par un organe indépendant et d'informer les travailleurs des résultats de l'analyse (FF 2018 7881). Pour éviter les doublons, la LEg prévoit que les entreprises qui font l'objet d'un contrôle du respect de l'égalité des salaires dans le cadre d'une procédure d'adjudication d'un marché public sont dispensées de l'obligation d'effectuer une analyse de l'égalité salariale (voir art. 13b, let. a, LEg). La même règle s'applique aux entreprises qui ont déjà fait l'objet d'un tel contrôle et démontré qu'elles satisfont aux exigences, pour autant que le mois de référence dudit contrôle ne remonte pas à plus de quatre ans (voir art. 13b, let. c, LEg). Cette synergie s'applique pour autant que les dispositions de la LEg révisée sont en vigueur (douze ans à compter de leur entrée en vigueur, voir ch. II, al. 2, LEg). En principe, tous les soumissionnaires doivent, dans le cadre de l'adjudication d'un marché public, présenter une déclaration attestant du respect de l'égalité salariale entre femmes et hommes, et ce, quel que soit le nombre de salariés. Les soumissionnaires qui occupent 100 collaborateurs ou plus doivent en outre indiquer dans la déclaration le résultat de l'analyse de l'égalité salariale et fournir le rapport conformément à la LEg.

Le soumissionnaire peut effectuer l'analyse de l'égalité salariale, dont les résultats doivent être contrôlés par un organe indépendant conformément à l'art. 13d LEg, soit avec l'outil standard Logib, qui est mis gratuitement à disposition par le BFEG, soit avec une autre méthode scientifique et conforme au droit au sens de l'art. 13c LEg.

Concernant la troisième phrase: à la fin du mois d'avril 2019, 16 cantons, 66 communes et la Confédération ont signé la Charte pour l'égalité salariale dans le secteur public et ont ainsi souscrit à l'introduction de mécanismes de contrôle du respect de l'égalité salariale dans le cadre des marchés publics et/ou des subventions. Pour que le BFEG puisse procéder à des

contrôles fondés sur le risque, la troisième phrase autorise les adjudicateurs à lui transmettre les déclarations des soumissionnaires concernant le respect de l'égalité salariale.

Al. 2

Conformément à l'art. 12, al. 2, LMP révisée, l'adjudicateur peut en outre exiger le respect d'autres standards de travail internationaux importants pour les marchés publics portant sur des prestations à exécuter à l'étranger. Le présent alinéa précise ce qui est compris sous autres standards de travail internationaux importants. L'adjudicateur peut choisir parmi les principes découlant des conventions internationales du travail de l'Organisation internationale du travail (OIT) ratifiées par la Suisse. Ces principes sont reconnus par la Suisse et par la communauté internationale. Ils sont clairement définis juridiquement et sont issus d'un accord au niveau international entre gouvernements et partenaires sociaux. Il est à noter que l'OIT est la seule référence et organisation internationale dans le domaine du droit du travail qui fait autorité.

Al. 3

En vertu de l'art. 12, al. 3, LMP révisée (la disposition a été introduite dans la loi lors des débats parlementaires), les adjudicateurs s'assurent que les soumissionnaires respectent le droit de l'environnement applicable au lieu de la prestation. Si celui-ci n'est pas identifiable, qu'il l'est au prix d'investigations disproportionnées ou qu'il ne correspond pas aux standards internationaux minimaux, le Conseil fédéral détermine les conventions environnementales internationales qu'il convient au minimum de respecter au lieu de la prestation à l'étranger. L'annexe 2 contient une liste des dites conventions. Sont mentionnées les conventions multilatérales jouissant d'une importance coutumière, indépendamment de leurs États signataires. La référence aux conventions environnementales internationales qu'il convient au minimum de respecter ne doit pas avoir pour but ou pour effet d'entraver l'accès au marché et de créer des obstacles inutiles au commerce international. Le simple fait qu'un État d'un soumissionnaire ne soit pas partie à la convention en question ne suffit pas à l'exclure de la procédure.

Al. 4

L'annexe 3 fournit, à titre d'aide-mémoire, une liste de documents et de preuves qui peuvent être demandés dans le but de vérifier le respect des conditions de participation et des critères d'aptitude. Les adjudicateurs sélectionnent et les indiquent dans l'appel d'offres (art. 35 LMP révisée) uniquement les justificatifs adéquats et nécessaires à leurs yeux, compte tenu de la prestation sur laquelle porte l'appel d'offres et du profil des soumissionnaires. Dans la mesure du possible, les preuves (particulièrement des preuves complexes, comme une garantie bancaire) devraient être exigées non pas de tous les soumissionnaires, mais uniquement, et ce peu avant l'adjudication, du soumissionnaire qui est arrivé en tête du classement. Cela rend la procédure moins bureaucratique et évite que les soumissionnaires, en particulier les PME, ne supportent des frais inutiles. Concernant le contrôle du respect de l'égalité salariale, l'adjudicateur est tenu d'exiger des entreprises qui emploient au moins 100 travailleurs – pour autant que les dispositions correspondantes de la LEg sont en vigueur – qu'elles fournissent la preuve qu'une analyse de l'égalité des salaires a été effectuée selon une méthode scientifique et conforme au droit (voir art. 13c, al. 1, LEg) et qu'elle a été vérifiée par un organe de révision indépendant (voir art. 13d, al. 1, let. a, LEg). Les employeurs peuvent aussi remettre un rapport de contrôle rédigé par une organisation au sens de l'art. 7 LEg ou par une représentation des travailleurs au sens de la loi sur la participation (voir art. 13d, al. 1, let. b, LEg).

Section 3: Procédures d'adjudication

Art. 5 Procédure sur invitation

Plusieurs interventions parlementaires¹ ont critiqué, il y a quelques années déjà, une répartition inégale des marchés publics entre les différentes régions linguistiques de la Suisse. Pour remédier à cette situation, le Conseil fédéral a décidé, le 30 avril 2014, qu'il fallait si possible inviter un soumissionnaire provenant d'une autre région linguistique dans le cadre des procédures sur invitation. Le but de cette disposition est d'assurer un traitement équitable des soumissionnaires et un accès au marché qui ne soit pas limité par des barrières linguistiques, ce qui permet également de prévenir toute dépendance locale. Des connaissances suffisantes du marché sont nécessaires pour évaluer s'il est possible et adéquat d'inviter des soumissionnaires d'une autre région linguistique à remettre une offre. L'adjudicateur fondera son pouvoir d'appréciation sur celles-ci.

Ce principe ne doit pas être observé si seuls des soumissionnaires étrangers sont invités à remettre une offre (par ex. dans le domaine de l'armement).

Art. 6 Dialogue

Le dialogue est une étape mise en œuvre dans le cadre d'acquisitions complexes, de prestations intellectuelles ou de projets innovants. Compte tenu des coûts qu'il engendre et de l'investissement temporel qu'il requiert aussi bien du côté des adjudicateurs que des soumissionnaires, le dialogue constitue un instrument judicieux dans le cas d'appels d'offres pour lesquels le nombre de soumissionnaires est faible ou a été réduit, comme cela se fait par exemple dans une procédure sélective.

Al. 1

La concurrence est favorisée par le fait de mener un dialogue avec plusieurs soumissionnaires. Le nombre minimal de soumissionnaires qui doivent être invités à participer au dialogue, à savoir trois, correspond au nombre minimal de soumissionnaires qui, selon les prescriptions en vigueur, doivent être invités à présenter une offre dans la procédure sélective et dans la procédure sur invitation.

Al. 2

Il vaut la peine de conclure avec les soumissionnaires une convention réglant toutes les modalités du dialogue. Une indemnisation pour la participation au dialogue n'est due que dans la mesure où elle a été communiquée dans les documents d'appel d'offres.

Afin de respecter l'égalité de traitement entre soumissionnaires, les conventions régissant le dialogue conclues dans le cadre d'une même procédure doivent avoir un contenu identique.

Al. 3

Les solutions ou procédés développés par un soumissionnaire dans le cadre du dialogue ne doivent être ni divulgués aux autres soumissionnaires, ni utilisés par l'adjudicateur sans le consentement du soumissionnaire concerné, cela afin de protéger les secrets d'affaires et les droits de propriété intellectuelle. Il s'agit de préserver l'intérêt que les soumissionnaires trouvent dans le dialogue et qu'ils perdraient s'il y avait un risque que des tiers s'approprient ou utilisent le fruit de leur travail. Leur consentement peut être recueilli dans le cadre du dialogue et doit alors être consigné dans un procès-verbal. Il peut également être accordé par écrit.

¹ Cf. Motion de Buman 12.3914, Appels d'offres dans les trois langues officielles de la Confédération. (état: classé); Postulat Darbellay 12.3910, Loi sur les marchés publics. Sus aux dysfonctionnements. (état: classé); Motion Hodgers 12.3739, Appels d'offres de la Confédération. Équité entre les régions linguistiques. (état: classé)

Il est possible d'acquérir, conformément à l'art. 24, al. 3, let. c, LMP révisée, les solutions ou procédés développés afin de pouvoir les utiliser ultérieurement.

Art. 7 Description de la prestation

Cet article reprend les deux premiers alinéas de l'art. 16a de l'OMP en vigueur. L'al. 4 de l'OMP en vigueur est quant à lui intégré à la nouvelle loi (art. 30, al. 3, LMP révisée).

Seule une description claire et détaillée permet aux soumissionnaires d'établir une offre adaptée. Si la description de la prestation contient des lacunes ou des zones d'ombre, ils n'auront d'autre choix que de fonder leur offre sur des hypothèses, qui influenceront inévitablement les prix proposés, en particulier lorsque l'appel d'offres porte sur des contrats-cadres (art. 25 LMP révisée). Les acquisitions économiques au sens de l'art. 2, let. a, LMP révisée (première partie de phrase) requièrent donc un travail considérable de la part de l'adjudicateur au début du processus.

L'adjudicateur peut renoncer à décrire précisément la prestation qu'il souhaite acquérir et indiquer uniquement les buts que les offres doivent permettre d'atteindre (voir aussi art. X, par. 2, let. a, AMP 2012). Il s'agit d'un appel d'offres de type « fonctionnel », qui sert par exemple dans les cas où l'adjudicateur entend mobiliser le savoir technique et la créativité des soumissionnaires potentiels pour préciser concrètement la prestation à acheter. Ce type d'appel d'offres peut notamment s'utiliser pour rechercher de nouvelles solutions, approches ou méthodologies, ou en cas d'autres projets d'acquisition complexes. Si une simple description du but visé encourage l'esprit d'innovation des soumissionnaires, la comparaison des offres est complexe. Dans certains cas, les éventuels frais supplémentaires occasionnés par l'évaluation ou par l'indemnisation des soumissionnaires pour leurs prestations préalables (cf. art. 9, al. 2, OMP révisée) sont compensés par la valeur ajoutée de l'innovation.

Art. 8 Questions sur les documents d'appel d'offres

Al. 1

Cette disposition reprend dans une large mesure l'actuel art. 17, al. 3, OMP; elle y ajoute les principales modalités concernant la phase de questions et réponses. En imposant un délai aux soumissionnaires pour poser leurs questions et à l'adjudicateur pour y répondre, elle évite le risque qu'un soumissionnaire soit avantagé en disposant d'informations supplémentaires.

Al. 2

Le délai de réponse aux questions sur les documents d'appel d'offres dépend de la complexité du marché et du nombre de questions. En principe, les réponses devraient être mises à la disposition des soumissionnaires dans un délai de cinq à sept jours ouvrables suivant l'expiration du délai de remise des questions. Pour éviter de raccourcir le temps imparti et respecter les délais minimaux de remise des offres fixés à l'art. 46, al. 2, LMP révisée, il convient de toujours répondre aux questions des soumissionnaires aussi vite que possible et de clore rapidement la phase de questions et réponses.

Art. 9 Indemnisation des soumissionnaires

Al. 1

Cet alinéa correspond en substance à l'art. 23 de l'OMP actuellement en vigueur, tout en précisant que la *participation à la procédure*, soit par exemple l'élaboration d'une offre, ne donne droit à aucune indemnité. Les éventuelles prétentions en dommages-intérêts au sens de l'art. 58 LMP révisée sont réservées.

Al. 2

Des exceptions au principe de non-indemnisation sont prévues pour des prestations préalables qui représentent une charge de travail plus importante que celle qu'implique normalement la procédure et qui ne sont généralement pas fournies gratuitement (par ex. travaux d'étude préliminaires). Il incombe à l'adjudicateur de fixer le montant et les modalités de l'indemnisation, qui seront précisés dans les documents d'appel d'offres. Si ceux-ci sont muets sur la question de l'indemnisation, le principe selon lequel les soumissionnaires n'ont droit à aucune indemnité pour la participation à un appel d'offres s'applique.

Art. 10 Obligations de documentation

Pour assurer la transparence du processus ayant conduit à la décision d'adjudication et permettre de le retracer, il est nécessaire de documenter les étapes formelles de la procédure. En cas de recours, le requérant a le droit de consulter tous les documents pris en compte dans le processus de décision. Cela ne s'applique toutefois pas durant la procédure de première instance (voir art. 51, al. 1, LMP révisée). Ce droit ne porte pas sur l'ensemble des actes établis au cours d'une procédure d'adjudication: les processus internes (par ex. délai fixé à l'interne ou attribution de compétence interne) qui n'ont aucune influence sur la décision au sens de l'art. 53, al. 1, LMP révisée, ne sont pas soumis à l'obligation de documentation, ni à la consultation des pièces prévue dans le cadre d'un recours.

Art. 11 Conclusion du contrat

Al. 1

La conclusion et le contenu du contrat doivent être documentés de manière à pouvoir être révisés et retracés, c'est pourquoi les contrats doivent être conclus par écrit. L'expression « par écrit » ne signifie pas que seule une signature manuscrite sur papier fasse naître une obligation contractuelle. Cela comprend également, par exemple, l'échange de courriers électroniques ou la conclusion de contrats sous forme électronique. L'adjudicateur est libre d'exiger une forme spécifique en matière de conclusion du contrat (par ex. avec signature ou avec signature électronique qualifiée au sens de la loi sur la signature électronique) dans l'appel d'offres ou dans les documents d'appel d'offres. Les contrats conclus oralement ou tacitement ne répondent pas aux exigences susmentionnées. Un contrat conclu oralement n'est envisageable qu'en cas d'urgence, par exemple pour les interventions de sauvetage. Il doit ensuite être concrétisé par écrit.

Al. 2

Cet alinéa reprend le contenu de l'art. 29, al. 3, de l'OMP actuellement en vigueur.

Art. 12 Débriefing

Le débriefing, qui se déroule généralement peu après l'adjudication, consiste en une rencontre individuelle (réelle ou virtuelle) avec un soumissionnaire n'ayant pas obtenu le marché, durant laquelle l'adjudicateur informe ledit soumissionnaire des raisons ayant conduit au rejet de son offre. L'adjudicateur peut, de sa propre initiative, inviter des soumissionnaires qui n'ont pas été retenus s'il l'estime utile. Cela permet souvent d'éviter qu'un soumissionnaire interjette recours. Les indications que le soumissionnaire reçoit dans le cadre de ce débriefing peuvent en outre lui être utiles pour ses futures offres.

Le débriefing peut également avoir lieu après l'expiration du délai de recours. Au lieu d'être indiqués au soumissionnaire dans le cadre d'un débriefing, les motifs du rejet de l'offre peuvent lui être communiqués par écrit, dans le respect de l'art. 51, al. 4, LMP révisée.

Section 4: Procédures de concours et de mandats d'étude parallèles

En comparaison avec les dispositions de l'OMP relatives aux concours de projets et concours portant sur les études et la réalisation actuellement en vigueur (art. 40 ss OMP), les dispositions concernant les procédures de concours et de mandats d'étude parallèles ont été réduites à l'essentiel, conformément à l'art. 22, al. 2, LMP révisée. Lorsque cela est possible et judicieux, les nouvelles dispositions se basent sur celles de l'ordonnance actuellement en vigueur en intégrant les nouveaux principes relatifs aux mandats d'études parallèles.

Art. 13 Types de prestations

Outre la suppression de dispositions qui résultent des principes fondamentaux ou du déroulement de la procédure, la densité normative de l'ordonnance est réduite notamment en vue de l'ouverture des procédures de concours et de mandats d'étude parallèles à d'autres branches que le secteur de la construction (art. 8, al. 2, LMP révisée). L'art. 22, al. 2, let. e, LMP révisée, prévoit expressément cette démarche.

Art. 15 Types de procédures

Al. 3

La procédure consistant à réduire graduellement le nombre de participants est courante dans la pratique; il ne faut toutefois pas la confondre avec la préqualification, qui a lieu dans le cadre d'une procédure sélective. Dans le cas présent, la réduction ne se fonde pas sur l'aptitude, mais sur l'évaluation donnée par le jury indépendant. Il ne s'agit pas uniquement de réduire le nombre de participants, mais aussi d'éviter à ces derniers une charge de travail inutile.

Art. 16 Jury indépendant

Al. 1

Il découle de l'art. 22 LMP révisée que les lauréats de concours et de mandats d'étude parallèles sont sélectionnés par un jury indépendant. Chaque branche reste libre quant à la dénomination exacte de ce collège d'experts dans le cadre des procédures de concours et de mandats d'étude parallèles.

Art. 17 Dispositions particulières relatives aux procédures de concours

Al. 1

Les procédures de concours et celles de mandats d'étude parallèles se distinguent en particulier par l'anonymat des premières. Il convient donc de régler explicitement ce point.

Al. 3

Lors de concours portant sur les études et la réalisation dans le domaine de la construction, l'anonymat est levé: ces concours englobant la réalisation de travaux de construction, le soumissionnaire doit, à partir d'un certain stade de concrétisation, prendre contact avec le prestataire chargé de la réalisation. La procédure de concours étant désormais ouverte à d'autres branches, la levée de l'anonymat ne se limite plus aux concours portant sur les études et la réalisation.

Art. 19 Directives

Sur demande de la CA et de la Conférence de coordination des services de la construction et des immeubles des maîtres d'ouvrage publics (KBOB), le DFF peut édicter des directives complémentaires propres à une branche pour les services demandeurs. Cette disposition est similaire à celle de l'art. 27 de l'ordonnance concernant la gestion de l'immobilier et la logistique de la Confédération (OILC; RS 172.010.21) et à celle de l'art. 24, al. 6, de l'ordonnance sur l'organisation des marchés publics de l'administration fédérale (Org-OMP; RS 172.056.15).

Section 5: Langues

Remarque préliminaire

Par le passé, diverses interventions parlementaires portant sur le respect de la diversité linguistique dans le domaine des marchés publics ont été déposées. On consultera à ce sujet la liste des interventions citées dans le message concernant la révision totale de la loi fédérale sur les marchés publics (FF 2017 1695), ainsi que les objets suivants:

- 13.4042 Motion Bourgeois, Appel d'offres. Possibilité de la faire dans la langue officielle de son choix;
- 14.3885 Interpellation Cassis, Appels d'offres publics. Toute la procédure d'adjudication dans la langue officielle du lieu de construction;
- 18.3729 Interpellation Feller, Marchés publics. Est-il admissible que l'armée et la Poste ne fournissent les dossiers des appels d'offres qu'en allemand et n'acceptent que les offres en allemand?

Les art. 20 à 23 commentés ci-après distinguent quatre thèmes relatifs aux langues:

- la langue des publications, c.-à-d. de l'avis préalable, de l'appel d'offres, de l'adjudication et de l'interruption de la procédure (art. 35 et 48 LMP révisée);
- la langue des documents d'appel d'offres (art. 36 LMP révisée);
- la langue des communications des soumissionnaires (questions, demandes de participation, offres);
- la langue de la procédure de première instance visée à l'art. 33 de la loi fédérale du 20 décembre 1968 sur la procédure administrative (PA).

On veillera à garantir un certain équilibre dans l'utilisation des langues officielles suisses, tout en tenant compte des buts du droit des marchés publics (art. 2 LMP révisée) et du principe de proportionnalité.

Art. 20 Langues des publications

En vertu de l'art. 48, al. 5, LMP révisée, le Conseil fédéral précise les exceptions au principe de la publication des appels d'offres et des adjudications dans deux langues officielles. Ces exceptions sont conformes au principe de proportionnalité. Lorsqu'une publication bilingue ne permet pas de tenir compte des conditions linguistiques propres à la Suisse ou que l'investissement qu'elle représente est disproportionné par rapport à son utilité, il est possible, dans le cas d'espèce, de déroger au principe et de définir une solution adaptée.

La première exception porte sur des projets réalisés à l'étranger, tels que des projets de construction ou des projets en lien avec des manifestations internationales de grande envergure (par ex. le « pavillon suisse » à l'exposition universelle ou au village olympique). Lorsque des projets de ce type doivent être assurés par des soumissionnaires locaux pour des raisons pratiques ou écologiques, la publication dans deux langues officielles suisses s'avère superflue. En outre, dans le cadre de la coopération internationale, les projets à

l'étranger sont mis en œuvre en étroite collaboration avec l'État partenaire. Or les partenaires en question ne maîtrisent pas toujours l'une des langues officielles suisses.

La seconde exception concerne les prestations hautement techniques que seuls quelques soumissionnaires internationaux sont généralement en mesure de fournir. On pense notamment à l'achat par l'Institut Paul Scherrer (PSI) d'une pompe pour le laser à rayons X à électrons libres (SwissFEL) ou d'un microscope permettant l'observation par transillumination (*Transmission Electron Microscope, TEM*). En règle générale, de tels appels d'offres peuvent être publiés dans l'une des langues officielles de la Confédération et en anglais, cette langue ayant acquis un statut de lingua franca dans les milieux scientifique et technique. L'utilisation de l'anglais (qui est l'une des trois langues officielles de l'OMC) évite d'avoir à publier un résumé séparément.

Art. 21 Langues des documents d'appel d'offres

Al. 1

L'adjudicateur fixe la ou les langues des documents d'appel d'offres, qui, dans le cadre des marchés de fournitures et de services, concordent en principe avec celles des publications sur simap.ch. Toutefois, ce principe ne satisfait pas à l'exigence de publication dans une langue officielle de l'OMC. Par exemple, si un appel d'offres concernant un service au Tessin est publié en allemand et en italien, la publication d'un résumé en anglais, en espagnol ou en français est obligatoire en vertu de l'art. 48, al. 4, LMP révisée. Cela ne signifie pas que les documents d'appel d'offres doivent en plus être publiés dans la langue du résumé.

L'adjudicateur peut désigner une version linguistique des documents d'appel d'offres comme faisant foi pour éviter les risques liés aux différences linguistiques et aux erreurs d'interprétation dans les traductions. Cette version doit être indiquée dans les documents d'appel d'offres. Les termes techniques spécifiques à la branche (par exemple, la terminologie anglaise du domaine de l'informatique) ne doivent pas être traduits.

Al. 2

L'adjudicateur peut clarifier sur le marché si des candidats sont intéressés à obtenir les documents d'appel d'offres dans d'autres langues officielles. Il peut ainsi déterminer si une traduction est réellement nécessaire avant de lancer l'appel d'offres. Si les soumissionnaires intéressés indiquent qu'ils ont besoin des documents d'appel d'offres dans une langue officielle autre que celle de la version originale, l'adjudicateur traduit les documents avant de publier l'appel d'offres.

Pour clarifier sur le marché si les soumissionnaires ont besoin d'une traduction, l'avis préalable ou des études de marché approfondies, réalisées par exemple au moyen d'une « Request for Expression of Interest REOI » ou d'une « Request for Information RFI » sont à disposition de l'adjudicateur.

L'avis préalable est réglé dans la LMP révisée sous les possibilités de réduction des délais (voir art. 47, al. 3, LMP révisée). Les vérifications des besoins concrets en matière de traduction à l'aide d'un avis préalable peuvent être rattachées à l'art. 47, al. 3, let. c, de la loi révisée, qui invite les soumissionnaires intéressés à faire part à l'adjudicateur de leur intérêt pour le marché. Le fondement pour l'indication selon laquelle l'avis préalable n'est pas (ou pas exclusivement) publié pour réduire le délai de remise des offres, mais pour demander aux soumissionnaires de faire part de leurs besoins en matière de traduction et fixer un délai de réponse se trouve dans les let. b et e de l'art. 47, al. 3, LMP révisée.

Cette vérification peut être effectuée avec des informations de base sur l'objet du marché. Plus l'adjudicateur communique précisément la description de la prestation, les critères d'aptitude et les autres informations relatives au projet dont il dispose au moment de la publication de l'avis préalable, plus il a de chances de recevoir des demandes en matière de traduction uniquement de la part de soumissionnaires réellement intéressés et qualifiés.

L'organe de publication officiel simap.ch met déjà à disposition un formulaire d'avis préalable qui peut être utilisé à ces fins. Le futur remplacement de la plateforme de publication par une nouvelle solution technique permettra d'intégrer dans le processus de développement les expériences pratiques acquises au cours de l'utilisation de l'avis préalable.

D'autres indices permettent également de déterminer les besoins de traduction, comme par exemple les réactions à une « Request for Expression of Interest REOI » ou à une « Request for Information RFI », qui garantissent une consultation publique du marché.

Étant donné que cette disposition est potestative, l'adjudicateur reste toujours libre de publier les documents directement dans deux langues officielles.

Al. 3

Le principe mentionné à l'al. 1 traite des exigences minimales posées par la loi ainsi que de la pratique actuellement observée par les adjudicateurs (voir à ce sujet l'interpellation Feller 18.3729; Marchés publics. Est-il admissible que l'armée et la Poste ne fournissent les dossiers des appels d'offres qu'en allemand et n'acceptent que les offres en allemand?). La diversité linguistique justifie cette extension. Cependant, la nouvelle règle de publication en deux langues des documents d'appel d'offres doit également être interprétée selon le principe de proportionnalité.

Plusieurs exceptions pouvant être appliquées comme solution de remplacement sont donc prévues.

Al. 3, let. a:

Souvent, les documents d'appel d'offres sont volumineux; ils contiennent par exemple des cahiers des charges, des paramètres détaillés concernant les prestations à fournir et des spécifications techniques. Une traduction de ces documents peut donc représenter une charge de travail considérable et une perte de temps qui ne serait pas admissible selon les besoins d'acquisition (voir à ce sujet le ch. 3 du message, 3.1.1 Conséquences financières; FF 2017 1695, p. 1840 ss). Pour garantir une pratique équitable du point de vue juridique, le seuil des coûts supplémentaires considérés comme généralement raisonnables et donc à la charge de l'adjudicateur doit être fixé à 5 % de la valeur du marché ou à 50 000 francs par projet au maximum, en fonction du montant le plus bas. Si les coûts supplémentaires dépassent ce seuil, on renoncera à faire traduire les documents d'appel d'offres au nom de la proportionnalité au sens strict.

La formulation « par travail supplémentaire considérable, on entend les cas pour lesquels les coûts de traduction [...] » laisse en outre une certaine marge d'appréciation pour invoquer d'autres motifs entraînant un travail supplémentaire considérable, notamment des retards relativement importants ou les coûts supplémentaires engendrés. Enfin, les coûts de traduction varient en fonction du degré d'urgence.

Al. 3, let. b:

Les travaux de nettoyage de bâtiments des douanes ou d'offices de poste constituent par exemple une prestation *fournie* dans différentes régions linguistiques de la Suisse. De même, l'équipement de collaborateurs au moyen de matériel de bureau concerne « *différentes régions linguistiques de la Suisse* » lorsque les locaux administratifs se trouvent dans différentes régions linguistiques. Une campagne de santé publique constitue également une prestation dans *différentes régions linguistiques de la Suisse* si les spots télévisés s'y rapportant sont diffusés dans toutes les régions du pays ou si des affiches sont placardées dans la Suisse entière. De tels cas exigent que les documents d'appel d'offres soient disponibles dans plusieurs langues. Exceptionnellement, les documents d'appels d'offre concernant par exemple un service spécifique qui doit être fourni dans la langue maternelle

d'un magistrat², peuvent n'être publiés que dans la langue en question. Pour les prestations à fournir à l'étranger conformément à l'art. 20, les conditions de l'art. 21, al. 3, let. b, OMP révisée sont toujours remplies: il suffit que les documents d'appel d'offres soient rédigés dans une seule langue officielle ou dans une autre langue. Par prestations à fournir à l'étranger, on entend par exemple la construction d'une ambassade suisse à l'étranger ou l'achat et l'utilisation de moyens de secours à l'étranger (sur place).

Al. 4

La langue des documents d'appel d'offres concernant des travaux de construction a également donné lieu à une intervention parlementaire (Interpellation Cassis 14.3885, Appels d'offres publics. Toute la procédure d'adjudication dans la langue officielle du lieu de construction). Lors de la consultation, les acteurs économiques (en particulier les représentants du secteur de la construction) ont soutenu la proposition de publier l'appel d'offres et l'adjudication dans la langue du lieu de construction. Ce principe s'applique aussi aux documents d'appel d'offres à titre d'exigence minimale.

Art. 22 Langue des communications

Al. 1

Conformément à l'art. 48, al. 5, LMP révisée, le législateur a fixé certains principes, à savoir que les communications réalisées dans le cadre des procédures d'appels d'offres publiques, à savoir les offres, les demandes de participation et les questions des soumissionnaires, étaient admises dans les langues officielles suisses. L'acceptation de communications dans une langue officielle n'implique pour l'adjudicateur aucune restriction quant au choix de la langue de la procédure (art. 23).

Al. 2

Cet alinéa fait référence aux exceptions prévues par l'art. 48, al. 5, LMP révisée et concrétisées à l'art. 20 de l'OMP révisée. Il s'agit, d'une part, de projets réalisés à l'étranger et, d'autre part, des prestations hautement techniques mentionnées précédemment, pour lesquelles la communication entre spécialistes se fait usuellement en anglais. Dans ces cas particuliers, l'adjudicateur peut et doit prévoir d'accepter des communications des soumissionnaires dans une autre langue (par. ex. en anglais) si le type d'acquisition l'exige et si cela ne va pas à l'encontre du but visé par les réglementations concernant les langues dans les marchés publics. Dans le cadre de ces exceptions, la communication en anglais peut aussi se poursuivre pour les étapes suivantes de la procédure.

Art. 23 Langue de la procédure

Al. 1 et 2

En tant que procédure décisionnelle de première instance, la procédure d'adjudication est régie par les dispositions de la PA, sous réserve de dispositions contraires prévues dans la LMP (art. 55 LMP révisée). Selon l'art. 33a PA, la procédure est conduite dans l'une des langues officielles de la Confédération. La loi ne prévoit pas de procédures plurilingues, mais il existe une certaine souplesse quant aux traductions qui devraient être ordonnées dans la langue de la procédure.

Une procédure d'adjudication a la particularité de ne pas être initiée sur demande d'une partie, mais en réponse au besoin d'acquisition d'une autorité, qui se charge alors de son lancement. Concernant le choix de la langue de la procédure, l'autorité jouit d'un pouvoir discrétionnaire, dont elle veillera à faire usage dans le respect de ses obligations (cf. art. 35 let. m, LMP révisée). Dans la mesure du possible, elle se concentrera sur la région

² Par magistrat, on entend les membres du Conseil fédéral, les juges ordinaires du Tribunal fédéral ainsi que le chancelier de la Confédération.

linguistique de la part de laquelle elle peut s'attendre à recevoir le plus d'offres. Il y a évidemment des cas où il est presque impossible d'effectuer une telle estimation. Dans le domaine des travaux de construction, on peut partir du principe que la plupart des offres proviendront de la région linguistique du lieu où se trouve le bâtiment. Cette hypothèse n'est cependant pas irréfutable. On peut s'en écarter lorsque de bonnes raisons le justifient (par exemple, en cas de forages de tunnels ferroviaires et routiers).

Pour prendre en compte les particularités énoncées à l'art. 20 OMP révisée (prestations à fournir à l'étranger ou prestations hautement techniques), la communication avec les soumissionnaires dans le cadre de la procédure peut exceptionnellement être réalisée dans une langue étrangère (notamment l'anglais), sans que ladite langue ne devienne pour autant la langue de la procédure ou la langue officielle. Même dans ces cas particuliers, les décisions susceptibles de recours doivent être communiquées dans l'une des langues officielles de la Confédération.

Al. 3

Durant la phase des questions, les soumissionnaires peuvent poser leurs questions au sujet de l'appel d'offres ou des documents d'appel d'offres dans l'une des langues définies dans l'art. 22, al. 2, OMP révisée. Si des questions sont posées dans une autre langue que la langue officielle, l'adjudicateur est libre d'y répondre dans la langue de la procédure ou dans la langue dans laquelle la question a été posée. La traduction des questions et des réponses (voir art. 9, al. 2) dans la langue de la procédure n'est pas nécessaire.

Section 6: Autres dispositions

Art. 24 Vérification du prix

Al. 1

La notion de «droit de regard» portant à confusion avec le droit de regard au sens de la loi sur la transparence (loi fédérale sur le principe de transparence dans l'administration, LTrans; RS 152.3), le titre de l'art. 24 utilise désormais le terme de «vérification du prix».

S'appuyant sur une recommandation de la Délégation des finances, le Conseil fédéral avait proposé dans son message que le droit de regard ou de vérification du prix, actuellement ancré au niveau de l'ordonnance, soit désormais prévu au niveau de la loi (cf. message, FF 2017 1695, p. 1831, et rapport de consultation, p. 9 et p. 27³). Lors des débats parlementaires, l'intégration dans la loi de la disposition proposée a fait l'objet de nombreuses discussions pour être finalement rejetée au cours de l'élimination des divergences. Les voix défavorables ont émis différentes opinions. Une réglementation au niveau de l'ordonnance (comme c'est actuellement le cas à l'art. 5 OMP), basée sur un accord avec le soumissionnaire, a été jugée suffisante ; d'autres ont évoqué le principe «*pacta sunt servanda*» et ont rejeté tout droit de vérification du prix.

Dans un esprit d'un compromis, la disposition du présent projet d'ordonnance prévoit toujours un droit de vérification du prix, mais celui-ci est désormais formulé de manière potestative. Jusqu'ici, un contrôle du prix est obligatoire, sous réserve d'une exception accordée par la direction de l'adjudicateur compétent. Désormais, l'adjudicateur devra déterminer au cas par cas s'il inclut un droit de vérification du prix dans le contrat avec le soumissionnaire.

Ce droit continuera à s'appliquer uniquement aux marchés attribués de gré à gré d'une valeur d'au moins 1 million de francs (hors TVA). Cela peut s'avérer nécessaire, par exemple, dans le cas des achats d'armement.

Ce droit autorise le Contrôle fédéral des finances (CDF) ou le service de révision interne compétent à consulter le calcul du prix réalisé par le soumissionnaire et à effectuer une

³ [Conférence des achats de la Confédération > services d'achat > révision du droit des marchés publics](#)

vérification de ce prix. Cette disposition s'applique tant aux marchés publics d'un adjudicateur général que d'un adjudicateur opérant sur un marché sectoriel.

L'accord relatif au droit de consultation et de vérification du prix s'applique également aux sous-traitants auxquels le soumissionnaire fait appel. Dans les contrats que celui-ci conclut avec eux, il leur transfère les obligations correspondantes (également dans son propre intérêt) en fonction de la situation donnée.

En cas d'infraction à cette disposition, l'adjudicateur peut appliquer les instruments que l'art. 44 de la loi révisée lui fournit.

Al. 2 et 3

Ces deux alinéas codifient la pratique actuelle conformément à la directive du DFF du 28 décembre 2009 concernant les accords sur le droit de regard dans le cadre des marchés publics de la Confédération. Les travaux de vérification relèvent de la compétence soit d'un organe spécifique de l'adjudicateur (service de révision interne), soit du CDF. Le contenu de la directive susmentionnée, respectivement la forme que devront prendre les dispositions relatives à la conclusion du droit de consultation, seront examinés après l'adoption de l'OMP révisée. Les vérifications de prix ainsi que les informations et documents connexes sont soumis à une confidentialité fiduciaire. L'organe compétent remet à la direction de l'adjudicateur un document confidentiel contenant les résultats de la vérification du prix, accompagnés de toutes les informations nécessaires à la compréhension.

Al. 4

L'al. 4 évoque les documents qui font partie intégrante de la vérification. Il s'agit en particulier de tous ceux établis à partir de la comptabilité d'exploitation et ayant servi de base au calcul du prix. L'organe de contrôle dispose, sur demande, d'un droit de consultation sur les comptes et les pièces justificatives sur lesquels est basé le calcul. La vérification d'autres documents est également permise: partant, l'al. 4 ne constitue pas une limitation de l'al. 3. La marge bénéficiaire appropriée dépend de la prestation, du marché concerné et des risques que doit supporter le soumissionnaire. Elle ne doit pas être supérieure à la marge moyenne appliquée dans la branche.

Les coûts à la base de la vérification des prix doivent être déterminés en fonction de la quantité et de la valeur des biens consommés et des services utilisés pour la prestation convenue contractuellement.

Lorsque les prix sont déterminés sur la base du coût de revient, on ne tiendra compte, en fonction de leur nature et de leur montant, que des coûts découlant de la fourniture de prestations dans le cadre d'une gestion économique de l'entreprise.

Al. 5

Si la vérification révèle que le prix proposé ou facturé est trop élevé, la différence doit être remboursée, avec en sus un intérêt conforme à l'usage du marché. Le prix sera adapté en conséquence pour toute prestation future. La vérification du prix ne peut conduire à une hausse de ce dernier.

Art. 25 Exclusion et sanctions

Al. 1

Les soumissionnaires et les sous-traitants qui ont été exclus des marchés publics pour une durée déterminée en vertu de l'art. 45 LMP révisée sont inscrits sur une liste non publique jusqu'à la fin de cette sanction. L'inscription doit être supprimée à l'issue de la sanction. Cette liste est tenue par la CA et gérée de manière centralisée pour les adjudicateurs et ceux opérant sur des marchés sectoriels soumis au droit fédéral. Elle peut également être tenue sous forme électronique.

Al. 2

Les adjudicateurs qui ont prononcé une sanction entrée en force au sens de l'art. 45 LMP révisée communiquent sans délai et spontanément à la CA les informations mentionnées à l'al. 2 qui sont impératives pour l'inscription à la liste des soumissionnaires et sous-traitants frappés d'une sanction. La liste ne contient que les informations nécessaires pour garantir l'effet suspensif (date de l'inscription, adjudicateur déclarant, nom/entreprise et adresse du soumissionnaire, motif et durée de l'exclusion). L'inscription sur la liste et la suppression correspondent à l'exécution des sanctions prononcées et se font sur demande des adjudicateurs concernés.

Al. 3

L'adjudicateur peut consulter la liste pour autant qu'il n'ait pas déjà pris connaissance d'une sanction prononcée contre le soumissionnaire ou ses sous-traitants, par exemple parce qu'il l'a prononcée lui-même ou en a été averti au moyen de la déclaration du soumissionnaire. La liste peut également être consultée en cas de doute. Au besoin, une procédure de consultation électronique peut être mise sur pied avec la possibilité pour les adjudicateurs ayant droit, l'autorité intercantonale pour les marchés publics (AiMp), les soumissionnaires et les sous-traitants de consulter les données.

La liste n'est pas publique. D'une part, il n'existe aucun droit d'y accéder en vertu de la LTrans. D'autre part, les adjudicateurs ne bénéficient d'aucun droit de regard général, mais uniquement d'un droit de consultation permettant d'obtenir des renseignements sur un soumissionnaire ou un sous-traitant concret.

Les services d'achat cantonaux et communaux (adjudicateurs soumis au droit des marchés publics intercantonal, cantonal ou communal) disposent également du droit de consultation, mais ils sont tenus de s'adresser à l'AiMp ou à la centrale de renseignements cantonale pour l'exercer, et non directement à la CA. De même, les adjudicateurs fédéraux peuvent demander des renseignements à l'AiMp, qui tient une liste similaire à l'intention des cantons.

Les soumissionnaires et les sous-traitants peuvent demander à la CA s'ils figurent sur la liste (art. 8 de la loi fédérale sur la protection des données [LPD]; RS 235.1). On leur communiquera, sur demande, toutes les données répertoriées les concernant, y compris les informations disponibles concernant l'origine des données, le but et les fondements juridiques justifiant leur présence sur cette liste, les catégories de données personnelles traitées, les parties ayant pris part à la collecte de données et les destinataires de celles-ci. La procédure peut également se faire sous forme électronique.

Al. 4

L'effet « d'exclusion » ne s'applique qu'à l'adjudicateur concerné (sous réserve d'une exclusion résultant d'une infraction aux règles de lutte contre la corruption). Le droit de consultation permet par ailleurs à d'autres adjudicateurs de décider d'une exclusion individuelle du soumissionnaire exclu conformément à l'art. 44 LMP révisée, pour autant que les conditions légales soient remplies.

Outre la CA et l'AiMp, d'autres institutions financières multilatérales tiennent aussi des « listes noires » telles que celle la Banque mondiale⁴ et celle du SECO regroupant les entreprises sanctionnées en vertu de la loi sur le travail au noir (LTN; RS 822.41).

Al. 5

Au niveau cantonal, l'AiMp tient une liste des soumissionnaires et sous-traitants frappés d'une exclusion ou d'une sanction pécuniaire. La CA et l'AiMp communiquent chaque changement apporté sur leur liste (surtout en cas de suppression d'une entrée). Les données

⁴ <https://www.worldbank.org/en/projects-operations/procurement/debarred-firm>

contenues dans la liste sont strictement soumises au principe de finalité et ne peuvent être utilisées que conformément à la LMP révisée ou à l'AIMP révisé.

Al. 6

Le DFF édicte une ordonnance concernant la tenue de la liste, les conditions du droit de consultation et de renseignements ainsi que la correction des erreurs d'inscription.

Art. 26 Droit d'accès de la Commission de la concurrence

Cette disposition prévoit que, sur demande, les adjudicateurs donnent accès aux procès-verbaux d'ouverture des offres à la Commission de la concurrence ou de son secrétariat (autorités de surveillance de la concurrence). Les évaluations statistiques des prix offerts permettent aux autorités de surveillance de la concurrence de révéler des accords affectant la concurrence et de rassembler des indices également en dehors des procédures en cours.

Art. 27 Publication des marchés d'une valeur égale ou supérieure à 50 000 francs

Al. 1

Cette réglementation s'appuie sur la motion Graf-Litscher 14.3045 concernant la publication des informations clés relatives aux marchés de la Confédération à partir d'un montant de 50 000 francs (TVA comprise). La mise en œuvre de cette motion contribue à renforcer la transparence des marchés publics et peut éviter les abus. Cette obligation ne s'applique pas aux acquisitions qui ne sont pas soumises au droit des marchés publics conformément à l'art. 10 LMP révisée.

Il est prévu que l'administration fédérale centrale mette ces informations à la disposition du public une fois par an. Pour ce faire, elle envisage de se baser sur les données issues du système électronique de gestion des contrats. Les autres adjudicateurs tels que la Poste, les CFF ou encore le domaine des EPF sont libres de décider de quelle manière ils souhaitent rendre ces informations publiques.

Al. 2

L'al. 2 détermine, par analogie avec l'art. 48, al. 6, LMP révisée, quelles indications la publication doit contenir. Les acquisitions exemptées de la loi en vertu de l'art. 10 LMP révisée ne sont pas concernées par cette disposition.

Art. 28 Statistiques concernant les marchés soumis aux accords internationaux

Ces dispositions organisationnelles régissant l'établissement des statistiques et leur communication correspondent à celles de l'art. 31, al. 4, OMP en vigueur.

Art. 29 Coûts et indemnités de la CMCC

Cet article reprend l'actuel art. 68d OMP concernant le financement de la Commission des marchés publics Confédération-cantons (CMCC) avec quelques adaptations rédactionnelles. La surveillance des obligations internationales de la Suisse dans le domaine des marchés publics incombe à la CMCC. Certaines questions portant sur d'éventuelles indemnités y sont également réglées.

Art. 30 Exécution et surveillance

Ces dispositions correspondent à la législation en vigueur.

3 Commentaire des annexes

Annexe 1 Marchés sectoriels au sens de l'art. 4, al. 2, LMP qui sont exemptés de la LMP en vertu de l'art. 7 LMP

L'annexe de l'ordonnance du DETEC du 18 juillet 2002 sur l'exemption du droit des marchés publics est intégralement reprise ici. Seuls le titre et la présentation ont été adaptés conformément aux directives sur la technique législative.

Annexe 2 Conventions relatives à la protection de l'environnement et à la préservation des ressources naturelles

Vu l'art. 12, al. 3, LMP révisée et l'art. 4, al. 3, l'annexe 2 dresse une liste des conventions internationales relatives à la protection de l'environnement que les soumissionnaires doivent respecter lorsqu'ils fournissent des prestations à l'étranger.

Annexe 3 Preuves du respect des conditions de participation et de la satisfaction des critères d'aptitude

À l'exception de quelques adaptations linguistiques et formelles (notamment l'ordre des preuves), l'annexe 3 correspond à celle de l'OMP actuellement en vigueur. L'actuel ch. 6, qui devient le ch. 1 dans l'OMP révisée, est en outre complété pour préciser que la déclaration du respect des conditions de travail englobe aussi les dispositions relatives à la protection des travailleurs et l'égalité salariale entre femmes et hommes.

La gestion de la qualité mentionnée à l'actuel ch. 10 (qui conserve son numéro dans l'OMP révisée) peut également comprendre le respect de normes environnementales telles que des labels, des certifications ou des systèmes de gestion sociale et environnementale.

Par ailleurs, il est précisé que la liste des preuves n'est pas exhaustive. L'adjudicateur peut également demander des preuves qui n'y figurent pas, telles que la preuve du respect de standards internationaux reconnus ou de directives ou normes similaires reconnues sur l'extraction des matières premières et la fabrication de produits tout au long de la chaîne de création de valeur.

L'adjudicateur exigera uniquement les preuves requises pour le marché concerné. Cela limitera la charge administrative tant des soumissionnaires que de l'adjudicateur.